

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1571

Flexibilisierung des Planrechts

Verfassungs- und unionsrechtliche Spielräume
für die Schaffung bauplanungsrechtlicher
Befreiungstatbestände

Von

Oliver Neuner



Duncker & Humblot · Berlin

OLIVER NEUNER

Flexibilisierung des Planrechts

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1571

Flexibilisierung des Planrechts

Verfassungs- und unionsrechtliche Spielräume
für die Schaffung bauplanungsrechtlicher
Befreiungstatbestände

Von

Oliver Neuner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19396-7 (Print)
ISBN 978-3-428-59396-5 (E-Book)
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2024 an der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 4. September 2024 statt. Die Literatur ist im Wesentlichen auf dem Stand von Mai 2024.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Olaf Reidt, der die Entstehung dieser Arbeit engagiert begleitet und immer wieder durch Anregungen bereichert hat. Ein besseres Betreuungsverhältnis hätte ich mir nicht wünschen können. Herrn Prof. Dr. Christian Waldhoff danke ich für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens sowie Frau Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser, LL.M. (Cambridge) für die Übernahme des Prüfungsvorsitzes.

Die Endphase dieses Dissertationsprojekts fiel mit meinem Berufseinstieg zusammen. Mein Dank gilt insofern insbesondere den Herren Rechtsanwälten Sascha Arnold, LL.M. (Berkeley) und Dr. Nicolas Sölter, LL.M. (Cambridge), die diese „Doppelbelastung“ durch ihre fachliche Unterstützung sowie durch freundschaftlichen Zuspruch erleichtert und bereichert haben. Meinen Kommilitonen und Freunden danke ich, dass sie immer ein offenes Ohr für meine Ideen und Sorgen hatten. Mein größter Dank gilt jedoch meiner Partnerin Christina, auf deren Rückhalt und Unterstützung ich mich stets verlassen konnte.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern, die mir über meinen Lebensweg hinweg stets Halt gegeben, an mich geglaubt und mich gefördert haben. Ohne sie würde es diese Arbeit nicht geben.

Hamburg, im Februar 2025

Oliver Neuner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
I. Gegenstand und Ziele der Arbeit	15
II. Gang der Untersuchung	19

Erster Teil

Flexibilisierung bauplanungsrechtlicher Vorgaben	21
A. Einführung wesentlicher Begriffe	21
I. Flexibilisierung	21
II. Flexibilisierung aufgrund Gesetzes	22
1. Planimmanente Flexibilisierung durch Ausnahmen	23
2. Planexterne Flexibilisierung durch Befreiungen	23
3. Abweichung von bauplanungsrechtlichen Vorgaben	24
III. Flexibilisierung durch Gesetz	26
B. Abriss über die Entwicklung des Befreiungswesens	27
I. Ursprünge des Befreiungswesens	28
II. Die Befreiung im Absolutismus	30
III. Restriktionsversuche im Konstitutionalismus	31
IV. Das Befreiungswesen im Nationalsozialismus	34
V. Entwicklung in der frühen Bundesrepublik	37
C. Überblick über das Flexibilisierungsinstrumentarium im Innenbereich	39
I. Flexibilisierung aufgrund Gesetzes	39
1. Flexibilisierung von Planvorgaben	39
a) Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB	39
aa) Gemeinwohlerfordernis	41
bb) Städtebauliche Vertretbarkeit	42
cc) Ausgleich unbeabsichtigter Härten	43
dd) Gemeindliches Einvernehmen	44
ee) Ermessensspielräume	45
b) Befreiung nach § 31 Abs. 3 BauGB	46
c) Befreiungstatbestände für Flüchtlingsunterkünfte	49
aa) § 246 Abs. 10 BauGB	50

bb) § 246 Abs. 12 BauGB	51
2. Flexibilisierung im unbeplanten Innenbereich	52
a) Abweichung im faktischen Baugebiet	53
b) Abweichung vom Gebot des Einfügens	53
aa) § 34 Abs. 3a BauGB	53
bb) § 246 Abs. 8 BauGB	55
3. Flexibilisierung unabhängig von der Gebietskulisse	55
a) § 37 Abs. 1 BauGB	56
b) § 246 Abs. 14 BauGB	58
c) § 246b BauGB	59
d) § 246c BauGB	60
II. Flexibilisierung durch Gesetz	63
1. § 38 BauGB	63
2. § 245a BauGB	64
3. § 248 BauGB	65
D. Exkurs: Einzelfallkorrektur nach § 15 BauNVO	66
E. Ansätze einer Systemverschiebung	68

