

# Die Zulässigkeit von Bauvorhaben gemäß § 33 BauGB

Von Stud. iur. **Daniel Müller**, Hannover\*

## I. Einführung

Der Schwerpunkt von Klausuren auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts liegt nicht selten in der Prüfung der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens. Trotz seiner Prüfungsrelevanz<sup>1</sup> und seiner klar konzipierten Gesetzesstruktur gehört dieses Rechtsgebiet unter Studierenden zu den weniger beliebten Studienfächern. Während die Zulassungstatbestände der §§ 30, 34 und 35 BauGB aufgrund ihrer Anwendungsbreite meist bekannt sind, stellt die Prüfung des § 33 BauGB Klausurbearbeiter bisweilen vor Schwierigkeiten. Dabei kommt dieser Vorschrift nicht zuletzt angesichts des steigenden Bedarfs nach zeitnaher Zulassung von Bauvorhaben<sup>2</sup> in der Praxis eine erhebliche Bedeutung zu.<sup>3</sup> Der nachfolgende Beitrag soll daher die Einbettung des § 33 BauGB im System des Bauplanungsrechts erläutern (II.) und einen Überblick über die Tatbestandsvoraussetzungen der Zulässigkeit nach § 33 Abs. 1 BauGB (III.) sowie der Zulassung nach Abs. 2 und 3 (IV.) geben. Insbesondere zielt die Darstellung darauf ab, das Systemverständnis für das Bauplanungsrecht zu schärfen und auf potenziell klausurrelevante Probleme hinzuweisen.

## II. § 33 BauGB im System des Bauplanungsrechts

Die Vorschrift des § 33 BauGB ist Teil des Abschnitts „Zulässigkeit von Vorhaben“ des BauGB. Es handelt sich um

---

\* Der *Autor* ist Student der Rechtswissenschaften an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht (Prof. Dr. Hermann Butzer).

<sup>1</sup> Siehe § 8 Abs. 2 Nr. 9 JAPrO (Baden-Württemberg); § 18 Abs. 2 Nr. 5 lit. c JAPO (Bayern); § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. c JAO (Berlin); § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. c BbgJAO (Brandenburg); § 5 Abs. 1 Nr. 3 lit. c JAPG (Bremen); § 1 Abs. 3 Nr. 3 lit. b Prüfungsgegenstandsverordnung (Hamburg); § 7 S. 1 Nr. 4 lit. f JAG (Hessen); § 11 Abs. 2 Nr. 3 lit. c JAPO (Mecklenburg-Vorpommern); § 11 Abs. 2 Nr. 13 lit. c JAG (Nordrhein-Westfalen); § 16 Abs. 3 Nr. 9 NJAVO (Niedersachsen); Anl. zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 JAPO, C. IV. Nr. 4 lit. b (Rheinland-Pfalz); § 8 Abs. 2 Nr. 5 lit. d JAG (Saarland); § 14 Abs. 3 Nr. 8 lit. c JAPO (Sachsen); § 14 Abs. 2 Nr. 5 lit. c JAPrVO (Sachsen-Anhalt); § 3 Abs. 5 Nr. 4 lit. c JAVO (Schleswig-Holstein); § 14 Abs. 2 Nr. 4 lit. c ThürJAPO (Thüringen).

<sup>2</sup> Vgl. auch zum Wohnraumbedarf *Bünger*, Wohnungsmangel in Deutschland bleibt von Dauer, tagesspiegel.de, unter <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/immobilien/weniger-baugenehmigungen-in-2018-wohnungsmangel-in-deutschland-bleibt-von-dauer/24106050.html> (25.1.2021)

sowie zu Reformbestrebungen insbesondere für Infrastrukturvorhaben *Wieduwilt*, Warum Bauprojekte in Deutschland so lange dauern, FAZ.net, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/warum-bauprojekte-in-deutschland-so-lange-dauern-16144562.html> (21.1.2021).

<sup>3</sup> *Jeromin*, in: Kröninger/Aschke/Jeromin, Baugesetzbuch mit BauNVO, Handkommentar, 4. Aufl. 2018, § 33 Rn. 1.

einen eigenen Zulässigkeitstatbestand, der – wie auch §§ 30, 34 und 35 BauGB – das Vorliegen eines Bauvorhabens i.S.d. § 29 Abs. 1 BauGB voraussetzt. Anders als diese Vorschriften zielt § 33 BauGB aber auf die Zulässigkeit solcher Vorhaben ab, die sich im Geltungsbereich eines noch in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans befinden. Derartige Vorhaben sollen im Aufstellungsverfahren der Gemeinde jedenfalls dann nicht unzulässig sein, wenn zu erwarten ist, dass sie nach Inkrafttreten des Bebauungsplans ohnehin mit dessen Vorgaben vereinbar sind. Insoweit wird die rechtliche Wirkung der Festsetzungen des in Aufstellung befindlichen Bebauungsplans vorverlagert<sup>4</sup>, sofern das Aufstellungsverfahren bereits ein bestimmtes – durch § 33 Abs. 1 BauGB näher vorgegebenes – Stadium erreicht hat. Hintergrund dieses Zulassungstatbestandes ist die Intention, einer Verzögerung des Baugenehmigungsverfahrens durch Abwarten der Aufstellung des Bebauungsplans entgegenzuwirken.<sup>5</sup> Denn das Aufstellungsverfahren kann mitunter sehr lange andauern<sup>6</sup>, weshalb ein Bedürfnis für eine vorzeitige Vorhabenzulassung besteht. Ohne eine solche ergäbe sich für den Bauherrn eine widersprüchliche Situation: Ein vor Abschluss des Aufstellungsverfahrens gestellter Bauantrag müsste abgelehnt werden, während ein erneuter Antrag desselben Inhalts nach Abschluss des Aufstellungsverfahrens erfolgreich wäre, sofern dieser den Planfestsetzungen entspricht.<sup>7</sup> Zugleich ermöglicht es § 33 BauGB den Gemeinden, ihre Planungsziele und städtebaulichen Belange angemessen bei der vorzeitigen Vorhabenzulassung zu verwirklichen.<sup>8</sup>

Der Anwendungsbereich des § 33 BauGB ist sachlich auf solche Vorhaben beschränkt, die nicht bereits nach einem der übrigen Zulassungstatbestände der §§ 30, 34 oder 35 BauGB zulässig sind.<sup>9</sup> Gegenüber diesen Vorschriften über die Zulässigkeit von Vorhaben im Plangebiet (§ 30 BauGB), im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) sowie im Außenbereich (§ 35 BauGB) ist der Tatbestand des § 33 BauGB subsidiär.<sup>10</sup> In der Fallbearbeitung kann somit auf § 33 BauGB

---

<sup>4</sup> *Münkler*, DVBl. 2016, 22 (23); *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Kommentar zum BauGB, 14. Aufl. 2019, § 33 Rn. 1.

