



Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Clemens Antweiler,  
Mag. rer. publ., Köln

## Konkurrenz der Vorhabenträger beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan

### I. Ausgangslage

#### 1. Vorteile des vorhabenbezogenen Bebauungsplans

§ 12 BauGB ermächtigt die Gemeinde zum Erlaß eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans [1]. Dessen Elemente sind nach § 12 Abs. 1 BauGB der Vorhaben- und Erschließungsplan des Investors, die Satzung der Gemeinde und der Durchführungsvertrag zwischen dem Investor und der Gemeinde. Vom herkömmlichen Bebauungsplan unterscheidet sich der vorhabenbezogene Bebauungsplan in drei Punkten: Erstens ist er ein Instrument zur Planung konkreter Einzelvorhaben. Für ihn ist kennzeichnend, daß die Initiative zur Bauleitplanung nicht von der Gemeinde ausgeht, sondern in der Hand eines privaten Investors – des Vorhabenträgers – liegt [2]. Der Vorhabenträger erarbeitet die städtebauliche Planung und verpflichtet sich vertraglich zu ihrer Verwirklichung sowie zur Tragung der Planungs- und Erschließungskosten. Der zweite Unterschied zum herkömmlichen Bebauungsplan betrifft den Planinhalt: Gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 BauGB ist die Gemeinde im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans nicht an den Festsetzungskatalog des § 9 BauGB und die Baunutzungsverordnung gebunden. Drittens schließlich sind die Plan-sicherungsinstrumente (§§ 14 bis 28 BauGB) sowie die Bestimmungen des Baugesetzbuchs über die Entschädigung, die Bodenordnung und die Erschließung beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht anwendbar.

Im übrigen richtet sich das vorhabenbezogene Bebauungsplanverfahren nach den allgemeinen Vorschriften über Bebauungspläne. Das folgt aus § 12 Abs. 1 Satz 2 BauGB. Danach gelten für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan „ergänzend“ die Absätze 2 bis 5 des § 12 BauGB. Der vorhabenbezogene Bebauungsplan ist damit begrifflich ein Unterfall des herkömmlichen Bebauungsplans; er unterliegt grundsätzlich denselben materiellen Bindungen [3]. Deshalb muß er insbesondere städtebaulich erforderlich i. S. des § 1 Abs. 3 BauGB sein [4] und auf einer fehlerfreien Abwägung beruhen [5]. Daran fehlt es, wenn die planerischen Festsetzungen ausschließlich dazu dienen, private Interessen zu befriedigen, oder wenn eine positive städtebauliche Zielsetzung nur vorgeschoben wird [6]. Reine Gefälligkeitsplanungen zugunsten des Vorhabenträgers sind damit ausgeschlossen [7]. Nur wenn die Gemeinde

[1] Vorgängerregelungen zu § 12 BauGB waren § 55 BauZVO-DDR und § 7 BauGB-MaßnG. Vgl. dazu Pietzcker, DVBl. 1992, 658 ff.; Bielenberg, ZfBR 1996, 6; Reidt, NVWZ 1996, 1 ff.; Spannowsky, UPR 1997, 41 ff.

[2] Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, BauR 1998, 1198, 1199; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Stand: November 2000, § 12 Rdnr. 18; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl. 2002, Rdnr. 3; Neuhaus, in: Brügelmann/Grauvogel, BauGB, Band II, Stand: 46. Lieferung Februar 2001, § 12 Rdnr. 6; von und zu Franckenstein, UPR 2000, 288, 291.

[3] Vgl. Reidt, BauR 1998, 909; Turiaux, NJW 1999, 391, 392; Thuro, UPR 2000, 16, 17; Dolderer, UPR 2001, 41.

[4] Vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 22; Turiaux, NJW 1999, 391, 392.

[5] VGH Baden-Württemberg, BauR 1997, 271; vgl. Battis, ZfBR 1999, 240; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 24.

[6] Vgl. BVerwG, BauR 1999, 1136; OVG Nordrhein-Westfalen, BauR 2001, 1054.

[7] Neuhausen, in: Brügelmann/Grauvogel (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 8.

ein Planungsziel verfolgt, das der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung dient, darf sie konkrete Vorhaben planen [8]. In diesem Fall kann sie auch Ansiedlungswünsche eines Investors, die mit dem bestehenden Baurecht nicht vereinbar sind, zum Anlaß nehmen, ihre Bauleitplanung entsprechend zu ändern [9].

