

Öffentliches Baurecht

Hoppe / Bönker / Grotefels

5. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-76865-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

planerisch gelöst werden können, so werden in der Regel die Grundzüge der Planung berührt und wird eine Zielabweichung ausgeschlossen sein.³⁵¹

Ob durch die Zulassung einer Zielabweichung die **Grundzüge der Planung berührt** 69 sind, lässt sich nur im Wege einer **Einzelfallbetrachtung** beantworten.³⁵² Zunächst sind hierfür die planerische Grundkonzeption und die sie tragenden Festlegungen (Ziele und Grundsätze) sowie die in diesen zum Ausdruck kommenden Absichten des Plangebers zu ermitteln.³⁵³ Sodann ist zu prüfen, ob die Zielabweichung eine tragende Festlegung betrifft und damit der planerischen Gesamtkonzeption zuwiderläuft.³⁵⁴ Dabei sind gerade auch die durch die Abweichung ausgelösten Folgewirkungen in den Blick zu nehmen.³⁵⁵ So kann eine Berührung der Grundzüge der Planung indiziert sein, wenn die für eine Zielabweichung angeführten Gründe auf eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zutreffen und die Zulassung einer Zielabweichung daher eine „**negative Vorbildwirkung**“ entfalten könnte.³⁵⁶ Teilweise wird umgekehrt angenommen, die Einzigartigkeit eines Vorhabens könne dafür sprechen, dass die Grundzüge der Planung nicht berührt sind. Dies ist jedoch allzu stark von dem konkreten Vorhaben abhängig und dürfte insbesondere für „projektorientierte“ Ziele wie Standortfestlegungen nicht verallgemeinerungsfähig sein.³⁵⁷ Während für die raumordnerische Vertretbarkeit eine Veränderung der Verhältnisse oder neue Erkenntnisse entscheidend sind, kann für das „Nichtberührtsein“ der Grundzüge der Planung die **fehlende Aktualität der planerischen Grundkonzeption** nicht zugunsten einer Zielabweichung angeführt werden: Ist das „Grundgerüst“ der Planung überholt und stellt es keinen angemessenen Ausgleich der berührten Belange mehr dar, so ist die Zielabweichung als isolierte Einzelentscheidung nicht das richtige Instrument, um einen zeitgemäßen Interessenausgleich herzustellen; vielmehr ist die Änderung des Plans angezeigt.³⁵⁸

Ungeschriebene, über die in § 6 Abs. 2 S. 1 ROG genannten hinausgehende Abweichungsvoraussetzungen sind nicht anzuerkennen.³⁵⁹ Dies gilt zum einen für das bis zum 70

³⁵¹ Kment in Kment ROG § 6 Rn. 72; Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel ROG § 6 Rn. 29; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 48; für die städtebaurechtliche Befreiung ebenso BVerwG v. 18.11.2010 – 4 C 10.09, BVerwGE 138, 166 Rn. 37; Söfker in EZBK BauGB § 31 Rn. 36.

³⁵² Dies betonen etwa auch Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 181; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 46; für die städtebaurechtliche Befreiung BVerwG v. 29.1.2009 – 4 C 16.07, BVerwGE 133, 98 Rn. 23; vgl. hierzu und zum Folgenden ferner Kümper UPR 2021, 121 (126) mwN.

³⁵³ BVerwG v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, BVerwGE 138, 301 Rn. 26; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 71; instruktive Einzelfallwürdigung – kommunale Biogasanlage in regionalem Grünzug – bei VG Stuttgart v. 5.2.2013 – 2 K 287/12, juris, Rn. 62 ff.

³⁵⁴ Hierzu sowie zur Maßgeblichkeit des Einzelfalls und der jeweiligen Planungssituation BVerwG v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, BVerwGE 138, 301 Rn. 26; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 71; vgl. auch Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel ROG § 6 Rn. 30 ff., der zwischen „Zentral-Anliegen“ und „Nebenanliegen“ differenziert und namentlich Ziele zur Einzelhandelssteuerung als „Zentral-Anliegen“ ansieht, was jedoch in dieser Allgemeinheit zweifelhaft erscheint; vgl. Kümper UPR 2021, 121 (126 Fn. 75).

³⁵⁵ Kment in Kment ROG § 6 Rn. 72; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 183.

³⁵⁶ Kment in Kment ROG § 6 Rn. 72; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 181; für die Erweiterung eines Flughafens HessVGH v. 28.6.2005 – 12 A 8/05, NVwZ 2006, 230 (240).

³⁵⁷ Mit Blick auf raumordnerische Standortvorgaben und Betriebsregelungen für große Infrastrukturvorhaben überzeugend Deutsch EurUP 2016, 90 (96); zur sog. projektorientierten Raumordnung weiterführend Wahl in FS Sellner, S. 155 (156 ff.).

³⁵⁸ Zutreffend Kment in Kment ROG § 6 Rn. 74; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 181.