<sup>5</sup> Vgl. *Stock* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Kommentar zum BauGB, 139. Lfg., Stand: Mai 2020, § 33 Rn. 5.

<sup>6</sup> So betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer bei der Plan-aufstellung in einer Stichprobe für die Hansestadt Rostock seit 1990 41 Monate, siehe *Dillmann/Zemke*, BauR 2018, 1349 (1350); bundesweit wird für die Aufstellung im Regelverfahren eine durchschnittliche Verfahrensdauer von etwa drei Jahren angenommen, vgl. *Schmidt-Eichstaedt/Weyrauch/Zemke*, Städtebaurecht, 5. Aufl. 2014, S. 198.

<sup>7</sup> Vgl. BVerwGE 10, 127 (131); *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (318).

<sup>8</sup> Vgl. *Bartholomäi*, BauR 2001, 725 (725).

<sup>9</sup> *Muckel/Ogorek*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 79; *Scheidler*, KommJur 2015, 241 (242).

<sup>10</sup> *Brenner*, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2020, S. 192 Rn. 608; *Rieger*, in: Schrödter, Nomos-Kommentar zum Bau-

erst zurückgegriffen werden, wenn die Zulässigkeit nach § 34 oder § 35 BauGB bereits abgelehnt wurde. Ist ein Bauvorhaben dagegen während eines Aufstellungsverfahrens bereits nach §§ 34 oder 35 BauGB zulässig, darf die Baugenehmigung nicht unter Verweis auf § 33 BauGB abgelehnt werden.<sup>11</sup> Es handelt sich bei der Vorschrift um einen eigenen, rein positiven Zulassungstatbestand, der keine Wirkung zu Lasten des Bauherrn entfaltet.<sup>12</sup> Will die Gemeinde Vorhaben, die die künftige Planung unterlaufen würden, verhindern, stehen ihr hierfür eine Veränderungssperre in § 14 BauGB oder eine Zurückstellung von Baugesuchen in § 15 BauGB zur Verfügung. Diese Instrumente ergänzen die Möglichkeiten der Gemeinde zur Sicherung ihrer Planung.<sup>13</sup>

Die rechtliche Vorwirkung des § 33 BauGB erschöpft sich nicht in der erstmaligen Aufstellung eines Bebauungsplans, sondern erfasst auch Änderungen und Ergänzungen bestehender Pläne.<sup>14</sup> An eine vorzeitige Zulässigkeit ist daher auch zu denken, wenn ein Vorhaben im Geltungsbereich eines B-Plans aktuell unzulässig ist, Letzterer aber nach dem Willen der Gemeinde geändert werden soll.

Aufgrund seiner dogmatischen Sonderstellung<sup>15</sup> bedürfen die einzelnen Voraussetzungen des § 33 BauGB einer restriktiven Auslegung.<sup>16</sup> Zu begründen ist dies mit der eingeschränkten Überprüfbarkeit in Aufstellung befindlicher Pläne und der damit verbundenen Gefahr eines Missbrauchs des § 33 BauGB.<sup>17</sup> Dies schlägt sich in erster Linie auf den zeitlichen Rahmen wieder, innerhalb dessen die formelle Planreife vorliegen muss (siehe hierzu III. 2.).

### III. Die Zulassungsvoraussetzungen nach § 33 Abs. 1 BauGB

Strukturell ist § 33 BauGB in drei Absätze gegliedert, die jeweils nach Stand und Art des Aufstellungsverfahrens zu unterscheidende Konstellationen betreffen und verschiedene Rechtsfolgen anordnen. Während die Abs. 2 und 3 jeweils eine Zulassung nach Ermessen der Behörde regeln, folgt aus § 33 Abs. 1 BauGB ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Baugenehmigung („ist zulässig“)<sup>18</sup>, sofern die übrigen Voraussetzungen des öffentlichen Baurechts erfüllt sind. Es

handelt sich mithin um eine gebundene Entscheidung der Genehmigungsbehörde.<sup>19</sup>

Für die Fallbearbeitung bietet sich entsprechend der Systematik des Abs. 1 der nachfolgende Prüfungsaufbau an:

- I. Zulässigkeit im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, § 30 BauGB (-)
- II. Zulässigkeit gemäß § 34 BauGB oder § 35 BauGB (-)
- III. Zulässigkeit gemäß § 33 Abs. 1 BauGB
  1. Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans
  2. Formelle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB
  3. Materielle Planreife und Plankonformität, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB
  4. Schriftliches Anerkenntnis, § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB
  5. Gesicherte Erschließung, § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB

#### *I. Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans*

§ 33 Abs. 1 BauGB setzt seinem Wortlaut nach zunächst einen Beschluss über die Aufstellung eines Bebauungsplans voraus. Hiervon erfasst sind sowohl qualifizierte Bebauungspläne i.S.d. § 30 Abs. 1 BauGB, als auch vorhabenbezogene Bebauungspläne nach § 30 Abs. 2 BauGB sowie einfache Bebauungspläne i.S.d. § 30 Abs. 3 BauGB.<sup>20</sup> Über den Wortlaut hinaus betrifft § 33 Abs. 1 BauGB überdies Beschlüsse über die Änderung oder Ergänzung eines Bebauungsplans.<sup>21</sup>