Da der vorhabenbezogene Bebauungsplan die Zulässigkeit eines konkreten Vorhabens bestimmt, ist er für den Investor das geeignete Mittel, um die planungsrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen dort zu schaffen, wo sie bisher nicht vorliegen [10]. Der auf Initiative des Investors aufgestellte vorhabenbezogene Bebauungsplan wird zur rechtlich verbindlichen Grundlage für die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens und der Erschließungsanlagen. Insbesondere die Baugenehmigung für größere Projekte wie großflächige Einzelhandelsbetriebe, Einkaufszentren oder Fußballstadien läßt sich mit Hilfe vorhabenbezogener Bebauungsplanverfahren leichter erreichen. Auch aus Sicht der Gemeinde hat der vorhabenbezogene Bebauungsplan Vorzüge: Sie spart im Vergleich zum herkömmlichen Bebauungsplan Kosten, da der Vorhabenträger zumindest einen Teil der Planungs- und Erschließungskosten übernehmen muß.

## 2. Verfahrenseinleitung

§ 12 Abs. 2 BauGB regelt die Einleitung des vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens. Am Anfang des Verfahrens steht danach ein Antrag des Vorhabenträgers. Dieser ist auf die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens gerichtet. Über den Antrag muß die Gemeinde gemäß § 12 Abs. 2 BauGB nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden. Sie ist nur zur Entscheidung über die Einleitung eines Satzungsverfahrens verpflichtet, nicht zum Erlaß eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Denn nach § 2 Abs. 3 BauGB besteht kein Anspruch auf die Aufstellung von Bauleitplänen. Der Vorhabenträger kann deshalb nicht verlangen, daß die Gemeinde den vorgelegten Plan tatsächlich als Satzung beschließt [11].

Ausgangspunkt eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens ist häufig der

Wunsch der Gemeinde, ein bestimmtes Vorhaben anzusiedeln. Für die Verwirklichung dieses Vorhabens kommen oft verschiedene Standorte in Betracht. Dann können mehrere Investoren die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens zu ihren Gunsten beantragen. Für die Gemeinde stellt sich in dieser Konkurrenzsituation die Frage, welchen Maßstäben die Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB unterliegt: Was ist bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen? Gilt das Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 6 BauGB) nicht erst für den Satzungsbeschluß, sondern bereits für die Auswahlentscheidung unter mehreren Vorhabenträgern? Aus Sicht der beteiligten Vorhabenträger ist von Interesse, welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, falls sich die Gemeinde für einen Konkurrenten entscheidet: Ist die Entscheidung der Gemeinde nach § 12 Abs. 2 BauGB ein Verwaltungsakt, den der unterliegende Vorhabenträger mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifen kann? Haben die Rechtsbehelfe des unterliegenden Vorhabenträgers gegen die Entscheidung der Gemeinde, ein vorhabenbezogenes Bebauungsplanverfahren zugunsten eines Konkurrenten einzuleiten, aufschiebende Wirkung?

## II. Rechtscharakter der Einleitungsentscheidung

### 1. Kein Aufstellungsbeschluß

Die Einleitungsentscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB unterscheidet sich vom Aufstellungsbeschluß i. S. des § 2 Abs. 1 Satz 2 BauGB. Das ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut. Nach § 12 Abs. 2 BauGB hat die Gemeinde nicht über die „Aufstellung“ eines Bebauungsplans zu beschließen, sondern über die „Einleitung“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens [12]. Außerdem ist der Aufstellungsbeschluß bundesrechtlich nicht zwingend vorgeschrieben [13]; dagegen erfordert ein Antrag des Vorhabenträgers

[8] BVerwG v. 24. 8. 1993 – 4 NB 13.93 –, NVwZ-RR 1994, 490.

[9] Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, BauR 1998, 1198, 1199.

[10] Vgl. Bielenberg, ZfBR 1996, 6.

[11] Reidt, BauR 1998, 909, 913; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 109; Bielenberg, ZfBR 1996, 6, 11. Zu Schadensersatzansprüchen des Vorhabenträgers bei gescheiterten vorhabenbezogenen Bebauungsplänen Fischer, DVBl. 2001, 258 ff.

[12] Dolderer, UPR 2001, 41, 42.

[13] BVerwGE 79, 200; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 2 Rdnr. 4.

zwingend eine Einleitungsentscheidung gemäß § 12 Abs. 2 BauGB: Über den Antrag „ist“ nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Aus diesen Unterschieden folgt, daß die Einleitungsentscheidung kein Aufstellungsbeschuß ist [14].