³⁵⁹ Ebenso Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 50; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 75; Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel ROG § 6 Rn. 22; Schmitz in

Erlass des ROG 1998 in § 5 Abs. 5 ROG aF normierte **Erfordernis eines Einzelfalls**. Denn der Einzelfallbezug, welcher die Zielabweichung kennzeichnet und von der Planänderung unterscheidet, geht in dem Merkmal des „Nichtberührtseins“ der Grundzüge der Planung auf, das die Grenze zwischen punktueller Abweichung und planerischem Interessenausgleich markiert. Durch die Streichung im Gesetzestext wurde somit dieser lediglich von unnötigen Doppelungen bereinigt.³⁶⁰ Ebenfalls keinen Anhalt bietet der Wortlaut des § 6 Abs. 2 ROG für eine – vor allem im älteren Schrifttum geforderte³⁶¹ – ungeschriebene Abweichungsvoraussetzung der **Atypik** bzw. eines atypischen (Einzel-) Falles. Entsprechende Überlegungen entwickelte zunächst auch die Rechtsprechung zur städtebaurechtlichen Befreiung.³⁶² Doch wollte der Bundesgesetzgeber mit der Streichung des Einzelfallerfordernisses in § 31 Abs. 2 BauGB diesen judikativen Restriktionen bewusst entgegenwirken.³⁶³ Da bei der Formulierung des geltenden § 6 Abs. 2 ROG ebenfalls auf das Einzelfallerfordernis verzichtet wurde und die gesetzlich formulierten materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Zielabweichung als abschließend anzusehen sind, sollte auch hier von einem ungeschriebenen Erfordernis der Atypik abgesehen werden.³⁶⁴ Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum betont wird, die Zielabweichung müsse ein Sonderfall bleiben und dürfe – soweit mehrere gleichgelagerte Fälle betroffen sind – gerade nicht zum Regelfall werden und damit die Grenze zur Planänderung überschreiten,³⁶⁵ lassen sich diese Erwägungen wiederum dem Tatbestandsmerkmal der „Grundzüge der Planung“ zuordnen: Hier lässt sich das Vorliegen eines atypischen Falles womöglich als (keineswegs zwingendes) Indiz dafür ansehen, dass die Grundzüge der Planung nicht berührt sind; im Falle einer Regelmäßigkeit, bei der von einer Atypik nicht mehr die Rede sein kann, wird dagegen deutlich, dass dem Bedürfnis nach einer Zielabweichung auf der Ebene der Planung Rechnung zu tragen wäre und die Zulassung einer Zielabweichung daher die Grundzüge der Planung berühren würde.³⁶⁶

Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 186 ff.; vgl. ferner Kümper UPR 2021, 121 (126 f.).

³⁶⁰ Landesrechtliche Bestimmungen, die weiterhin ausdrücklich an den Einzelfall anknüpfen, lassen sich als mit dem Bundesrecht inhaltsgleich qualifizieren; vgl. zu Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayLPIG und § 24 Abs. 1 S. 1 LPIG BW Kment in Kment ROG § 6 Rn. 79, 81.

³⁶¹ So etwa Schrage Zielabweichungsverfahren bei Raumordnungsplänen S. 89; Lautner Funktionen raumordnerischer Verfahren, S. 111, 114; vgl. auch aus der Rechtsprechung OVG NRW v. 6.6.2005 – 10 D 145/04.NE, BauR 2005, 1577 (1581): Zielabweichung als Reaktion auf „unvorhersehbare, atypische Fallgestaltungen“.

³⁶² Siehe etwa BVerwG v. 9.6.1978 – 4 C 54.75, BVerwGE 56, 71 (74); BVerwG v. 14.2.1991 – 4 C 51.87, BVerwGE 88, 24 (32 f.); vgl. m. w. N. auch Rieger in Schrödter BauGB § 31 Rn. 26; sowie eingehend Söfker in EZBK BauGB § 31 Rn. 29 ff. Für die raumordnungsrechtliche Zielabweichung greift das BVerwG dagegen nicht auf die Atypik zurück, sondern betont, die Zielabweichung sei „nicht auf den atypischen Fall, sondern gerade auf den Härtefall ausgerichtet [...]“; grundlegend BVerwG v. 16.12.2010 – 4 C 8.10, BVerwGE 138, 301 Rn. 27.

³⁶³ BT-Drs. 13/6392, S. 56.

³⁶⁴ So auch Kment in Kment ROG § 6 Rn. 76; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 188; Nds. OVG v. 23.6.2016 – 12 KN 64/16, ZfBR 2016, 689 (690).

³⁶⁵ Kment in Kment ROG § 6 Rn. 76; Hess VGH v. 15.9.2015 – 4 C 2000/12, KommJur 2016, 426 (431); für die städtebauliche Befreiung vgl. auch Rieger in Schrödter BauGB § 31 Rn. 26; differenzierend Söfker in EZBK BauGB § 31 Rn. 29 ff.

³⁶⁶ So auch Kment in Kment ROG § 6 Rn. 76; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR L § 6 ROG 2017 Rn. 188; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 50.

