

gehrte einstweilige Anordnung kann ergehen, zumal wenn nach den Umständen eine Teilaußervollzugsetzung möglich ist.

Ist der Erfolg des Normenkontrollverfahrens indessen noch nicht anschließend prognostizierbar, dann kommt es auf die Abwägungskriterien des BVerfG an, ohne daß aber verlangt werden darf, das Gemeinwohl fordere die einstweilige Anordnung. Vielmehr ist nur nach den nachteiligen Folgen beim Antragsteller zu fra-

gen, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, obwohl der Normenkontrollantrag Erfolg haben könnte. Träten beim Antragsteller und bei in gleicher Weise betroffenen Bürgern schwere oder gar irreparable Verhältnisse ein, so muß die Anwendung einer zweifelhaften Norm vorläufig unterbleiben. Zweifelhaftes Recht hat kein Übergewicht vor den Interessen des potentiell Rechtsunterworfenen und verdient nicht die Möglichkeit der sofortigen Durchsetzung.

Wiss. Mitarbeiter Christoph Gusy, Hagen

Zulässigkeit gemeindlicher Verpflichtungen zum Erlaß oder zum Nichterlaß eines Bebauungsplans?

Folgelastverträge beschäftigen unter verschiedensten Aspekten zunehmend die Rechtsprechung [1]. Inwieweit die beteiligten Gemeinden sich in solchen Verträgen wirksam zum Erlaß oder zum Nichterlaß von Bebauungsplänen verpflichten können, ist zwar in der Literatur sehr umstritten, von den Gerichten jedoch bislang kaum entschieden. Dabei stellt sich diese Rechtsfrage in zunehmendem Maße drängender, da in Folge der begrenzten finanziellen Möglichkeiten vieler Gemeinden einerseits die Entwicklung größerer Gebiete nur noch nach vorausgegangenem Vertragsschlüssen über die Folgekosten möglich ist, andererseits kommunale Aktivitäten, die auf eine Befreiung vom Druck der Folgekosten hinauslaufen, rechtmäßigerweise ihren Platz nur im Stadium der Aufstellung von Bebauungsplänen haben können [2].

I. Die Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplans

Hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits frühzeitig entschieden, es könne kein Individualrecht auf Erlaß einer Rechtsnorm geben [3], so erscheint auf dieser Grundlage die Beantwortung der Ausgangsfrage eindeutig. Die These des Gerichts sieht sich jedoch mancher Kritik ausgesetzt.

1. Die Bedeutung des § 2 VII BBauG

Nach § 2 VII des BBauG „besteht“ kein Anspruch auf Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen. Aus dieser

Norm wird hergeleitet, daß ein solches Recht nicht nur durch das BBauG nicht begründet wird, sondern Dritten auch auf andere Weise nicht eingeräumt werden könne [4]. Begründet wird diese Auffassung mit dem Argument, daß § 2 VII BBauG der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde liege, die Aufstellung des Bebauungsplanes erfolge ausschließlich in Wahrnehmung öffentlicher Belange. Interessen oder gar subjektive Rechte Dritter würden durch die Planung nicht tangiert. Die extremste Gegenansicht hält diese Begründung schon deshalb für unzutreffend, weil § 2 VII BBauG verfassungswidrig sei [5]. Die Auffassung, der Bebauungsplan tangiere Rechte der betroffenen Bürger nicht, ist zumindest zweifelhaft geworden [6]; entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf Art. 14 III GG die Wirksamkeit eines Bebauungsplans davon abhängig gemacht, ob ein Grundstück mit in die Planung einbezogen wird oder nicht [7]. Aus den Grundrechten ließen sich daher normative Anforderungen nicht nur an den konkreten Inhalt

[1] S. nur BVerwGE 42, 331 zu den Pflichten der beteiligten Parteien; BGH, NJW 1978, 1802 ff., zu Haftungsfragen.

[2] Stettner, AöR 1977, 544, 553 m. w. N., über die einzige Ausnahme auf Grund § 35 II BBauG.

[3] BVerwGE 7, 188; dagegen schon früh Bachof, JZ 1962, 745.