Das Vorliegen eines Aufstellungsbeschlusses dürfte in der Fallbearbeitung in der Regel zu bejahen sein. Im Einzelfall bietet es jedoch die Möglichkeit zur Verknüpfung mit kommunalrechtlichen Problemen. Steht erkennbar die formelle Rechtmäßigkeit eines Beschlusses der Gemeinde nach § 2 Abs. 1 BauGB infrage, so sind zunächst die Verbandszuständigkeit der Gemeinde sowie die Organzuständigkeit innerhalb dieser zu prüfen. Während Erstere unmittelbar aus § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB folgt<sup>22</sup>, ist Letztere nicht bauplanungsrechtlich determiniert, sondern richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften des Landesrechts<sup>23</sup>, z.B. in Niedersachsen nach § 58 Abs. 2 Nr. 2 NKomVG.<sup>24</sup> Gleiches gilt für das Verfahren der Beschlussfassung, bei dem insbesondere die

gesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 1; *Stollmann/Beaucamp*, Öffentliches Baurecht, 12. Aufl. 2020, § 15 Rn. 1.

<sup>11</sup> *Bartholomäi*, BauR 2001, 725; *Tophoven*, in: Spannowsky/Uechtritz, Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, 50. Ed., Stand: 1.8.2020, § 33 Rn. 2.

<sup>12</sup> BVerwGE 20, 127 (131 f.); *Dürr*, in: Brügelmann, Kommentar zum BauGB, Bd. 3, 114. Lfg., Stand: April 2020, § 33 Rn. 3; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 6.

<sup>13</sup> Siehe ausführlich zur Veränderungssperre *Krüper/Herbolsheimer*, ZJS 2016, 546 ff.

<sup>14</sup> BVerwGE 20, 127 (132); *Jeromin* (Fn. 3), § 33 Rn. 3.

<sup>15</sup> *Bartholomäi*, BauR 2001, 725 (725); *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 1.

<sup>16</sup> BVerwGE 117, 25 (39); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 5.

<sup>17</sup> Ausführlich dazu *Uechtritz/Buchner*, BauR 2003, 813 (814).

<sup>18</sup> BVerwGE 117, 25 (39); BVerwG, NVwZ 2019, 727 (728); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 10.

<sup>19</sup> *Scheidler*, UPR 2006, 337 (340); vgl. *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 65.

<sup>20</sup> *Spieß*, in: Jäde/Dirnberger, Kommentar zum BauGB, 9. Aufl. 2018, § 33 Rn. 4; *Tophoven* (Fn. 10), § 33 Rn. 4.

<sup>21</sup> BVerwGE 20, 127 (132); *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 9.

<sup>22</sup> *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Fn. 5), § 2 Rn. 14.

<sup>23</sup> *Uechtritz*, in: Spannowsky/Uechtritz (Fn. 11), § 2 Rn. 15.

<sup>24</sup> Siehe auch § 39 Abs. 2 Nr. 3 GemO (Baden-Württemberg); Art. 32 Abs. 2 Nr. 2 GO (Bayern); § 4 Abs. 1 ZAG, Anl. ZAG Nr. 8 (Berlin); § 28 Abs. 2 Nr. 9 BbgKVerf; § 51 Nr. 6 HGO (Hessen); § 22 Abs. 3 Nr. 6 KV M-V; § 41 Abs. 1 lit. g GO NRW; § 32 Abs. 2 Nr. 1 GemO (Rheinland-Pfalz); § 35 S. 1 Nr. 12 KSVG (Saarland); § 28 Abs. 2 Nr. 4 SächsGemO; § 45 Abs. 3 Nr. 4 KVG LSA; § 28 S. 1 Nr. 4 GO (Schleswig-Holstein); § 26 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO.

Beschlussfähigkeit der kommunalen Vertretung, die Beschlussfassung als solche sowie etwaige Mitwirkungsverbote<sup>25</sup> Probleme enthalten können. In materieller Hinsicht muss der Aufstellungsbeschluss ein Mindestmaß an Zielen und Zwecken der Bauleitplanung erkennen lassen<sup>26</sup>, vgl. § 1 Abs. 1 BauGB.

Zu beachten ist ferner, dass der Aufstellungsbeschluss der Gemeinde nach § 2 Abs. 1 S. 2 BauGB der ortsüblichen Bekanntmachung bedarf. Diese bestimmt sich im Einzelnen ebenfalls nach Maßgabe des Landes- bzw. Ortsrechts<sup>27</sup> und dient der Unterrichtung von Öffentlichkeit und Behörden über die Einleitung des Planverfahrens.<sup>28</sup>

## 2. Formelle Planreife, § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB

Das für die Zulässigkeit erforderliche Stadium des Planverfahrens wird in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB konkretisiert. Danach muss die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB und § 4a Abs. 2–5 BauGB durchgeführt worden sein. Dieses Stadium wird auch als sog. formelle Planreife bezeichnet.<sup>29</sup>

Erforderlich sind demnach zum einen die öffentliche Auslegung des Planentwurfs sowie der Begründung, § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB. Die Frist für die Auslegung beträgt dabei mindestens 30 Tage, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch angemessen länger. Mindestens eine Woche zuvor sind Ort und Dauer der Auslegung zudem ortsüblich bekannt zu machen, § 3 Abs. 2 S. 2 BauGB. Zum anderen muss die Gemeinde die Stellungnahmen der Behörden und sonstiger Träger öffentlicher Belange bereits eingeholt haben, § 4 Abs. 2 S. 1 BauGB. Diese sind nach § 3 Abs. 4 BauGB zu prüfen und das Ergebnis der Prüfung mitzuteilen. § 4a Abs. 2 BauGB räumt der Gemeinde wiederum die Möglichkeit ein, die öffentliche Auslegung i.S.d. § 3 Abs. 2 BauGB gleichzeitig mit der Einholung der Stellungnahmen nach § 4 Abs. 2 BauGB durchzuführen.