2. Verfahrensrechtliche Aspekte der Zielabweichung

a) Eigenständiges Zielabweichungsverfahren und Verfahrenskonzentration

Im Unterschied zur früheren rahmenrechtlichen Vorschrift des § 11 ROG 1998 sahen § 6 Abs. 2 ROG 2008 und § 6 Abs. 2 ROG 2017 nicht mehr vor, dass über die Zielabweichung „in einem besonderen Verfahren“ entschieden werde, dh in einem speziellen raumordnungsrechtlichen, von den Planungs- oder Zulassungsverfahren, für welche die Zielabweichung ggf. erteilt werden soll, zu unterscheidenden Verfahren.³⁶⁷ Unter der Geltung des ROG 2017 ist deshalb bundesrechtlich für Abweichungen von Raumordnungsplänen der Länder ein **besonderes Zielabweichungsverfahren** nicht (mehr) vorgeschrieben.³⁶⁸ Dasselbe gilt für den Bereich der Bundesraumordnungsplanung, zumal § 19 Abs. 2 ROG explizit den Fall erwähnt, dass über eine Zielabweichung in einem Zulassungsverfahren entschieden wird. Durch das Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG) vom 3.3.2023³⁶⁹ wurde **§ 6 Abs. 2 S. 1 ROG 2023** ua insoweit neu gefasst, als die Vorschrift nun auf eine Entscheidung der „zuständige(n) Raumordnungsbehörde“ Bezug nimmt. Weil die Entscheidung über eine Zielabweichung als Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 VwVfG zu qualifizieren ist und die Stellung eines entsprechenden Antrags somit ein Verwaltungsverfahren iSd § 9 VwVfG in Gang setzt, dürfte die Bezugnahme auf eine Entscheidung der zuständigen Raumordnungsbehörde darauf hindeuten, dass der Bundesgesetzgeber das Zielabweichungsverfahren (wieder) als eigenständiges raumordnungsrechtliches Verfahren verstanden wissen möchte.³⁷⁰ Angesichts der bisherigen bundesrechtlichen Zurückhaltung durften allerdings die Länder durch **ergänzendes Landesrecht** (Art. 72 Abs. 1 GG) die Durchführung eines besonderen Zielabweichungsverfahrens vorsehen; dies ist etwa in Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayLPIG, § 16 Abs. 1 LPIG NRW und § 16 Abs. 1 SächsLPIG geschehen. Dieses ergänzende Landesrecht bleibt nach § 27 Abs. 3 ROG 2023 unberührt.³⁷¹ Ist das Zielabweichungsverfahren bundes- oder landesrechtlich als besonderes raumordnungsrechtliches Verfahren konzipiert, so ist es nicht unselbständiger Teil eines anderweitigen Planungs- oder Zulassungsverfahrens (wie etwa die Umweltprüfungen, vgl. § 4 und § 33 UVPG), sondern wird als eigenständiges Verfahren durchgeführt und mit einer rechtlich selbständigen und ggf. isoliert gerichtlich angreifbaren Entscheidung abgeschlossen.

Auch wenn bundes- oder landesrechtlich ein besonderes Zielabweichungsverfahren vorgesehen ist, kann dieses von der Konzentrationswirkung eines anderen Verwaltungsverfahrens erfasst werden und damit seine verfahrensrechtliche Eigenständigkeit verlieren.³⁷² So greift nach zutreffender und mittlerweile wohl überwiegender Auffassung insbesondere die **Konzentrationswirkung des Planfeststellungsverfahrens und des**

³⁶⁷ Zu Letzterem Durner Konflikte räumlicher Planungen, S. 84; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR L § 6 ROG 2008 Rn. 144 mwN.

³⁶⁸ Zutreffend Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR L § 6 ROG 2008 Rn. 145; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 117; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide Arenz § 6 ROG 2008 Rn. 4 ff. und § 6 ROG 2017 Rn. 62 ff.; anders Goppel in Spannowsky/Runkel/Goppel ROG § 6 Rn. 12 ff.

³⁶⁹ BGBl. 2023 I Nr. 88.

³⁷⁰ Ausführlich zu diesem Aspekt der Neufassung des § 6 Abs. 2 ROG Kümper ZfBR 2023, 531 (533 f.).

³⁷¹ Der eigenständige Regelungsgehalt dieser landesgesetzlichen Vorschriften erscheint nun aber fraglich, weshalb sich § 27 Abs. 3 ROG in erster Linie auf andere Fallgestaltungen beziehen dürfte; zur entsprechenden Regelung des ROG 2017 vgl. Schubert in Kment ROG § 27 Rn. 15 ff.

³⁷² Nicht überzeugend erscheint die Annahme von Kment in Kment ROG § 6 Rn. 127, aufgrund der Charakterisierung als „besonderes Verfahren“ ua in Art. 4 Abs. 1 S. 1 BayLPIG sei eine Verbindung des Zielabweichungsverfahrens mit anderen Verfahren nicht gestattet. Vielmehr ist die

Plangenehmigungsverfahren nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 (ggf. iVm § 74 Abs. 6 S. 2) VwVfG ein.³⁷³ Und ebenso wird das Zielabweichungsverfahren durch das **immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren** nach § 13 BImSchG konzentriert,³⁷⁴ so dass für die in der Praxis zu beobachtenden Zielabweichungsanträge für Windenergieanlagen eigentlich kein Raum ist.³⁷⁵ Weil die Konzentrationswirkung lediglich eine formelle, dh zuständigkeits- und verfahrensbezogene, ist, nicht aber von dem materiell-rechtlichen Entscheidungsprogramm einer Zielabweichung dispensiert,³⁷⁶ hat die Planfeststellungs- bzw. Genehmigungsbehörde die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 S. 1 ROG (raumordnerische Vertretbarkeit, Nichtberührtsein der Grundzüge der Planung) in gleicher Weise zu prüfen wie im Falle eines gesonderten Zielabweichungsverfahrens; doch ist sie nicht auf eine ihr günstige Ermessensentscheidung der Raumordnungsbehörde angewiesen.³⁷⁷