## 2. Verwaltungsakt

a) Weniger klar ist, ob es sich bei der Entscheidung der Gemeinde nach § 12 Abs. 2 BauGB um einen Verwaltungsakt handelt. In der Literatur wird das teilweise verneint: Die Entscheidung der Gemeinde sei kein Verwaltungsakt, sondern eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung. Hier gehe es um die Einleitung eines Satzungsverfahrens, so daß kein Rechtsmittel gegen die ablehnende Entscheidung gegeben sei. Nur die Anrufung der Kommunalaufsichtsbehörde sei möglich [15].

Dieser Auffassung hat sich auch der VGH Baden-Württemberg in einem Beschluß vom 22.3.2000 angeschlossen [16]. Dieser Beschluß beruhte auf folgendem Sachverhalt: Eine Gemeinde wollte einen Baumarkt ansiedeln. Zwei konkurrierende Vorhabenträger beantragten die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans für die Realisierung des Projekts an unterschiedlichen Standorten. Die Gemeinde traf eine Einleitungsentscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB zugunsten eines Vorhabenträgers. Der unterlegene Vorhabenträger legte dagegen Widerspruch ein und beantragte vorläufigen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht. Dabei richtete sich der Hauptantrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Einleitungsentscheidung zugunsten des Konkurrenten in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO. Hilfsweise beantragte der unterlegene Vorhabenträger, der Gemeinde im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO vorläufig zu untersagen, das Verfahren zur Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans entsprechend dem Antrag des Konkurrenten fortzuführen.

Dieser Antrag blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg. Zur Begründung führte der VGH Baden-Württemberg aus, der Antrag des unterlegenen Vorhabenträgers nach § 80 Abs. 5 VwGO analog auf Feststellung der aufschie-

benden Wirkung seines Widerspruchs sei nicht statthaft. Denn die auf § 12 Abs. 2 BauGB gestützte Entscheidung der Gemeinde, einen Bebauungsplan einzuleiten, sei für den unterlegenen Vorhabenträger kein anfechtbarer Verwaltungsakt. Der Widerspruch des unterlegenen Vorhabenträgers könne daher auch keine aufschiebende Wirkung entfalten. Mit der Einleitungsentscheidung treffe die Gemeinde keine Regelung i. S. des § 35 Satz 1 VwVfG. Dieses Merkmal sei nur dann erfüllt, wenn die Behörde nach dem objektiven Sinngehalt ihrer Entscheidung Rechte bzw. Pflichten regele, d. h. begründe, ändere, aufhebe oder verbindlich feststelle. Bei der Einleitungsentscheidung lasse sich ein derartiger individueller Rechtsfolgenauspruch nicht feststellen. Denn die Gemeinde habe es auch bei Anwendung des § 12 BauGB letztlich in der Hand, ob sie das Vorhaben eines Investors vorbereiten lassen wolle oder nicht [17]. In bezug auf die Anforderungen an das pflichtgemäße Ermessen der Gemeinde sei die grundsätzliche Aussage des § 2 Abs. 3 und Abs. 4 BauGB zu beachten, wonach auf die Aufstellung, Änderung, Ergänzung und Aufhebung von städtebaulichen Satzungen kein Anspruch bestehe und ein solcher Anspruch auch nicht durch Vertrag begründet werden könne [18].

Da der Vorhabenträger selbst im Falle intensiver Abstimmung kein subjektives Recht auf Einhaltung eines Bebauungsplanverfahrens besitze, erschöpfe sich seine Rechtsposition in einem Anspruch darauf, daß die Gemeinde überhaupt entscheide, ob sie das Satzungsverfahren einleite. Der Vorhabenträger habe ein Initiativrecht und einen Anspruch auf Befassung und Entscheidung durch die Gemeinde, aber keinen Anspruch auf einen bestimmten Inhalt der Entscheidung. Werde somit durch die Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB ein Recht des Vorhabenträgers weder begründet noch festgestellt, fehle ein wesentliches Merkmal für die Qualifizierung als Verwaltungsakt [19]. Im Ergebnis hat der VGH Baden-Württemberg somit angenommen, die

[14] Vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 107; Dolderer, UPR 2001, 41, 42.

[15] Neuhausen, in: Brügelmann/Grauvogel (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 63.

[16] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1705.

[17] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1705.

[18] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1706.

[19] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1706.