Fehlt einer der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genannten Verfahrensschritte, ist die formelle Planreife grundsätzlich nicht gegeben. Schwierigkeiten können auftreten, wenn Mängel der Verfahren nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 und 4a Abs. 2–5 BauGB sich nicht auf die Wirksamkeit des in Kraft getretenen Bebauungsplans insgesamt auswirken. Die Folgen formeller (und materieller) Fehler sind in den §§ 214, 215 BauGB geregelt. Zentral ist dabei die Unterscheidung zwi-

schen beachtlichen und unbeachtlichen Verfahrensfehlern, vgl. § 214 Abs. 1 S. 1 BauGB.

Soweit im Aufstellungsverfahren ein ohnehin nach § 214 Abs. 1 BauGB beachtlicher Verfahrensfehler vorliegt, ist die formelle Planreife per se zu verneinen.<sup>30</sup> Explizit als beachtlich ist dabei in § 214 Abs. 1 BauGB die Verletzung der §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2, 4a Abs. 3, Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 2 BauGB genannt. Derartige Verfahrensfehler können jedoch wiederum unter den Voraussetzungen der §§ 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 BauGB für die Wirksamkeit des vollständigen Plans unbeachtlich sein.<sup>31</sup> Für die Zulässigkeit gemäß § 33 BauGB stellt sich daher bei unbeachtlichen Verfahrensfehlern Frage nach den Auswirkungen auf die formelle Planreife. Teilweise wird vertreten, dass auch solche nicht erheblichen Verletzungen der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genannten Verfahrensvorschriften zum Fehlen der formellen Planreife führen.<sup>32</sup> Es fehle insbesondere an der Anwendbarkeit des § 214 BauGB, da dieser sich auf bereits in Kraft getretene Bebauungspläne beschränke.<sup>33</sup> Vereinzelt wird danach differenziert, ob § 216 BauGB anzuwenden ist<sup>34</sup>, d.h. ob der Bebauungsplan der höheren Verwaltungsbehörde anzuzeigen oder von dieser zu genehmigen ist oder nicht. Dagegen wird die formelle Planreife bei unerheblichen Verfahrensfehlern von anderen Stimmen bejaht.<sup>35</sup> Als zentrales Argument wird vorgebracht, dass die Ablehnung der formellen Planreife trotz späterer Wirksamkeit des Bebauungsplans bei unbeachtlichen Fehlern widersprüchlich erscheine.<sup>36</sup> Folgt man den letztgenannten Auffassungen, ist die Unbeachtlichkeit eines Fehlers nach § 214 BauGB zu prüfen. Anderenfalls ist die formelle Planreife zu verneinen und nur eine Zulassung nach Ermessen gemäß § 33 Abs. 2 BauGB möglich.

Schließlich sind Konstellationen denkbar, in denen der Entwurf eines Bebauungsplans nach Auslegung und Öffentlichkeitsbeteiligung für ein Teilgebiet geändert werden soll, das fragliche Vorhaben jedoch bereits mit dem bestehenden Planentwurf – unabhängig von der Änderung – materiell vereinbar ist. Fehlt es für diese Änderung an den nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB erforderlichen Verfahrensschritten, müsste die

<sup>25</sup> Siehe auch § 18 GemO (Baden-Württemberg); § 49 GemO (Bayern); § 22 BbgKVerf; § 25 HGO (Hessen); § 24 KV M-V; § 31 GO NRW; § 22 GemO (Rheinland-Pfalz); § 27 KSVG (Saarland); § 20 SächsGemO; § 33 KVG LSA; § 22 GO (Schleswig-Holstein); § 38 ThürKO sowie instruktiv zu den Anforderungen des Kommunalrechts im Bauleitplanverfahren *Pfab*, Jura 1999, 625 ff.

<sup>26</sup> *Söfker* (Fn. 20), § 2 Rn. 26.

<sup>27</sup> OVG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2015, 52602 Rn. 18; OVG Lüneburg BauR 2010, 67 (68); 2016, 1726; OVG Münster BauR 2013, 746 (747).

<sup>28</sup> *Söfker* (Fn. 20), § 2 Rn. 29.

<sup>29</sup> Vgl. *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 7; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 31.

<sup>30</sup> *Tophoven* (Fn. 10), § 33 Rn. 13.

<sup>31</sup> *Michler*, in: Kröniger/Aschke/Jeromin (Fn. 3), § 214 Rn. 3; v.u.z. *Franckenstein*, ZfBR 2003, 229 (232); ausführlich zu den Planerhaltungsvorschriften der §§ 214 ff. BauGB *Scheidler*, ZfBR 2019, 336 (337 ff.).

<sup>32</sup> So etwa OVG Koblenz NVwZ-RR 2001, 638 (640); *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 8 Rn. 141; *Roeser*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 19. Lfg., Stand: Dezember 2011, § 33 Rn. 8; *Scheidler*, BauR 2006, 310 (314); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 13; ähnlich *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 37.

<sup>33</sup> *Scheidler*, BauR 2006, 310 (314); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 13.

<sup>34</sup> So *Münkler*, DVBl. 2016, 22 (23); *Rieger* (Fn. 9), § 33 Rn. 10; v.u.z. *Franckenstein*, ZfBR 2003, 229 (232 f.).

<sup>35</sup> So etwa *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 10; *Jäde*, BauR 1987, 252 (255); *Jarass/Kment*, Kommentar zum Baugesetzbuch, 2. Aufl. 2017, § 33 Rn. 6; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 12.