b) Das Recht zur Beantragung einer Zielabweichung

- 73 In den Fällen einer Verfahrenskonzentration ist in dem Antrag bspw. auf Planfeststellung zugleich ein konkludenter Antrag auch auf Zulassung einer ggf. notwendigen Zielabweichung zu sehen. Wird das Zielabweichungsverfahren als eigenständiges Verwaltungsverfahren durchgeführt, so richtet sich die **Antragsberechtigung nach § 6 Abs. 2 S. 2 ROG**. Danach sind antragsberechtigt die öffentlichen Stellen und Personen des Privatrechts, die das Ziel, von dem eine Abweichung zugelassen werden soll, „nach § 4“ (ROG) zu beachten haben. Die Antragsberechtigung spiegelt nach § 6 Abs. 2 S. 2 ROG also die Zielbindung nach § 4 ROG.³⁷⁸ Sie steht damit zunächst den in § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG angesprochenen **öffentlichen Stellen als Träger raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen** zu, bspw. Träger der Regionalplanung im Zusammenhang mit Abweichungen von Zielen des landesweiten Raumordnungsplans oder Gemeinden, soweit diese für die Aufstellung eines raumbedeutsamen Bauleitplans der Zulassung einer

Konzentrationswirkung gerade darauf gerichtet, mehrere andernfalls rechtlich eigenständige Verfahren zusammenzuführen.

³⁷³ Für eine Konzentration nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG auch etwa VGH BW v. 8.7.2002 – 5 S 2715/01, ZLW 2004, 160 (164 ff.); HessVGH v. 13.4.2005 – 4 Q 3637/04, NVwZ-RR 2005, 683 (684 f.); HessVGH v. 28.6.2005 – 12 A 8/05, NVwZ 2006, 230 (239); HessVGH v. 15.1.2009 – 11 B 254/08, juris, Rn. 110; Durner in Kment ROG § 4 Rn. 66, 121; Wysk in Kopp/Ramsauer VwVfG § 75 Rn. 12; Deutsch in Mann/Sennekamp/Uechtritz VwVfG § 75 Rn. 65; Kümper UPR 2021, 171 (172) mwN; gegen die Konzentration insbesondere Kment in Kment ROG § 6 Rn. 14 ff. Für das hessische Landesrecht ist in § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 HessVwVfG mittlerweile die Konzentration auch des Zielabweichungsverfahrens ausdrücklich vorgesehen.

³⁷⁴ Dafür auch jüngst Nds. OVG v. 15.12.2021 – 12 MS 97/21, UPR 2022, 153 Rn. 18 ff.; offen gelassen in VG Stuttgart v. 5.5.2022 – 2 K 225/22, juris, Rn. 8; für eine Konzentration zuvor auch Jarass BImSchG § 13 Rn. 6a; Lange in Appel/Ohms/Sauer BImSchG § 13 Rn. 25; Kümper UPR 2021, 171 (173); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (378); dagegen zuletzt VGH BW v. 5.10.2022 – 10 S 1485/21, BeckRS 2022, 32102.

³⁷⁵ Eine derartige Praxis beobachtet auch Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 65; vgl. ferner etwa VG Schwerin v. 17.3.2011 – 2 A 1087/08, juris.

³⁷⁶ BVerwG v. 9.11.1984 – 7 C 15.83, BVerwGE 70, 242 (244); BVerwG v. 22.3.1985 – 4 C 71.82, BVerwGE 71, 163 (184); BVerwG v. 9.3.1990 – 7 C 21.89, BVerwGE 85, 44 (46); Wysk in Kopp/Ramsauer VwVfG § 75 Rn. 15 f.; Neumann/Külpmann in Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG § 75 Rn. 12 ff.; Deutsch in Mann/Sennekamp/Uechtritz VwVfG § 75 Rn. 66 ff.

³⁷⁷ Zu Unrecht kritisiert daher Ritter DÖV 2009, 425 (428), die Träger der Fachplanung bzw. die Planfeststellungsbehörden könnten sich über die Ziele der Raumordnung einfach hinwegsetzen.

³⁷⁸ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch Kment in Kment ROG § 6 Rn. 114 f.; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz Raumordnung in Bund und Ländern § 6 ROG 2017 Rn. 66 f.; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPLaR M § 6 ROG 2017 Rn. 229 f.; Kümper UPR 2021, 171 (173 ff.); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (378 ff.). Die Bezugnahme auf die Zielbindung „nach § 4“ wurde durch das ROG 2017 eingefügt.