Entscheidung über die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens sei mangels Regelungscharakter kein Verwaltungsakt.

b) Diese Auffassung ist nicht richtig. Bei der Entscheidung der Gemeinde nach § 12 Abs. 2 BauGB handelt es sich um einen Verwaltungsakt [20]. § 35 Satz 1 VwVfG definiert den Verwaltungsakt als eine hoheitliche Regelung eines Einzelfalls mit unmittelbarer Außenwirkung. Regelungscharakter hat eine hoheitliche Maßnahme, wenn sie darauf gerichtet ist, mit dem Anspruch unmittelbarer Verbindlichkeit und mit der bestandskräftigen Wirkung unmittelbar subjektive Rechte des Betroffenen zu begründen, aufzuheben, abzuändern oder verbindlich festzustellen [21]. Entscheidend ist damit die Verknüpfung der jeweiligen hoheitlichen Maßnahme mit einem subjektiv-öffentliches Recht des Betroffenen [22]. § 12 Abs. 2 BauGB verlangt von der Gemeinde eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung über den Antrag des Vorhabenträgers. Die Vorschrift soll den Vorhabenträger schützen [23]: Bis zur Aufstellung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sind umfangreiche Vorleistungen des Vorhabenträgers erforderlich. Mit der Entscheidung über den Einleitungsantrag macht die Gemeinde in einem frühen Verfahrensstadium deutlich, ob sie das Vorhaben städtebaulich will. Damit wird verhindert, daß der Investor für die Planung weitere Vorarbeiten erbringt, die im Ergebnis wertlos sind [24]. § 12 BauGB will die Privatinitiative zur Bauleitplanung fördern. Der Vorhabenträger darf daher erwarten, daß ihn die Gemeinde nicht im unklaren läßt, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen über die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens entscheidet [25]. Er hat ein subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung [26]. Dem korrespondiert eine Entscheidungspflicht der Gemeinde. Gibt sie dem Antrag des Vorhabenträgers statt, regelt sie, daß ein vorhabenbezogenes Bebauungsplanverfahren entsprechend dem Antrag des Vorhabenträgers eingeleitet wird. Umgekehrt liegt in der Ablehnung des Antrags die Regelung, daß ein vorhabenbezogenes Bebauungsplanverfahren unterbleibt. Auch § 2 Abs. 3 und Abs. 4 BauGB sprechen nicht gegen den Regelungscharakter der Entscheidung: Aus diesen Vorschrif-

ten ergibt sich nur, daß der Vorhabenträger keinen Anspruch auf Erlaß eines Satzungsbeschlusses über den vorgelegten Plan hat [27]; das ändert aber nichts daran, daß die Gemeinde mit der Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB regelt, ob sie auf Grund des Antrags des Vorhabenträgers ein vorhabenbezogenes Bebauungsplanverfahren einleitet oder nicht. Deshalb ist die Entscheidung der Gemeinde jedenfalls gegenüber dem antragstellenden Vorhabenträger ein Verwaltungsakt.

### 3. Doppelwirkung des Verwaltungsaktes

Damit bleibt bei einer Konkurrenz von Vorhabenträgern die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung der Entscheidung im Verhältnis zum unterlegenen Vorhabenträger. Denkbar ist, daß ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung vorliegt. Den Begriff des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung definieren die § 80 Abs. 1 Satz 2, § 80 a VwGO: Es handelt sich um einen Verwaltungsakt, der einen Betroffenen rechtlich begünstigt, zugleich aber einen anderen belastet [28]. Gibt die Gemeinde dem Antrag eines Vorhabenträgers auf Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens statt, begünstigt sie diesen Vorhabenträger. Darin liegt gleichzeitig eine Belastung gegenüber dem unterlegenen Vorhabenträger.

Dennoch meint Dolderer, die Entscheidung der Gemeinde sei kein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung [29]: Der positiven oder negativen Einleitungsentscheidung komme Rechtswirkung immer nur im Verhältnis der Gemeinde zum jeweils antragstellenden Vorhabenträger zu; nur insoweit liege eine Rege-

[20] So auch Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 112; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 44; Reidt, BauR 1998, 909, 913; Dolderer, UPR 2001, 41, 42f.

[21] Vgl. BVerwGE 36, 192; 77, 271; 79, 293; 80, 364.

[22] Vgl. Dolderer, UPR 2001, 41, 42.

[23] Vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 104; Dolderer, UPR 2001, 41, 42.

[24] Vgl. Fischer, DVBl. 2001, 258, 259; Neuhausen, in: Brügelmann/Grauvogel (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 59.

[25] Dolderer, UPR 2001, 41, 42.

[26] Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 22; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 107; vgl. Reidt, BauR 1998, 909, 913.