Zweiter Teil

Verfassungsrechtliche Grenzen legislativer Gestaltungsspielräume	73
A. Rechtsnatur des kommunalen Planrechts	74
B. Gesetzgebungskompetenz	76
C. Rechtsstaatliche Flexibilisierungsschranken	78
I. Gewaltenteilungsgrundsatz	79
1. Ansätze zur Abgrenzung von Handlungsdomänen	80
a) Funktionsadäquanz	81
b) Gewaltenbalance	84
c) Kernbereichsschutz	85
2. Zwischenergebnis: Beschränkte Direktionskraft	86
II. Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	87
1. Vorrang des Gesetzes	87
2. Vorbehalt des Gesetzes	89
a) Entwicklung des Gesetzesvorbehalts	90
b) Ausprägungen im Grundgesetz	92
c) Vorbehalt des Parlamentsgesetzes für wesentliche Entscheidungen	95
aa) Vorbehalt des hinreichend bestimmten Parlamentsgesetzes	97
bb) Kein absolutes Vergesetzlichungsgebot	99

d) Gestaltungsvorgaben für das Befreiungswesen	100
aa) Anforderungen an den Grad normativer Dichte	103
bb) Von der Rechtswohltat zum Rechtsanspruch	107
cc) Problematik kommunaler Vetorechte	109
dd) Kompensation normativer Dichte durch Verfahren	112
e) Zwischenergebnis	114
III. Bestimmtheitsgebot	117
IV. Gebot folgerichtiger Rechtsetzung	119
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	120
2. Begrenzte verfassungsrechtliche Folgerichtigkeitserwartung	123
3. Gestaltungsvorgaben für das Befreiungswesen	125
D. Garantie kommunaler Selbstverwaltung als Flexibilisierungsschranke	127
I. Institutionell gewährleisteter Schutz	129
1. Objektive Rechtsinstitutionsgarantie	131
2. Insbesondere: Schutz der Planungshoheit	132
II. Beeinträchtigungen kommunaler Selbstverwaltungsrechte	134
III. Gestaltungsvorgaben für das Befreiungswesen	135
1. Absoluter Kernbereichsschutz	136
2. Relativer Schutz des Randbereichs	139
a) Schutz nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten	139
b) Leitlinien für die Abwägungsentscheidung	141
aa) Legitime Gemeinwohlerwägungen	141
(1) Maßstabsbildung	141
(2) Überörtliche Ingerenzen	143
bb) Eignung und Erforderlichkeit	145
cc) Angemessenheit	146
(1) Hürden für die Überwindung tragender Planinhalte	147
(2) Kompensation durch kommunale Mitentscheidungsrechte	148
3. Befund eines Zielkonflikts und Versuche der Auflösung	149
a) Verfahrensrechtliche Aufladung	150
b) Alternative Formen kommunaler Beteiligung	151
IV. Exkurs: Kommunale Selbstverwaltung als Argument für Flexibilisierung	153
E. Grundrechte als Flexibilisierungsschranken	154
I. Eigentumsschutz	155
1. Differenzierung zwischen Eigentümer- und Nachbarperspektive	155
2. Schutz der Eigentumsrechte Drittetroffener	156
a) Abwehr rücksichtsloser Beeinträchtigungen	158
b) Weitergehende eigentumsrechtliche Befreiungsgrenzen	159
aa) Eingriff in das Interessengeflecht der Planung	159

bb) Plangewährleistung und Vertrauensschutz	162
(1) Inhärenter Flexibilisierungsbedarf	162
(2) Begrenzt schutzwürdiges Vertrauen	163
cc) Eigentumsschützende Verfahrensvorgaben	165
c) Zwischenfazit: Beschränkte Direktionskraft	167
II. Gleichheitsschutz	167
1. Anforderungen an den flexibilisierenden Gesetzgeber	169
a) Selektive Flexibilisierung	170
b) Befreiungskontingente	172
2. Anforderungen an die flexibilisierende Verwaltung	173
III. Exkurs: Grundrechtsschutz als Argument für Flexibilisierung	175