Zielabweichung bedürfen.³⁷⁹ Antragsberechtigt sind zudem die nach § 4 Abs. 1 S. 2 ROG unmittelbar der Zielbeachtenspflicht unterworfenen Privatrechtssubjekte, welche öffentliche Aufgaben (insbesondere der Daseinsvorsorge) wahrnehmen.³⁸⁰ In den Fällen, in denen sich die Zielbeachtenspflicht unmittelbar nicht an den Träger einer raumbedeutsamen Planung oder Maßnahme richtet, sondern an **öffentliche Stellen als Zulassungsbehörden**, dh in den Fällen des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 sowie des § 4 Abs. 3 ROG, kommt von vornherein allein ein Antragsrecht der jeweiligen Zulassungsbehörde in Betracht, muss aber gerade in den genannten Fällen aufgrund der **Konzentrationswirkung** des Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahrens sowie des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens (§ 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, ggf. iVm § 74 Abs. 6 S. 2 VwVfG, § 13 BImSchG) ausscheiden, weil die betreffenden Behörden im Rahmen der Zulassungsentscheidung selbst über die Zulassung einer Zielabweichung zu befinden haben.³⁸¹

Unter Geltung des ROG 2017 nur schwach begründbar war ein Recht zur Beantragung einer Zielabweichung zugunsten **privater Vorhabenträger** in den Fällen des § 4 Abs. 2 ROG, da diese Vorschrift unmittelbar nicht sie, sondern die jeweilige Zulassungsbehörde adressiert.³⁸² Die Problematik hätte bei zutreffender Anwendung der Vorschriften über die **Verfahrenskonzentration** (§ 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, ggf. iVm § 74 Abs. 6 S. 2 VwVfG, § 13 BImSchG) kaum praktische Bedeutung, weil dann kein gesondertes Zielabweichungsverfahren durchgeführt und sich dementsprechend auch ein eigenständiges Antragsrecht des Vorhabenträgers erübrigen würde. In der Praxis werden aber offenbar trotz womöglich bestehender Konzentrationswirkung bei den Raumordnungsbehörden gesonderte Zielabweichungsanträge für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen (namentlich Windkraftanlagen) gestellt und bearbeitet.³⁸³ Das Gesetz zur Änderung des Raumordnungsgesetzes und anderer Vorschriften (ROGÄndG) vom 3.3.2023³⁸⁴ hat nun mit **§ 6 Abs. 2 S. 3 ROG 2023 ausdrücklich ein Antragsrecht privater Vorhabenträger** eingefügt. Danach sind antragsberechtigt im Zielabweichungsverfahren auch Personen des Privatrechts, deren beantragtes Vorhaben der Planfeststellung oder der Genehmigung mit der Rechtswirkung der Planfeststellung bedarf, oder deren beantragtes Vorhaben nach § 4 Abs. 2 ROG zu beurteilen ist.³⁸⁵ Hiermit reagiert der Gesetzgeber auf Kritik der Europäischen Kommission an der in der Bundesrepublik praktizierten raumordnerischen Einzelhandelssteuerung, die ua beanstandet, dass bislang ein Antrag auf

74

³⁷⁹ Zur Antragsberechtigung der Gemeinden etwa OVG RP v. 5.9.2006 – 5 K 996/05, ZfBR 2006, 792 (792); VGH BW v. 4.7.2012 – 3 S 351/11, BauR 2013, 425 (425); Nds. OVG v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, ZfBR 2016, 689 (690).

³⁸⁰ Zur Zielbindung dieser Privatrechtssubjekte bei → § 4 Rn. 38.

³⁸¹ In den Fällen des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ROG kann zwar eine parallele Zielbindung des privaten Planungs- oder Maßnahmeträgers nach § 4 Abs. 1 S. 2 ROG bestehen (Durner in Kment ROG § 4 Rn. 49; vgl. auch → § 4 Rn. 37, 38) und wäre dementsprechend auch ein Antragsrecht des privaten Planungs- oder Maßnahmeträgers denkbar; doch müsste auch dieses wegen der Konzentration des Zielabweichungsverfahrens ins Leere gehen.

³⁸² Es finden sich in der Entstehungsgeschichte des § 6 Abs. 2 S. 2 ROG aber zumindest versprengte Anhaltspunkte für ein Antragsrecht auch jener privaten Vorhabenträger; hierzu im Einzelnen Kment in Kment ROG § 6 Rn. 115; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky RO-LaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 229; Kümper UPR 2021, 171 (174 f.); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (380 ff.).

³⁸³ Vgl. etwa VG Schwerin v. 17.3.2011 – 2 A 1087/08, juris; VG Darmstadt v. 4.11.2021 – 6 K 229/16, juris; ferner Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 67; kritisch, auch mit Blick auf eine „materielle“ Konzentration nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, Kümper UPR 2021, 171 (174 f.); für eine Verfahrenskonzentration nach § 13 BImSchG zuletzt Nds. OVG v. 15.12.2021 – 12 MS 97/21, UPR 2022, 153 Rn. 18 ff.

³⁸⁴ BGBl. 2023 I Nr. 88.

³⁸⁵ Ähnlich bereits der Referentenentwurf vom 31.5.2022, S. 3 f.; vgl. hierzu auch Kment UPR 2022, 329 (330).