<sup>36</sup> *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 10 m.w.N.

formelle Planreife grundsätzlich verneint werden. Unter Verweis auf die funktionale Verknüpfung von formeller und materieller Planreife<sup>37</sup> wurde hingegen vor der Reform des § 33 BauGB 2004<sup>38</sup> eine sog. „formelle Teil-Planreife“ als ausreichend angesehen.<sup>39</sup> Inzwischen spricht aber die klare Intention des § 33 Abs. 2 BauGB dafür, dass gerade solche Vorhaben nur nach Ermessen der Behörde zugelassen werden können.<sup>40</sup>

### 3. Materielle Planreife und Plankonformität, § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB

Weiterhin muss gemäß § 33 Abs. 1 Nr. 2 BauGB anzunehmen sein, dass das Vorhaben den künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans nicht entgegensteht. Diese Annahme setzt zweierlei voraus: Zum einen muss die Planung inhaltlich und zeitlich derart fortgeschritten sein, dass mit hinreichender Sicherheit erwartet werden kann, dass der Bebauungsplan unverändert in Kraft tritt<sup>41</sup>, sog. materielle Planreife. Zum anderen bedarf der Klärung, ob das jeweilige Vorhaben *materiell* mit den getroffenen Festsetzungen des Entwurfs vereinbar ist.<sup>42</sup>

#### a) Prognoseentscheidung

Bei der Feststellung der materiellen Planreife handelt es sich um eine Prognoseentscheidung<sup>43</sup>, die anhand des Inhalts der Planentwurfs ermittelt werden muss.<sup>44</sup> Das Erfordernis einer Prognose ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Nr. 2, sondern wird darin nur angedeutet („anzunehmen ist“). Es erschließt sich jedoch dadurch, dass die rechtliche Vorwirkung eines Planentwurfs nur dann sinnvoll ist, wenn dessen Inhalt hinreichend konkretisiert und er auch absehbar in Kraft treten wird.<sup>45</sup>

Maßgeblich ist erstens die formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Planentwurfs.<sup>46</sup> Fehlt es daran, weil der Entwurf z.B. den Anforderungen des §§ 1, 1a BauGB nicht genügt, ist nicht zu erwarten, dass er mit diesem Inhalt nach

§ 10 BauGB in Kraft treten wird. Insbesondere muss der Planentwurf in städtebaulichen Belangen vollständig abgewogen sein, also die Voraussetzungen des § 1 Abs. 6, 7 BauGB erfüllen.<sup>47</sup> Sind bislang noch nicht sämtliche Stellungnahmen seitens der Träger öffentlicher Belange oder der Öffentlichkeit berücksichtigt worden, kann dies ebenfalls gegen die materielle Planreife sprechen.<sup>48</sup> Wie bereits im Rahmen der formellen Planreife<sup>49</sup> tritt auch hier die Frage nach den Auswirkungen von nach § 214 Abs. 1 BauGB grundsätzlich unbeachtlichen Verfahrensfehlern auf. Zu denken ist beispielsweise an eine fehlerhafte Ermittlung oder Bewertung des Abwägungsmaterials, die aber keinen Einfluss auf das weitere Verfahren hat, vgl. § 214 Abs. 1 BauGB. Während beachtliche Fehler ohnehin zu einer negativen Prognoseentscheidung führen, wird die materielle Planreife bei nur unbeachtlichen Verfahrensfehlern vereinzelt bejaht.<sup>50</sup> Beschränkt man die Anwendbarkeit des § 214 BauGB dagegen auf den wirksamen Bebauungsplan, muss die materielle Planreife bei solchen Fehlern abgelehnt werden.<sup>51</sup>

Zweitens ist auf den Willen der Gemeinde abzustellen, den Planentwurf in dieser Form alsbald in Kraft zu setzen.<sup>52</sup> Dass der Planentwurf in der Gemeinde politisch umstritten ist, steht dem jedoch nicht entgegen.<sup>53</sup> Vielmehr kann erst eine Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der kommunalen Vertretung auch einen veränderten Willen der Gemeinde begründen.<sup>54</sup> Anders verhält es sich dagegen, wenn das Aufstellungsverfahren durch die Gemeinde erkennbar verzögert oder abgebrochen wird. Dann fehlt es an der erforderlichen materiellen Planreife.<sup>55</sup> Insofern hat sich die Gemeinde innerhalb eines begrenzten zeitlichen Rahmens<sup>56</sup> zu bewegen, da andernfalls die Gefahr des Missbrauchs des § 33 BauGB bestünde.<sup>57</sup> So gäbe es die Möglichkeit, dass die Gemeinde ein Aufstellungsverfahren einleitet, um ein bisher unzulässiges Vorhaben im Vorgriff zu ermöglichen, ohne aber den Bebauungsplan tatsächlich in Kraft setzen zu wollen.

<sup>37</sup> Siehe zur materiellen Planreife unter III. 3.

<sup>38</sup> Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) vom 30.4.2004, BGBl. I. 2004, S. 1359.

<sup>39</sup> Steiner, DVBl. 1991, 739 (740 f.); ebenso in der neueren Literatur Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 10.

<sup>40</sup> Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 34; Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 14.

<sup>41</sup> BVerwG BRS 33 Nr. 34; BVerwG BeckRS 1991, 31231401; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 568 (568); VGH Mannheim ZfBR 2009, 71 (71); Scheidler, BauR 2006, 310 (313).

<sup>42</sup> Dürr (Fn. 12), § 33 Rn. 13; Tophoven (Fn. 11), § 33 Rn. 20.

<sup>43</sup> v.u.z. Franckenstein, ZfBR 2003, 229 (229); Pauli, BauR 2014, 799 (803); Tophoven (Fn. 10), § 33 Rn. 15.

<sup>44</sup> Bartholomäi, BauR 2001, 725 (727).

<sup>45</sup> Siehe zur Funktion der Vorwirkung in § 33 BauGB Münkler, DVBl. 2016, 21 (27).

<sup>46</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR 2001, 638 (639); VGH Mannheim VBIBW 2004, 146 (146); Uechtritz/Buchner, BauR 2003, 823 (815).

<sup>47</sup> BVerwGE 117, 25 (37); OVG Berlin-Brandenburg NVwZ-RR 2001, 722 (723); Rieger (Fn. 10), § 33 Rn. 9; Muckell/Ogorek (Fn. 9), § 7 Rn. 83.

<sup>48</sup> Vgl. BVerwG BRS 33 Nr. 34; VGH Mannheim NVwZ-RR 2001, 568 (568); Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 45.

<sup>49</sup> Siehe hierzu bereits unter III. 2.

<sup>50</sup> Jäde, BauR 1987, 252 (255).

<sup>51</sup> So Scheidler, VBIBW 2017, 317 (319).