Dritter Teil

Unionsrechtliche Grenzen legislativer Gestaltungsspielräume	176
A. Richtlinie über die Strategische Umweltprüfung	177
I. Entstehungshintergrund	177
II. Vorgaben für das Bauleitplanungsrecht	178
III. Nationale Umsetzungsgesetzgebung	180
IV. Flexibilisierung = Planänderung?	181
1. Rechtssache An Bord Pleanála (Rs. C-9/22)	181
2. Vorhabenbezogene Abweichung ≠ Planänderung	183
a) Autonome Auslegung des Unionsrechts	184
b) Regelungswortlaut	184
c) Regelungssystematik	185
aa) Verhältnis zur UVP-Richtlinie	185
bb) Befreiung als Zulassungsäquivalent	186
cc) Kein funktionaler Planungsakt	187
d) Regelungszweck	190
V. Gestaltungsvorgaben für das Befreiungswesen	190
1. Maßstab: Effektivitätsgrundsatz („ <i>effet utile</i> “)	191
a) Inhaltliche Konturierung	191
aa) Auslegungsgrundsatz	192
bb) Optimierungsgebot	192
cc) Vereitelungsverbot	193
b) Gebotene Mindestwirksamkeit	195
2. Unionsrechtskonforme Gestaltungsoptionen	196
a) Qualitative Beschränkungen	198
aa) Grenze: Erhebliche Umweltauswirkungen	198

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Umsetzungsmöglichkeiten	201
(1) Typenausnahme	201
(2) Einzelfallentscheidung	203
b) Quantitative Beschränkungen	204
B. Rechtsakte ohne Relevanz für das Befreiungswesen	205
Ergebnisse der Arbeit in Thesen	206
Literaturverzeichnis	211
Stichwortverzeichnis	248

Einleitung

I. Gegenstand und Ziele der Arbeit

Planung ist ein „methodisches Lenkungsmittel künftigen Geschehens“¹. Dieses zukunftsgerichtete Wesen der Planung geht mit der Problematik einher, dass sich die der Planung zugrundeliegenden Prämissen grundlegend von den Umständen der späteren Planverwirklichung unterscheiden können. Es steht im Entscheidungszeitpunkt also nicht mit Sicherheit fest, ob die zugrunde gelegten Annahmen auch tatsächlich eintreten werden. Nicht selten zwingen nachfolgende Entwicklungen den Plangeber deshalb dazu, ein einst mühsam erarbeitetes Planwerk anzupassen oder gar aufzugeben zu müssen.² Ein solcher Flexibilisierungsbedarf kann gerade dort entstehen, wo ein langjähriger Planungshorizont auf eine dynamische Lebenswirklichkeit trifft.

Das Recht der Bauleitplanung ist ein anschauliches Beispiel für die Problematik, eine – unter Umständen jahrhundertealte³ – Planung geänderten Rahmenbedingungen anpassen zu müssen.⁴ Da zahlreiche Bauleitpläne nach ihrer Aufstellung nicht oder nur unwesentlich angepasst wurden, prägen die städtebaulichen Vorstellungen ihrer Entstehungszeit den Rahmen des planungsrechtlich Zulässigen noch heute. Das fortgelnde Planrecht kollidiert jedoch bisweilen mit geänderten Nutzungsbedürfnissen. Da der Ausbau des Wohnungsbestands vielerorts nicht mit dem Bevölkerungszuwachs Schritt hält, steigen in zahlreichen Städten und Gemeinden

¹ Stern, Staatsrecht, Bd. 2, 1. Aufl., S. 704; im Anschluss daran Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 4, 3. Aufl., § 77 Rn. 2; ähnlich Badura, in: FS Weber, S. 923; m. w. N. v. Weschpennig, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), HVerwR, Bd. 5, 1. Aufl., § 156 Rn. 6.

² Siehe etwa Schmidt-Aßmann, in: FS Schlichter, S. 5: Auch der fertige Plan sei stets nur ein „Vorentwurf, der anpassungsfähig sein muß“; Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. 5, 3. Aufl., § 99 Rn. 144.

³ Auf Grundlage von § 173 Abs. 3 Satz 1 BBauG i. V. m. § 233 Abs. 3 BauGB gelten zahlreiche „altrechtliche“ Vorschriften und Pläne als Bebauungspläne fort. Noch heute sind z. B. in der Freien und Hansestadt Hamburg erhebliche Teile des Stadtgebiets durch Baustufenpläne überplant, die auf Grundlage der Baupolizeiverordnung für die Freie und Hansestadt Hamburg vom 8. Juni 1938 (VBl S. 69) ergangen sind. Daneben sind etwa noch zahlreiche Fluchtpläne nach dem Gesetz betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften (sog. Preußisches Fluchliniengesetz) vom 2. Juli 1875 (GS S. 561) in Kraft.