Zielabweichung nicht von den privaten Planungs- und Maßnahmenträgern als Marktteilnehmern gestellt werden könne.³⁸⁶ Der **praktische Effekt des neuen Antragsrechts erscheint allerdings gering**,³⁸⁷ da zum einen in den Fällen einer Planfeststellungs- bzw. Plangenehmigungspflicht oder einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit (§ 4 BImSchG) aufgrund der Verfahrenskonzentration (§ 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG, § 13 BImSchG) ein gesondertes Zielabweichungsverfahren, in welchem der private Vorhabenträger sein Antragsrecht ausüben könnte, nicht stattfindet und zum anderen speziell die vom Gesetzgeber in den Blick genommenen Einzelhandelsvorhaben im Baugenehmigungsverfahren in der Regel nicht an den Zielen der Raumordnung zu messen sind, weil diese nach dem von § 4 Abs. 2 ROG in Bezug genommenen einschlägigen Fachrecht – die §§ 30, 34 BauGB – nicht zum behördlichen Prüfprogramm zählen.³⁸⁸

75 Geht man vom Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 2 ROG aus, so stellt die Pflicht der Gemeinden zur **Anpassung der Bauleitpläne** an die Ziele der Raumordnung nach § 1 Abs. 4 BauGB keine Zielbindung „nach § 4“ (ROG) dar.³⁸⁹ In der Praxis sind gemeindliche Zielabweichungsanträge zumindest üblich.³⁹⁰ Es sprechen aber neben dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 S. 2 ROG auch **teleologische Gründe dagegen**, den Gemeinden eine Befreiung von der Anpassungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB im Wege der Zielabweichung zuzuerkennen, soweit die Anpassungspflicht auf eine fortlaufende Anpassung der Bauleitpläne an neue Zielsetzungen und ggf. auch Erstplanung gerichtet ist und damit über die allgemeine Zielbeachtungspflicht des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG hinausgeht: Dem § 1 Abs. 4 BauGB zugrundeliegenden Konzept der „Planungshierarchie“³⁹¹ liefe es zuwider, wenn die Gemeinden in Fällen einer raumordnerisch induzierten Pflicht zur Bauleitplanung eine Zielabweichung beantragen könnten.³⁹² Ein gemeindliches Antragsrecht ist mit Blick auf § 1 Abs. 4 BauGB nur insoweit anzuerkennen, als das in dieser Vorschrift ebenfalls enthaltene Verbot einer Bauleitplanung in Widerspruch zu bestehenden Raumordnungszielen hinsichtlich der nicht-raumbedeutsamen Bauleitpläne über § 4

³⁸⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, S. 23, unter Hinweis auf die Vertragsverletzungsverfahren 2008/4946 und 2009, 4580; zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG auf die Steuerung des Einzelhandels durch nationales Bau- und Planungsrecht grundlegend EuGH v. 30.1.2018, verb. Rs. C-360/15 u. C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 = NVwZ 2018, 307 m. Anm. Kümper; vgl. ferner Battis/Hennig DVBl. 2019, 197 ff., Thiel UPR 2020, 50 ff.

³⁸⁷ Ausführlicher Kümper DVBl. 2023, 1126 (1133 f.); ders. ZfBR 2023, 531 (537 ff.).

³⁸⁸ Zur fehlenden Zielbindung im Bereich der §§ 30, 34 BauGB bei → § 4 Rn. 55. Im Außenbereich (§ 35 BauGB) werden großflächige Einzelhandelsbetriebe stets bereits aus anderen als raumordnungsrechtlichen Gründen bauplanungsrechtlich unzulässig sein, bspw. wegen eines Planungserfordernisses (zu Letzterem BVerwG v. 1.8.2002 – 4 C 5.01, BVerwGE 117, 25), so dass ein Zielabweichungsverfahren zur Überwindung eines Zulassungshindernisses nach § 35 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 BauGB nicht weiterführt.

³⁸⁹ Die Gesetzesmaterialien zu § 6 ROG erwähnen § 1 Abs. 4 BauGB nicht; vgl. BT-Drs. 16/10292, S. 23; hierzu und zum Folgenden auch Kümper UPR 2021, 171 (175 f.); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (384 ff.).

³⁹⁰ Vgl. etwa – allerdings vor Neufassung des § 6 Abs. 2 S. 2 ROG durch die Bezugnahme auf die Zielbindung „nach § 4“ – OVG RP v. 5.9.2006 – 5 K 996/05, ZfBR 2006, 792 (792); VGH BW v. 4.7.2012 – 3 S 351/11, BauR 2013, 425 (425); Nds. OVG v. 23.6.2016 – 12 KN 64/14, ZfBR 2016, 689 (690).

³⁹¹ So vor allem BVerwG v. 17.9.2003 – 4 C 14.01, BVerwGE 119, 25 (38); BVerwG v. 16.3.2006 – 4 A 1075.04, BVerwGE 125, 116 Rn. 68 f.; BVerwG v. 29.4.2010 – 4 CN 3.08, BVerwGE 137, 38 Rn. 24; hierzu näher bei → § 4 Rn. 47, 48.

³⁹² Eine entsprechende Beschränkung des gemeindlichen Antragsrechts auf die von § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG erfassten Fälle entspricht aber auch der Funktion der Zielabweichung: Soll diese auf Entwicklungen reagieren, die bei der Festlegung des Ziels noch nicht berücksichtigt wurden, ist sie ein Instrument für Fälle, in denen eine Gemeinde von der Zielbindung befreit werden soll, wenn sie infolge veränderter Umstände die Initiative zu einer Bauleitplanung ergreift.

Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ROG hinausreicht;³⁹³ insoweit kommt eine teleologische Extension des § 6 Abs. 2 S. 1 ROG in Betracht.

c) Die Durchführung des Zielabweichungsverfahrens

Wird das Zielabweichungsverfahren gesondert durchgeführt, dh wird es nicht im Wege der Verfahrenskonzentration mit einem Zulassungsverfahren (bspw. Planfeststellungsverfahren) zusammengeführt, so trifft das Landesplanungsrecht ergänzende Regelungen iSd Art. 72 Abs. 1 GG zur Zuständigkeit für die Entscheidung über eine Zielabweichung und zum Verfahren, darüber hinaus gilt das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht, dh das Landes-VwVfG.³⁹⁴ Teilweise spiegelt sich die in § 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ROG vorgesehene Zweistufigkeit der Landesraumordnungsplanung in der **Zuständigkeit für die Durchführung des Zielabweichungsverfahrens** wider, indem, wenn eine Abweichung von Zielen des landesweiten Raumordnungsplans beantragt wird, die Landesplanungsbehörde zur Entscheidung berufen ist und über Abweichungen von Zielen der Regionalpläne die Regionalplanungsbehörde entscheidet.³⁹⁵ Soweit das Zielabweichungsverfahren von der Konzentrationswirkung eines Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahrens oder eines immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens erfasst wird (§ 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, ggf. iVm § 74 Abs. 6 S. 2 VwVfG, § 13 BImSchG), geht die Entscheidungszuständigkeit auf die Planfeststellungsbehörde bzw. die Immissionsschutzbehörde über; die Raumordnungsbehörde ist dann jedoch als sog. verdrängte Behörde zu beteiligen.³⁹⁶ 76

Mehrere Landesplanungsgesetze fordern für die Zulassung einer Zielabweichung das **Einvernehmen** der sachlich zuständigen Ministerien, teilweise sogar allgemein der in ihrem fachlichen Aufgabenbereich berührten öffentlichen Stellen.³⁹⁷ Das Einvernehmen setzt als stärkste Form behördlicher Beteiligung die positive Zustimmung der zu beteiligenden Stelle voraus. Ohne die positive Erteilung des Einvernehmens darf eine Zielabweichung nicht zugelassen werden.³⁹⁸ Die Einholung des Einvernehmens ist allerdings nur dann erforderlich, wenn die Raumordnungsbehörde die Erteilung der Zielabweichung überhaupt in Betracht zieht.³⁹⁹ Die Landesplanungsgesetze regeln nicht, inwieweit 77

³⁹³ Zu Letzterem sowie zu dem aus § 1 Abs. 4 BauGB resultierenden Verbot zielwidriger Bauleitplanung bei → § 4 Rn. 46.

³⁹⁴ Zur Durchführung des Zielabweichungsverfahrens ausführlich Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 194 ff.; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 38 ff.; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 109 ff.; vgl. auch Kümpfer UPR 2021, 171 (176 ff.); Kümpfer VerwArch 112 (2021), 367 (389 ff.).

³⁹⁵ Vgl. etwa Art. 4 Abs. 1 S. 1 und S. 3 BayLPlG, § 4 Abs. 9 S. 1 und § 8 Abs. 1 S. 1 HessLPlG, § 16 Abs. 2 LPlG NRW. Teilweise ist aber auch eine einheitliche Zuständigkeit für Zielabweichungsverfahren vorgesehen; vgl. auch die Übersichten zum Landesrecht bei Kment in Kment ROG § 8 Rn. 118 ff.; Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 214 ff.

³⁹⁶ Zur Beteiligung der sog. verdrängten Behörden Jarass BImSchG § 13 Rn. 24 und § 10 Rn. 54; Deutsch in Mann/Sennekamp/Uechtritz VwVfG § 75 Rn. 69; Wysk in Kopp/Ramsauer VwVfG § 75 Rn. 15.

³⁹⁷ So namentlich Art. 4 Abs. 1 S. 2 BayLPlG, § 5 Abs. 6 S. 1 LPlG MV, § 13 Abs. 1 S. 2 LPlG SH; für Abweichungen von den Zielen des Landesentwicklungsplans § 4 Abs. 9 S. 2 HessLPlG, § 16 Abs. 2 S. 2 LPlG NRW, § 8 Abs. 3 S. 1 LPlG RP und § 11 Abs. 1 S. 3 ThürLPlG. Art. 10 LPlV Bln.-Bbg. fordert darüber hinaus das Einvernehmen mit den „fachlich berührten Stellen“; ähnlich § 8 NdsROG.

³⁹⁸ OVG Bln.-Bbg. v. 16.11.2017 – 10 B 1.17, ZfBR 2018, 268 (269); Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 232; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 118; zur Konzentration des Einvernehmens nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 VwVfG und § 13 BImSchG Kümpfer UPR 2021, 171 (177); Kümpfer VerwArch 112 (2021), 367 (393 f.).