<sup>52</sup> BVerwG NVwZ 1986, 647 (648); VGH München NVwZ-RR 2008, 199 (200); Spieß (Fn. 20), § 33 Rn. 11.

<sup>53</sup> Bartholomäi, BauR 2001, 725 (727); Pauli, BauR 2014, 799 (803); Stock (Fn. 5), § 33 Rn. 45.

<sup>54</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 22.1.1998 – 1 U 160/94 – Rn. 119 (juris).

<sup>55</sup> OVG Saarland BeckRS 2016, 49542 Rn. 25; Scheidler, KommJur 2015, 241 (243).

<sup>56</sup> BVerwGE 117, 25 (39); Erbguth/Schubert (Fn. 32), § 8 Rn. 141, Münkler, DVBl. 2016, 22 (23).

<sup>57</sup> Siehe ausführlich zur Missbrauchsgefahr Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungsrecht und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 25 Rn. 108; Uechtritz/Buchner, BauR 2003, 813 (816).

b) *Vereinbarkeit mit den künftigen Festsetzungen*

Die Prüfung der Vereinbarkeit mit den künftigen Festsetzungen entspricht der des § 30 BauGB.<sup>58</sup> In der Fallbearbeitung ist somit zwischen qualifizierten und einfachen Bebauungsplänen zu differenzieren. Liegt ein Entwurf eines qualifizierten Bebauungsplans vor, muss das Vorhaben insbesondere den Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung entsprechen, § 30 Abs. 1 BauGB. Art und Maß der baulichen Nutzung werden durch die Vorschriften der BauNVO konkretisiert, die entsprechend heranzuziehen sind.<sup>59</sup> Probleme können sich hier oft bei der Einordnung in eines der Baugebiete nach §§ 2 ff. BauNVO sowie bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer konkreten Nutzungsart ergeben. Zu beachten ist ferner das baurechtliche Rücksichtnahmegebot<sup>60</sup>, welches für den Anwendungsbereich der §§ 2 ff. BauNVO in § 15 BauNVO ausdrücklich normiert ist. Handelt es sich um einen Entwurf eines einfachen Bebauungsplans, ist ergänzend zu den getroffenen Festsetzungen die Vereinbarkeit entweder mit § 34 oder § 35 BauGB zu prüfen, § 30 Abs. 3 BauGB.

Geht es um die Zulässigkeit einer bestimmten Art der Nutzung, ist nach den gebietspezifischen Vorschriften der BauNVO zwischen allgemein zulässigen und ausnahmsweise zulassungsfähigen Nutzungen zu differenzieren. Ein in dem konkreten Baugebiet allgemein zulässiges Vorhaben ist im Rahmen der gebundenen Entscheidung nach § 33 Abs. 1 BauGB zu genehmigen. Soweit es sich um eine im Planentwurf ausdrücklich vorgesehene Ausnahme<sup>61</sup> im Sinne des § 31 Abs. 1 BauGB handelt, kann das Vorhaben nach behördlichem Ermessen zugelassen werden.<sup>62</sup> Ist die fragliche Nutzungsart dagegen weder allgemein zulässig, noch eine Ausnahme im Planentwurf ausdrücklich vorgesehen, käme lediglich eine Befreiung nach § 31 Abs. 1 BauGB in Betracht. Ob Befreiungen jedoch bei der vorzeitigen Zulässigkeit nach § 33 Abs. 1 BauGB überhaupt möglich sind, wird unterschiedlich gesehen. Teile der Rechtsprechung und Literatur<sup>63</sup> lehnen eine Anwendbarkeit des § 33 Abs. 2 BauGB ab, da es mangels eines in Kraft gesetzten Bebauungsplans an einem rechtlichen Bauhindernis fehle<sup>64</sup> und der Planentwurf noch geändert werden könne.<sup>65</sup> Demgegenüber werden Befreiungen im Rahmen von § 33 BauGB überwiegend als zulässig angesehen<sup>66</sup>, da die Wirkung des § 33 BauGB gerade in der

fingierten Wirksamkeit des Planentwurfs liege.<sup>67</sup> Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass etwaige Befreiungswünsche des Bauherrn noch während des Aufstellungsverfahrens stets berücksichtigt werden.<sup>68</sup>

4. *Schriftliches Anerkenntnis des Bauherrn, § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB*

Nach § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB ist für die Zulässigkeit des Vorhabens erforderlich, dass der Antragsteller die künftigen Festsetzungen für sich und seine Rechtsnachfolger schriftlich anerkennt. Dieses schriftliche Anerkenntnis ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit dinglicher Wirkung.<sup>69</sup> Als solche ist sie im Zweifel nach den Grundsätzen über Willenserklärungen auszulegen.<sup>70</sup> Die Erklärung bedarf der Schriftform, welche sich nach § 126 BGB richtet<sup>71</sup>, und ist vom Antragsteller gegenüber der Baugenehmigungsbehörde abzugeben.<sup>72</sup>

Liegt bei Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde das schriftliche Anerkenntnis nicht vor, ist umstritten, ob es noch im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann. Teilweise wird davon ausgegangen, dass das Anerkenntnis als eine bloße formelle Verfahrenshandlung analog § 45 Abs. 1 Nrn. 1, 2 VwVfG i.V.m. § 1 LVwVfG nachgeholt werden könne.<sup>73</sup> Hierfür lassen sich insbesondere prozessökonomische Gründe anführen.<sup>74</sup> Überwiegend wird das Anerkenntnis jedoch als für die Genehmigungsfähigkeit konstitutive Zulässigkeitsvoraussetzung qualifiziert, die sich einer Nachholung entzieht.<sup>75</sup> Begründet wird dies mit dem Wortlaut des § 33 Abs. 1 Nr. 3 BauGB.

Rechtlich bewirkt das schriftliche Anerkenntnis die vorgezogene Verbindlichkeit aller künftigen Festsetzungen des Bebauungsplans für den Antragsteller.<sup>76</sup> Die zeitliche Wirkung des Anerkenntnisses ist insoweit begrenzt, als dass sie im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bebauungsplans unabhängig von dessen Wirksamkeit endet.<sup>77</sup> Relevant wird dies etwa für den Rechtsschutz gegen den in Kraft getretenen Bebauungsplan. Nach einer Auffassung schließt das Anerkenntnis die Antragsbefugnis des Erklärenden im Sinne des § 47

<sup>58</sup> *Stollmann/Beaucamp* (Fn. 10), § 15 Rn. 10.