⁴ Das jeder Planung inhärente Flexibilisierungsbedürfnis erkannte bereits der römische Mimen-Autor *Publilius Syrus* im ersten vorchristlichen Jahrhundert, zitiert nach Beckby, Die Sprüche des Publilius Syrus, S. 40 f.: „Malum est consilium, quod mutari non potest“ (Der Plan, den man nicht ändern kann, ist schlecht).

auch die Wohnkosten stark an.⁵ Gleichzeitig sinkt die gesellschaftliche Bereitschaft, für städtebauliche Erweiterungsvorhaben unversiegelte Flächen in Anspruch zu nehmen. An die Stelle des städtebaulichen Ideals einer gegliederten und aufgelockerten Stadt⁶ tritt vor diesem Hintergrund heute verbreitet die Forderung nach urbanen,⁷ also nutzungsgemischten und zunehmend verdichteten, Quartieren.⁸ Der Realisierung solcher städtebaulichen Strukturen stehen jedoch mitunter die gelgenden bauplanungsrechtlichen Vorgaben entgegen, die vielerorts nicht mit den geänderten städtebaulichen Vorstellungen Schritt gehalten haben.⁹ So sehen die in den ehemaligen Stadt- und Ortserweiterungsgebieten der Nachkriegszeit geltenden Bauleitpläne vielerorts noch immer eher kleindimensionierte Baukörper in offener Bauweise vor, die auf nach heutigen Maßstäben großzügigen Parzellen stehen. Ein Grund für die mangelnde Bereitschaft vieler Kommunen, etwas an diesem Umstand zu ändern,¹⁰ mag sein, dass Plan- und Planänderungsverfahren heute überaus ressourcen- und zeitaufwändig sind.¹¹ Aufgrund starker gesellschaftlicher Beharrungskräfte sind Umplanungsverfahren auch typischerweise konfliktreich und angesichts ihrer rechtlichen Komplexität überdies fehlerträchtig.¹²

Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der Gesetzgeber zunehmend Spielräume eröffnet, um von den bauplanungsrechtlichen Vorgaben auf Ebene der Vorhabenzulassung abweichen zu können. Vereinzelt greift der Gesetzgeber dabei unmittelbar kraft Gesetzes in das geltende Planrecht ein.¹³ Eine solche

⁵ Eingehend zur aktuellen Situation am Wohnungsmarkt: *Winkler*, Die Regulierung von Bestandsbauten in angespannten Wohnungsmärkten, S. 182 ff.

⁶ Siehe grundlegend zu diesem insb. in der unmittelbaren Nachkriegszeit verbreiteten städtebaulichen Leitbild etwa *Göderitz/Rainer/Hoffmann*, Die gegliederte und aufgelockerte Stadt. Diesem – letztlich antiurbanen – Stadtverständnis lag die sog. „Charta von Athen“ zugrunde, die im Jahre 1933 von Vertretern der *Congrès Internationaux d'Architecture Moderne* (CIAM) verabschiedet wurde.

⁷ Die Wiederentdeckung der Qualitäten urbaner Bebauung manifestierte sich etwa in der „Leipzig Charta zur nachhaltigen europäischen Stadt“, die im Jahre 2007 von den für Städtebaufragen zuständigen Ministern der Europäischen Mitgliedstaaten verabschiedet wurde.

⁸ Dieses geänderte städtebauliche Leitbild lag erkennbar auch der Einführung der Gebietskategorie „Urbane Gebiete“ in § 6a BauNVO zugrunde. Durch den neuen Gebietstypus soll den Kommunen „ein Instrument zur Verfügung gestellt [werden], mit dem sie planerisch die nutzungsgemischte Stadt der kurzen Wege verwirklichen können“, so BT-Drs. 18/10942 vom 23. Januar 2017, S. 32.

⁹ Vgl. z. B. *Kment*, ZRP 2020, 179 (180) der meint, dass sich „Bebauungspläne, die früher als Garant einer ausgewogenen Bodennutzung dienten, plötzlich als Hindernis [...] erweisen“.

¹⁰ Siehe aus jüngerer Zeit *Möller*, ZRP 2021, 99 (99), der die Kommunen auffordert, „endlich wieder selbst ausreichend zu planen“.