[27] Reidt, BauR 1998, 909, 913; Hamberger, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 1994, S. 162.

[28] Vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 80 a Rdnr. 2; Mampel, DVBl. 1997, 1155.

[29] Dolderer, UPR 2001, 41, 44.

lung i.S. des §35 VwVfG vor. §12 Abs.2 BauGB schütze nur das Verfahrensinteresse des antragstellenden Vorhabenträgers, nicht die Verfahrensinteressen oder wirtschaftlichen Interessen konkurrierender Vorhabenträger. Außerdem treffe die Gemeinde im Einleitungsverfahren keine materielle Zuteilungsentscheidung über knappe oder kontingentierte Güter. Das gelte auch für den Fall, daß das Interesse eines Konkurrenten in Rede stehe, der selbst zum Zuge kommen und das Vorhaben anstelle des im Einleitungsverfahren obsiegenden Vorhabenträgers im Bebauungsplanverfahren durchsetzen und verwirklichen wolle. Die Einleitungsentscheidung habe daher keine Doppelwirkung i.S. der §§80 Abs.1 Satz2, 80a VwGO [30].

Dem ist nicht zu folgen: Durch die Entscheidung nach §12 Abs.2 BauGB regelt die Gemeinde mit Außenwirkung, ob sie ein vorhabenbezogenes Bebauungsplanverfahren einleitet. Die Entscheidung ist deshalb ein Verwaltungsakt [31]. Das gilt nicht nur im Verhältnis der Gemeinde zum jeweils antragstellenden Vorhabenträger, sondern auch im Verhältnis zu einem konkurrierenden Vorhabenträger. Denn es ist nicht möglich, daß eine hoheitliche Maßnahme gegenüber bestimmten Personen Regelungscharakter mit Außenwirkung hat, gegenüber anderen Personen aber nicht [32]. Für die Qualifizierung einer hoheitlichen Maßnahme als Verwaltungsakt genügt es, daß sie jedenfalls gegenüber einem vom Staat verschiedenen selbständigen Rechtsträger Regelungswirkung hat. Ob die hoheitliche Maßnahme auch andere Personen in ihren Rechten betrifft, ist ausschließlich eine Frage der Widerspruchs- bzw. Klagebefugnis.

Das Bundesverwaltungsgericht nimmt zwar teilweise an, hoheitliche Maßnahmen könnten eine „Doppelnatur“ haben. So soll die Bezeichnung eines Vorhabens nach §1 Abs.3 LBG gegenüber einer in ihrer Planungshoheit möglicherweise beeinträchtigten Gemeinde ein Verwaltungsakt sein, nicht aber im Verhältnis zu den einzelnen Bürgern [33]. Das überzeugt nicht. Der VGH Baden-Württemberg hat diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in anderem Zusammenhang zu Recht kritisiert: Er neigt der Auffassung zu, daß eine als Verwaltungsakt einzu-

stufende staatliche Maßnahme diese Rechtsqualität gegenüber jedermann hat, so daß eine Doppelnatur staatlicher Maßnahmen nicht in Betracht kommt [34]. In anderen Rechtsgebieten qualifiziert auch das Bundesverwaltungsgericht hoheitliche Maßnahmen einheitlich. Es sieht z. B. die luftverkehrsrechtliche Genehmigung nach §6 LuftVG unabhängig davon, ob ihr eine Planfeststellung nachfolgt, als Verwaltungsakt an, und zwar sowohl gegenüber dem antragstellenden Unternehmer als auch gegenüber anderen Personen. Ob die luftverkehrsrechtliche Genehmigung für andere Personen anfechtbar ist, beurteilt das Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausschließlich nach §42 Abs.2 VwGO [35]. Nichts anderes gilt für die Entscheidung der Gemeinde über die Einleitung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplanverfahrens. Diese Entscheidung ist gegenüber jedermann ein Verwaltungsakt.

Gegen die Doppelwirkung der Einleitungsentscheidung im Verhältnis zum antragstellenden Vorhabenträger und zu dessen Konkurrenten macht Dolderer geltend, §12 Abs.2 BauGB schütze rechtlich nur das Verfahrensinteresse des jeweils antragstellenden Vorhabenträgers, nicht die Verfahrensinteressen der Konkurrenten [36]. Dies ist eine Frage der Verletzung subjektiver Rechte des konkurrierenden Vorhabenträgers, nicht der rechtlichen Qualifizierung der Einleitungsentscheidung. Unabhängig hiervon gibt §12 Abs.2 BauGB dem Vorhabenträger einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag. Haben mehrere konkurrierende Bewerber Anträge auf Einleitung vorhabenbezogener Bebauungsplanverfahren gestellt, die inhaltlich auf dasselbe Ziel gerichtet sind, muß die Gemeinde eine sachgerechte Auswahlentscheidung treffen [37].