<sup>59</sup> *Böhm*, JA 2013, 81 (86); *Erbguth/Schubert* (Fn. 32), § 8 Rn. 10 f.

<sup>60</sup> Weiterführend zum Rücksichtnahmegebot *Decker*, JA 2003, 246 ff. und *Jäde*, JuS 1999, 961 ff.

<sup>61</sup> Diese sind für die einzelnen Baugebiete in dem jeweiligen Abs. 3 der §§ 2 ff. BauNVO geregelt.

<sup>62</sup> *Rieger* (Fn. 10), § 33 Rn. 11; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 65.

<sup>63</sup> So etwa OVG Berlin-Brandenburg LKV 1991, 201 (202); VGH München NVwZ 1992, 1099 (1100); *Bartholomäi*, BauR 2001, 725 (733); *Dürr* (Fn. 11), § 33 Rn. 6.

<sup>64</sup> *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 6.

<sup>65</sup> Vgl. VGH München BayVBl. 1992, 434 (436).

<sup>66</sup> *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 5; *Rieger* (Fn. 10), § 31 Rn. 6; *Scheidler*, BauR 2006, 310 (317); *Spieß* (Fn. 20), § 31 Rn. 5 f.; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 53; *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 6.

<sup>67</sup> *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 6.

<sup>68</sup> *Rieger* (Fn. 10), § 31 Rn. 6; *Scheidler*, BauR 2006, 310 (316 f.).

<sup>69</sup> *Bielenberg*, DVBl. 1965, 265 (266); *Roeser* (Fn. 32), § 33 Rn. 10.

<sup>70</sup> *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 58.

<sup>71</sup> *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 11; *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (321).

<sup>72</sup> *Muckel/Ogorek* (Fn. 9), § 7 Rn. 84.

<sup>73</sup> OVG Rheinland-Pfalz BauR 2012, 1362 (1364); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 24.

<sup>74</sup> *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 24.

<sup>75</sup> *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 15; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 59; ähnlich auch *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 23, der jedoch eine Genehmigung unter der aufschiebenden Bedingung des Anerkenntnisses für möglich hält.

<sup>76</sup> BVerwGE 101, 58 (61 f.); 164, 40 (42); *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 17 m.w.N.

<sup>77</sup> BVerwGE 164, 40 (46 ff.); *Stuer*, BauR 2020, 1255 (1255).

Abs. 2 S. 1 VwGO im Rahmen einer prinzipialen Normenkontrolle aus.<sup>78</sup> Die Erklärung beinhaltet zumindest dann einen Verzicht auf die Normenkontrolle, wenn der Planentwurf unverändert in Kraft gesetzt worden sei.<sup>79</sup> Das Bundesverwaltungsgericht geht demgegenüber davon aus, dass die Antragsbefugnis des Antragstellers von dessen schriftlichem Anerkenntnis unberührt bleibe.<sup>80</sup> Dies lässt sich damit begründen, dass der Antragssteller nach Inkrafttreten des Plans nicht schlechter gestellt werden dürfte als ohne seine vorherige Erklärung.<sup>81</sup> Denn der Zweck des Anerkenntnisses beschränkt sich allein auf die Kompensation der (noch) fehlenden Rechtsverbindlichkeit des Planentwurfs<sup>82</sup>, erfasst aber nicht etwaige Rechtsfehler des späteren Bebauungsplans. In Ausnahmefällen kann einer Normenkontrolle jedoch der Aspekt der Verwirkung – als fehlendes Rechtsschutzbedürfnis – entgegenstehen.<sup>83</sup>

Die Abgabe des Anerkenntnisses schließt ferner nicht aus, dass der Antragsteller später etwaige Entschädigungsansprüche aus §§ 39–44 BauGB geltend macht.<sup>84</sup>

#### 5. Gesicherte Erschließung und sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

In § 33 Abs. 1 Nr. 4 BauGB ist letztlich die gesicherte Erschließung als Zulässigkeitsvoraussetzung genannt, vgl. auch § 30 Abs. 1 BauGB. Die Erschließung muss dabei plangemäß sein, d.h. den künftigen Festsetzungen entsprechen.<sup>85</sup> Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit ist die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB.<sup>86</sup>

#### IV. Die Zulassung von Vorhaben nach § 33 Abs. 2, Abs. 3 BauGB

Im Gegensatz zur gebundenen Entscheidung nach Abs. 1 sehen § 33 Abs. 2 und 3 BauGB jeweils Ermessensentscheidungen der Baugenehmigungsbehörde vor („kann [...] zuge-

lassen werden“).<sup>87</sup> In der Fallbearbeitung ist eine Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde nach einer dieser Vorschriften somit auf etwaige Ermessensfehler zu überprüfen.

##### 1. Die vorzeitige Zulassung nach § 33 Abs. 2 BauGB

§ 33 Abs. 2 betrifft die Fälle, in denen ein Planentwurf nach Durchführung der Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung im Sinne des §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 2 BauGB erneut geändert oder ergänzt wird. Während der Planentwurf grundsätzlich nach § 4a Abs. 3 BauGB erneut auszulegen und die Stellungnahmen erneut einzuholen ist, ermöglicht § 33 Abs. 2 BauGB die vorherige Zulassung solcher Vorhaben, die die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nrn. 2–4 erfüllen. Eine vorzeitige Zulassung kommt damit nur in Betracht, wenn zugleich materielle Planreife – trotz der fehlenden formellen Planreife – vorliegt.<sup>88</sup> Sie greift folglich in der Konstellation der unter III. 2. diskutierten sog. formellen Teilplanreife.<sup>89</sup> Zu beachten ist indes, dass bei Bestehen der materiellen Planreife das Ermessen der Behörde in der Regel auf null reduziert sein dürfte.<sup>90</sup> Dies lässt sich damit erklären, dass bei gesicherter materieller Vereinbarkeit mit den künftigen Planfestsetzungen keine schutzwürdigen Belange mehr gegen das Vorhaben vorgebracht werden können.<sup>91</sup>