¹¹ So etwa *Reicherzer/Finster*, ZfIR 2021, 149 (151). Besonders misslich sei dies insbesondere dort, wo – wie in der Praxis häufig – bei einem Planungsverfahren von vornherein feststeht, was das Ergebnis der Planung sein soll, so *Reidt*, BauR 2023, 391 (397).

¹² *Schink*, in: *Mitschang* (Hrsg.), Schaffung von Bauland, S. 13.

¹³ Siehe § 245a Abs. 1 und § 248 BauGB, dazu Erster Teil, Kap. C.II.2. und C.II.3., S. 64 ff.

Flexibilisierung *ipso iure* ist bislang jedoch die Ausnahme geblieben. Klassischerweise werden die Baugenehmigungsbehörden dazu ermächtigt, auf Antrag des Bauwilligen Abweichungen von den bauplanungsrechtlichen Regelvorgaben zuzulassen. Als rechtliches Vehikel für solche Freistellungsentscheidungen fungiert das Rechtsinstitut der Befreiung, das seit Inkrafttreten der bundeseinheitlichen Bauplanungsvorschriften mehrfach modifiziert und dabei erheblich ausgeweitet wurde. Insbesondere ermöglicht der Gesetzgeber mittlerweile auch Abweichungen von den Planersatznormen im unbeplanten Innenbereich.¹⁴ Die gesetzgeberische Dynamik ist dabei ungebrochen. So war auch eine erneute Erweiterung der administrativen Flexibilisierungsmöglichkeiten durch Einführung von § 31 Abs. 3 BauGB Anlass und Ausgangspunkt dieser Arbeit.¹⁵ In der Phase der Fertigstellung dieser Arbeit wurden weitere Pläne für eine erhebliche Ausweitung von Abweichungsspielräumen (§ 246e BauGB) bekannt.

Ein Rechtsinstitut, das es der Bauverwaltung ermöglicht, von verbindlichen bauplanungsrechtlichen Vorgaben abzuweichen, sieht sich unweigerlich verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Schließlich droht der Bebauungsplan als eine in einem komplexen Verfahren zustande gekommene Rechtsnorm im Einzelfall zur Disposition der Bauverwaltung gestellt zu werden. Dies wirft eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Fragen auf. Daneben hält auch das Unionsrecht rechtliche „Fallstricke“ bereit. Denn Bauleitplanungsverfahren müssen nicht nur nationalem Recht genügen, sondern sind heute auch unionsrechtlich überformt. Vor diesem Hintergrund mag man sich fragen, ob nationale Vorschriften, die durch Legalisierung bebauungsplanwidriger Vorhaben den Verzicht auf ein ansonsten erforderliches Planänderungsverfahren ermöglichen, mit dem Unionsrecht vereinbar sind.

Noch 1964 attestierte Reinhard Mußgnug dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum in seiner Dissertationsschrift mangelndes Interesse für das Befreiungswesen.¹⁶ Dieser Befund trifft heute sicherlich nicht mehr zu, wie schon ein Blick auf das Literaturverzeichnis dieser Arbeit zeigt. Trotzdem wirft das Rechtsinstitut auch heute noch zahlreiche reizvolle Rechtsfragen auf. Die verfassungs- und unionsrechtlichen Spielräume des flexibilisierenden Gesetzgebers werden in der Literatur zwar durchaus thematisiert. Die häufig aus Anlass einer konkreten Gesetzesänderung abgegebenen Stellungnahmen beschränken sich jedoch meist auf eine isolierte Prüfung der jeweils untersuchten Novelle, ohne dabei die gesetzgeberischen Rechtsetzungsspielräume im Befreiungswesen allgemein in den Blick zu nehmen.¹⁷ Außerdem ist die Mehrzahl der monographischen Ausführungen zum Befreiungs-

¹⁴ So erlaubt etwa u. a. § 34 Abs. 3a BauGB Abweichungen vom Erfordernis des Einfügens nach § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB, siehe dazu nur Ziegler, ZfB 1980, 173 (177 f.).

¹⁵ Die Vorschrift soll der Verwaltung in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt in Einzelfällen eine Durchbrechung der Grundzüge des geltenden Planrechts ermöglichen, siehe dazu im Folgenden unter Erster Teil, Kap. C.I.1.b), S. 46 ff.

¹⁶ Mußgnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, S. 33 und S. 57 f.

¹⁷ Siehe z. B. aus jüngerer Zeit Lang, Sonderregelungen zu Flüchtlingsunterkünften, S. 293 ff.; siehe auch Brandt/Willmann, Rechtsgutachterliche Stellungnahme.