[30] Dolderer, UPR 2001, 41, 44.

[31] Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn.2), §12 Rdnr.112; Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn.2), §12 Rdnr.44; Reidt, BauR 1998, 909, 913.

[32] Laubinger, VerwArch 77 (1986), 421, 432; Erichsen, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11.Aufl. 1998, §12 Rdnr.42.

[33] BVerwGE 74, 124, 126 ff.; BVerwG, NVwZ-RR 1994, 305, 306.

[34] VGH Baden-Württemberg, VBIBW 1988, 146, 147; ebenso Laubinger, VerwArch 77 (1986), 421, 431.

[35] BVerwG, Urteil v. 22.6.1979 – 4 C 40.75 –, Buchholz 442.40 §6 LuftVG Nr.11; Hofmann/Grabherr, LuftVG, §6 Rdnr.101.

[36] Dolderer, UPR 2001, 41, 44.

[37] Vgl. Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB – BauNVO, 2.Aufl. 1999, §12 Rdnr.54; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn.2), §12 Rdnr.110.

Die positive Auswahlentscheidung der Gemeinde zugunsten des Antrags eines Vorhabenträgers bedingt die Ablehnung des Antrags des Konkurrenten. Auch Dolderer räumt ein, daß die Einleitungsentscheidung zugunsten des einen Vorhabenträgers insoweit Regelungswirkung haben kann, als darin der Einleitungsantrag des anderen explizit oder implizit abgelehnt wird [38]; gleichwohl lehnt er die Doppelwirkung der Einleitungsentscheidung ab. Das überzeugt nicht: Mit der positiven Entscheidung der Gemeinde über den Antrag eines Vorhabenträgers steht endgültig fest, daß das Vorhaben des konkurrierenden Vorhabenträgers nicht realisiert wird. Daher hat die positive Einleitungsentscheidung der Gemeinde auch im Verhältnis zum unterlegenen Vorhabenträger Regelungswirkung; es handelt sich um einen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung i. S. der §§ 80 Abs. 1 Satz 2, 80 a VwGO [39].

### III. Materieller Entscheidungsmaßstab

#### 1. Keine rechtsfreie Entscheidung

Nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg unterliegt die Gemeinde bei der Einleitungsentscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB „keinen materiell-rechtlichen Bindungen“ [40]. Dem Zweck des § 12 Abs. 2 BauGB entspreche es, wenn die Gemeinde sich mit dem Antrag auf Einleitung des Bebauungsplanverfahrens befasse, darüber entscheide und dem Vorhabenträger Klarheit über ihr weiteres Verhalten und die Realisierungschancen für das Vorhaben gebe. Der Gesetzeswortlaut, wonach die Gemeinde über die Verfahrenseinleitung nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden habe, täusche eine Bindung der Gemeinde vor, die nicht bestehe [41].

Diese Ansicht ist nicht haltbar. Es gibt keine von materiellrechtlichen Bindungen losgelöste Verwaltung. Das folgt schon aus dem Grundgesetz: Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 20 Abs. 3 GG bestimmen, daß die vollziehende Gewalt grundrechtlich und rechtsstaatlich gebunden ist. Auch das Baugesetzbuch befreit die Gemeinde nicht von materiellrechtlichen Bindungen. § 12 Abs. 2 BauGB verlangt von der Gemeinde ausdrücklich eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung. Da die Entscheidung den Kernbereich der gemeindli-

chen Zuständigkeit über die geordnete städtebauliche Entwicklung des Gemeindegebiets betrifft, ist ihr Ermessensspielraum zwar groß [42]. Die Gemeinde ist aber in ihrer Entscheidung nicht völlig frei. Sie muß die allgemeinen Grenzen des Ermessens beachten. Das Ermessen vermittelt keine Beliebigkeit der Verwaltung. Es gibt kein freies, sondern nur ein rechtlich gebundenes Ermessen [43]. Wo ein Ermessensspielraum besteht, muß die Behörde das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhalten [44]. Hält sie sich nicht an diese Bindungen, handelt sie ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