³⁹⁹ Schließt sie dies dagegen von vornherein aus, etwa weil sie die Grundzüge der Planung iSd § 6 Abs. 2 S. 1 ROG als berührt ansieht, so erweist sich eine Beteiligung anderer Stellen als überflüssig,

und aus welchen Gründen die Ministerien oder sonstigen öffentlichen Stellen ihr Einvernehmen verweigern dürfen; auch Regelungen zur Fiktion des Einvernehmens oder seiner Ersetzung im Falle einer rechtswidrigen Versagung fehlen weithin.⁴⁰⁰ Die hierzu in § 36 BauGB getroffenen Bestimmungen finden im Landesplanungsrecht keine Entsprechung.⁴⁰¹ Wird das fachbehördliche bzw. ministerielle Einvernehmen versagt, so muss dessen Ersetzung durch die Raumordnungsbehörde in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage hierfür ausscheiden.⁴⁰²

- 78 Andere Landesplanungsgesetzen sehen anstelle von Einvernehmens- oder Zustimmungserfordernissen lediglich die **Beteiligung der in ihrem Aufgabenbereich berührten öffentlichen Stellen** oder Träger öffentlicher Belange vor bzw. diesen muss Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.⁴⁰³ Teilweise ist auch neben Einvernehmenserfordernissen die schlichte Beteiligung weiterer öffentlicher Stellen, häufig ausdrücklich auch **der betroffenen Gemeinden**, vorgesehen.⁴⁰⁴ Die betreffenden Vorschriften sprechen teilweise von einem „Benehmen“;⁴⁰⁵ hierbei handelt es sich ebenfalls um eine schlichte Beteiligung bzw. Gelegenheit zur Stellungnahme.⁴⁰⁶ Die schlichte Beteiligung soll dazu beitragen, dass die tatsächlichen Entwicklungen im Planungsraum und die durch eine etwaige Zielabweichung berührten Belange vollständig erkannt sowie sachgerecht gewichtet werden und sodann in die Entscheidung über die Zielabweichung eingehen.⁴⁰⁷ Diese wird aber durch jene Stellungnahmen nicht verbindlich determiniert; eine Einigung muss nicht erzielt werden, und deren Fehlen steht einer Zulassung der Zielabweichung nicht entgegen.

zumal die Raumordnungsbehörde die Voraussetzungen einer Zielabweichung auch bei Bestehen eines Einvernehmenserfordernisses in eigener Zuständigkeit und Verantwortung zu prüfen hat; vgl. hierzu auch Kment in Kment ROG § 6 Rn. 111; ferner VGH BW v. 4.7.2012 – 3 S 351/11, BauR 2013, 425 (427).

⁴⁰⁰ Allerdings sehen § 4 Abs. 9 S. 2 HessLPLG und § 11 Abs. 1 S. 3 LEntwG LSA bei Abweichungen vom Landesentwicklungsplan eine Entscheidung der Landesregierung vor, wenn ein Einvernehmen mit den betroffenen obersten Landesbehörden nicht hergestellt werden kann.

⁴⁰¹ Ausführlich zur Problematik und die sachliche Rechtfertigung der Einvernehmenserfordernisse in Zweifel ziehend Kümper UPR 2021, 171 (177); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (391 ff.); zur Bedeutung der Einvernehmenserfordernisse für den Rechtsschutz Kümper NuR 2021, 588 (592 ff., 596 f.) mwN.

⁴⁰² Für § 14 Abs. 3 WaStrG deutlich BVerwG v. 17.4.2002 – 9 A 24.01, BVerwGE 116, 175 (185): Die Versagung des Einvernehmens binde auch im Falle ihrer Rechtswidrigkeit; es sei die „volle Willensübereinstimmung zwischen beiden Trägern der Vollzugshoheit“ erforderlich. Eine Ersetzung des rechtswidrig versagten gemeindlichen Einvernehmens war zwar bereits vor der Einführung des § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB im Wege der kommunalaufsichtlichen Ersatzvornahme möglich; doch stehen der Raumordnungsbehörde entsprechende Aufsichtsbefugnisse gegenüber den zu beteiligenden Fachministerien gerade nicht zur Verfügung.

⁴⁰³ So etwa § 24 S. 3 LPIG BW, § 5 Abs. 1 S. 2 SaarLPIG, § 16 S. 2 SächsLPIG, § 11 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 LEntwG LSA; für Abweichungen von Zielen der Regionalpläne § 8 Abs. 2 S. 2 HessLPLG, § 10 Abs. 6 S. 1 LPIG RP.

⁴⁰⁴ So etwa Art. 4 Abs. 1 S. 2, 3 BayLPIG, § 4 Abs. 9 S. 2 HessLPIG, § 13 Abs. 1 S. 2 LPIG SH, § 11 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 LEntwG LSA, § 11 Abs. 2 S. 2 ThürLPIG. Zur Frage, ob Beteiligungsrechte der betroffenen Gemeinden wegen Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zwingend vorzusehen sind, weiterführend Kümper UPR 2021, 171 (178 f.); Kümper VerwArch 112 (2021), 367 (396 f.).

⁴⁰⁵ Vgl. etwa Art. 4 Abs. 1 S. 2 BayLPIG, Art. 10 LPiV Bln.-Bbg., § 8 NdsROG und § 16 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 LPIG NRW.

⁴⁰⁶ Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 232; Kment in Kment ROG § 6 Rn. 118; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 71, 107.

⁴⁰⁷ Schmitz in Bielenberg/Runkel/Spannowsky ROLaPlaR M § 6 ROG 2017 Rn. 232; Schrage Zielabweichungsverfahren bei Raumordnungsplänen, S. 37; Kerkmann in Cholewa/Dyong/von der Heide/Arenz § 6 ROG 2017 Rn. 70.