##### 2. Die vorzeitige Zulassung nach § 33 Abs. 3 BauGB

Für die Anwendbarkeit des § 33 Abs. 3 BauGB ist die Unterscheidung der Verfahrensarten zur Aufstellung von Bebauungsplänen maßgeblich. Der bisher dargestellten Tatbestände der § 33 Abs. 1 und 2 BauGB beschränken sich auf Planentwürfe, die im sog. Regelverfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen entstehen. Dagegen können Bebauungspläne unter bestimmten Voraussetzungen in einem vereinfachten Verfahren nach § 13 BauGB sowie in einem beschleunigten Verfahren nach § 13a BauGB aufgestellt werden. Für derartige Aufstellungsverfahren gilt der Zulassungstatbestand des § 33 Abs. 3 BauGB.<sup>92</sup> Hiernach können ebenfalls vor Durchführung der erforderlichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung Vorhaben zugelassen werden, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 33 Abs. 1 Nrn. 2–4 erfüllt sind. Darüber hinaus statuiert Abs. 3 S. 2 die besondere Pflicht der Gemeinde<sup>93</sup>, der betroffenen Öffentlichkeit und den berührten Trägern öffentlicher Belange vor Erteilung der Baugenehmigung Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Frist zu geben.

<sup>78</sup> VGH München Beck-RS 2007, 30662 Rn. 15; ähnlich VGH Mannheim BauR 2016, 76 (76); *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd. 1, 7. Aufl. 2017, § 25 Rn. 13; *Jarass/Kment* (Fn. 35), § 33 Rn. 13; *Jeromin* (Fn. 3), § 33 Rn. 15; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 15.

<sup>79</sup> VGH Mannheim BauR 2016, 76; vgl. *Dürr* (Fn. 12), § 33 Rn. 19, der von einer Verwirkung ausgeht.

<sup>80</sup> BVerwGE 164, 40 (46 ff.); ebenso OVG Lüneburg NVwZ 1994, 84 (84); *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 11; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 60a; *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 40.

<sup>81</sup> *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (321).

<sup>82</sup> BVerwGE 101, 58 (61f.); BVerwG NVwZ 2019, 727 (729); *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 21.

<sup>83</sup> Vgl. BVerwG NVwZ 1992, 974 (975); OVG Lüneburg NVwZ 1994, 84 (84).

<sup>84</sup> *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 11; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 60a.

<sup>85</sup> *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 12; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 20.

<sup>86</sup> *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 78), § 25 Rn. 2; *Scheidler*, KommJur 2015, 241 (243); ausführlich zum gemeindlichen Einvernehmen *Krüper*, ZJS 2010, 582 ff.

<sup>87</sup> *Brenner* (Fn. 10), Rn. 569 f.; *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 78), § 25 Rn. 15 f.

<sup>88</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 96 (97); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 71.

<sup>89</sup> *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 66 f.; *Tophoven* (Fn. 11), § 33 Rn. 26.

<sup>90</sup> *Reidt* (Fn. 4), § 33 Rn. 13; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 72a; *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 25; *Weitz*, NVwZ 2014, 1351 (1354).

<sup>91</sup> *Scheidler*, BauR 2006, 310 (317); *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 72a.

<sup>92</sup> *Rieger* (Fn. 10), § 33 Rn. 22; *Scheidler*, VBIBW 2017, 317 (321).

<sup>93</sup> Dafür *Spieß* (Fn. 20), § 33 Rn. 22; *Stock* (Fn. 5), § 33 Rn. 80, 85.

**V. Fazit**

Den drei Zulassungstatbeständen des § 33 BauGB kommt innerhalb des Bauplanungsrechts eine Sonderstellung zu. Sie ermöglichen den Vorgriff auf einen noch nicht in Kraft getretenen Bebauungsplanentwurf zugunsten des Bauherrn und sind dementsprechend nur unter engen Voraussetzungen anwendbar. So werden zum einen die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen in der Rechtsprechung restriktiv ausgelegt. Zum anderen kommt der Rückgriff auf § 33 BauGB erst dann in Betracht, wenn sich die Zulässigkeit eines Vorhabens nicht schon aus §§ 30, 34 oder 35 BauGB ergibt. Die damit verbundene Prüfungsabfolge ist bei der Fallbearbeitung zu beachten. Hier kann § 33 BauGB insbesondere in der klassischen Konstellation einer Verpflichtungsklage zum Tragen kommen, die auf die Erteilung einer Baugenehmigung gerichtet ist. Dann bedarf insbesondere die Feststellung der materiellen Planreife besonderer Aufmerksamkeit. Diese eröffnet die Prüfung der Zulässigkeit nach Art und Maß der baulichen Nutzung am Maßstab der BauNVO. Aber auch die Prüfung des Aufstellungsbeschlusses, der formellen Planreife und des schriftlichen Anerkenntnisses können Probleme enthalten und Bezüge zum Kommunalrecht sowie zum Allgemeinen Verwaltungsrecht herstellen. An das schriftliche Anerkenntnis können sich überdies Fragen des Rechtsschutzes gegen den späteren Bebauungsplan selbst anschließen. Schließlich sind die „gewöhnlichen“ Voraussetzungen der übrigen planungsrechtlichen Tatbestände in § 29 ff. BauGB zu beachten, namentlich der Vorhabenbegriff, das gemeindliche Einvernehmen und die gesicherte Erschließung.

Erscheint § 33 BauGB somit für Klausurbearbeiter zunächst ungewohnt, so lassen sich wesentliche Merkmale der übrigen Zulässigkeitstatbestände der §§ 30 ff. BauGB wiederfinden. Die konkrete Ausgestaltung der Voraussetzungen des § 33 BauGB erschließt sich vor dem Hintergrund der besonderen Funktion der Norm, einem Planentwurf rechtliche Vorwirkung zuzuerkennen.