#### 2. Ermessenserwägungen

Nach § 12 Abs. 1 BauGB muß der Vorhabenträger zur Durchführung des Vorhabens bereit und in der Lage sein. Steht bereits im Zeitpunkt der Einleitungsentscheidung fest, daß diese Voraussetzungen nicht vorliegen werden, ist nur die Ablehnung des Antrags ermessensfehlerfrei. So kann es liegen, wenn die Planzielverwirklichung deshalb nicht gesichert ist, weil von vornherein feststeht, daß die Nutzung wirtschaftlich unsinnig ist, d. h. nach Lage der Dinge auch eine Rentabilität der Nutzung auf Dauer nicht erwartet werden kann [45]. Entsprechendes gilt, wenn der antragstellende Vorhabenträger weder Eigentümer der Grundstücke im zukünftigen Plangebiet noch Inhaber sonstiger Rechte ist, die ihm die Bebauung dieser Grundstücke ermöglichen [46], oder wenn erhebliche Zweifel an seiner Bonität bestehen [47]: In diesen Fällen ist der Vorhabenträger zur Durchführung des Vorhabens nicht in der Lage.

[38] Dolderer, UPR 2001, 41, 44.

[39] Ebenso im Ergebnis Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 44.

[40] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1706.

[41] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1706.

[42] Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, a. a. O., § 12 Rdnr. 111.

[43] Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 7 Rdnr. 10.

[44] Vgl. § 40 VwVfG.

[45] Vgl. VGH Baden-Württemberg, BauR 1997, 271, 272.

[46] Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 11; Bielenberg, ZfBR 1996, 6, 8.

[47] Vgl. VGH Baden-Württemberg, BauR 1997, 271, 273 f.; Reidt, BauR 1998, 909, 911; Pietzcker, DVBl. 1992, 658, 659; Neuhausen, in: Brügelmann/Grauvogel (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 37.

Außerdem muß die Gemeinde im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung prüfen, ob der Antrag des Vorhabenträgers ihren städtebaulichen Vorstellungen für das Gebiet entspricht [48]. Liegen Anträge konkurrierender Vorhabenträger vor, hat die Gemeinde eine Auswahl unter mehreren Alternativen zu treffen. Deshalb ist den Anforderungen an die Abwägung von Alternativen zu entsprechen. Sie sind in der Bauleitplanung die gleichen wie im Fachplanungsrecht: Sich anbietende oder ernsthaft in Betracht kommende Alternativen sind als Teil des Abwägungsmaterials mit der ihnen objektiv zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der von ihnen jeweils berührten öffentlichen und privaten Belange einzubeziehen [49]. Trifft die Gemeinde eine Auswahlentscheidung unter konkurrierenden Anträgen, legt sie sich auf eine bestimmte Alternative fest. Das führt zu einer Reduzierung des Abwägungsmaterials im weiteren Verfahren [50]: Gegenstand der nachfolgenden planerischen Abwägung ist nur noch eine Alternative; die Anträge konkurrierender Vorhabenträger werden nicht mehr berücksichtigt. Die Auswahl zwischen mehreren Anträgen konkurrierender Vorhabenträger erfolgt abschließend mit der Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB. Sachlich gerechtfertigt ist das nur, falls die Entscheidung der Gemeinde den Anforderungen entspricht, denen sie genügen müßte, wenn sie als Bestandteil des abschließenden Abwägungsvorgangs getroffen würde. Daraus folgt, daß für die Auswahlentscheidung der Gemeinde über die Anträge mehrerer Vorhabenträger das Abwägungsgebot gilt [51].

Zwar darf die Gemeinde mit einem Bebauungsplan von einem vorhandenen städtebaulichen Konzept abweichen, um veränderten Bedürfnissen und tatsächlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Erforderlich ist aber, daß die Tatsache der Abweichung dem Gemeinderat bewußt ist, daß er die maßgeblichen neuen Zielvorstellungen in die Abwägungen einstellt und daß diese geänderten Vorstellungen auch im Ergebnis abwägungsfehlerfrei sind [52]. Bei einer Konkurrenz mehrerer Vorhabenträger muß die Gemeinde die Vor- und Nachteile der verschiedenen Anträge für ihr städtebauliches Konzept ermitteln und in die Abwägung einstellen. Abweichungen von einem früheren städtebauli-

chen Konzept müssen auf abwägungsfehlerfreien Erwägungen beruhen. Fehlt es daran, ist die Entscheidung nach § 12 Abs. 2 BauGB ermessensfehlerhaft.

#### IV. Rechtsschutz

Welche Rechtsbehelfe dem Vorhabenträger bei einer Ablehnung seines Antrags zustehen, wird nicht einheitlich beantwortet. Nach überwiegender Auffassung kann der Vorhabenträger die ablehnende Entscheidung der Gemeinde mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifen [53]. Anders liege es, wenn die Gemeinde mit der Entscheidung über den Antrag eines Vorhabenträgers zugleich eine negative Entscheidung über Anträge konkurrierender Bewerber treffe: In diesem Fall komme für den erfolglosen Bewerber eine Klage auf Unterlassung des Abschlusses mit einem sachwidrig ausgewählten Dritten in Betracht [54]. Vereinzelt wird auch die allgemeine Leistungsklage mit dem Ziel der Befassung des Antrags durch die Gemeinde als zulässige Klageart angesehen [55]. Dolderer meint, bei einer Konkurrenzsituation könne der unterlegene Vorhabenträger gemäß § 42 Abs. 1 VwGO Verpflichtungsklage erheben und gegebenenfalls mit einer Bescheidungsklage (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO) seinen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Ausübung des gemeindlichen Einleitungsermessens verfolgen; vorläufiger Rechtsschutz könne nur mit einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO erlangt werden [56]. Der VGH Baden-Württemberg schließlich ist der Auffassung, daß der unterlegene Vorhabenträger gegen die Einleitungsentscheidung zugunsten eines Konkurrenten weder mit einem Anfechtungsantrag noch mit einem Verpflichtungsantrag vorgehen könne, da die Gemein-

[48] Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 109.

[49] Zu den rechtlichen Anforderungen an die Auswahl zwischen mehreren Alternativen BVerwG, LKV 1999, 26; BVerwG, NVwZ-RR 1998, 300.

[50] Vgl. Thurow, UPR 2000, 16, 17.

[51] A. A. VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1707.

[52] Vgl. VGH Baden-Württemberg, NVwZ 1996, 920.

[53] Vgl. Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 113; Reidt, BauR 1998, 909, 913.

[54] Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg (Fußn. 2), § 12 Rdnr. 113; Pietzcker, Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 1993, S. 20.

[55] Jäde, Vorhaben- und Erschließungsplan, 1993, Rdnr. 125.

[56] Dolderer, UPR 2001, 41, 45.

de keinen materiellrechtlichen Bindungen unterliege [57].

Im Ergebnis hängt die Art des Rechtsschutzes davon ab, wie die Einleitungsentscheidung zu qualifizieren ist. Bei dieser Entscheidung handelt es sich um einen Verwaltungsakt [58]. Das gilt sowohl gegenüber dem erfolgreichen Vorhabenträger als auch gegenüber dessen unterlegenem Konkurrenten [59]. Deshalb sind Widerspruch und Anfechtungsklage die statthaften Rechtsbehelfe des unterlegenen Konkurrenten gegen die positive Einleitungsentscheidung der Gemeinde zugunsten eines anderen Vorhabenträgers. Diese Rechtsbehelfe haben nach § 80 a Abs. 1 Satz 2 VwGO auch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung aufschiebende Wirkung. Mit dem Suspensiveffekt wird die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes in einem weiten Sinne gehemmt: Untersagt sind nicht nur behördliche Vollzugsakte, sondern auch private Folge- und Ausnutzungsmaßnahmen [60]. Greift ein konkurrierender Vorhabenträger die positive Einleitungsentscheidung zugunsten eines

anderen Vorhabenträgers mit Widerspruch oder Anfechtungsklage an, dürfen deshalb weder die Gemeinde noch der erfolgreiche Vorhabenträger das vorhabenbezogene Bauabwägungsverfahren vorantreiben. Sie sind zum Stillhalten verpflichtet, bis die aufschiebende Wirkung entfällt. Wenn die Gemeinde oder der erfolgreiche Vorhabenträger während der Dauer der aufschiebenden Wirkung Maßnahmen zur Verwirklichung des positiven Einleitungsbeschlusses treffen, liegt eine faktische Vollziehung vor [61]. Der unterlegene Vorhabenträger kann dann beim Verwaltungsgericht im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO analog die Feststellung beantragen, daß sein Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat [62].

[57] VGH Baden-Württemberg, BauR 2000, 1704, 1707.

[58] S.o., II.2.

[59] S.o., II.3.

[60] Vgl. Kopp/Schenke (Fußn.28), § 80 Rdnr.22 ff.

[61] Eingehend dazu Schenke, DVBl. 1986, 12; Kopp/Schenke (Fußn.28), § 80 a Rdnr.17 a, 20.

[62] Vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 145; Kopp/Schenke (Fußn.28), § 80 Rdnr.181.