[4] Simon, BayVBl. 1974, 145, 147; Luhmann, BayVBl. 1974, 456 f.; s. auch BayObLG, BayVBl. 1976, 378.

[5] Mengar-Erichsen, VA 1967, 283; zurückhaltend Westbomke, Der Anspruch auf Erlaß von Rechtsverordnungen und Satzungen, 1976, S. 123 f., der eine verfassungskonforme restriktive Auslegung des § 2 VII BBauG fordert.

[6] Seit Umbach, DVBl. 1971, 741.

[7] BVerwG, NJW 1975, 845; s. auch Battis, DÖV 1978, 115, 116.

aufgestellter Bebauungspläne herleiten, vielmehr könnten insbesondere Art. 3 und 14 GG einen Anspruch darauf begründen, bestimmte Gebiete zu beplanen. Andernfalls würde der Grundsatz der Baufreiheit, der in der Eigentumsгарантиe enthalten sei, verletzt [8], da unter Verstoß gegen das Übermaßverbot in dieses Freiheitsrecht eingegriffen werde [9]. Die genannten Grundrechte könnten daher in Einzelfällen einen Anspruch auf Erstellung eines Bebauungsplans begründen [10]. Solche Erwägungen könnten jedoch bestenfalls in Ausnahmefällen zu einer restriktiven Auslegung des § 2 VII BBauG führen. Angesichts der im BBauG vorgesehenen Möglichkeit, auch ohne die Existenz eines Bebauungsplans Bauwerke errichten zu können, wäre in Anbetracht der Tatsache, daß auch das Unterlassen der Aufstellung von Bebauungsplänen durchaus in Verfolgung legitimer öffentlicher Interessen geschehen kann, kaum ein Fall denkbar, in dem durch höherrangiges Recht die Beplanung eines bestimmten Gebietes eindeutig geboten ist und keinerlei öffentliche Interessen deren Unterlassung rechtfertigen können. Angesichts der vielfältigen, den Planungsvorgang determinierenden Vorgaben und der in ihn eingehenden politischen Erwägungen wird ein solcher Fall kaum eintreten. Daher wirken die Grundrechte primär auf die Ausgestaltung aufzustellender oder aufgestellter Pläne ein; ein Anspruch auf Planung wird regelmäßig nicht begründet.

Schon der Wortlaut des § 2 VII BBauG deutet jedoch darauf hin, daß diese Vorschrift die Gemeinden nicht verpflichten will, die Begründung von Ansprüchen auf den Erlaß eines Bebauungsplanes zu unterlassen. Vielmehr soll nur festgestellt werden, daß auch überwiegende private Interessen, die etwa gemäß § 1 VII BBauG in die Abwägungsvorgänge bei der Planerstellung einzubeziehen sind, keinen Anspruch auf Planung begründen. Im Unterschied zum Bauordnungsrecht, in dem Art. 14 GG einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung begründen kann, soll ein subjektives Recht auf Erstellung eines Plans nicht geschaffen werden [11]. Die in § 1 III BBauG statuierte Planungspflicht besteht daher nur im öffentlichen, nicht hingegen auch im privaten Interesse. Demgegenüber werden weder die Problematik der Folgekostenverträge noch die darin vielfach vorgesehene Begründung eines Rechts auf Erlaß von Bebauungsplänen im

BBauG geregelt. Demnach kann § 2 VII BBauG nur die Rechtsfolge entnommen werden, daß ein Anspruch auf Planung durch das BBauG ausgeschlossen werden sollte; dadurch ist aber noch nicht ausgeschlossen, daß die Kommunen im Wege von Zusagen oder Verträgen sich im Einzelfall zum Planerlaß verpflichten können. Diese Frage läßt das Gesetz insoweit vielmehr offen [11].

2. Die Bedeutung der Vorschriften des Gemeindeverfassungsrechts

Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung entstehen dagegen aus dem Gemeindeverfassungsrecht der Länder.

a) Vielfach werden hier Einwände erhoben, wenn darauf hingewiesen wird, daß derartige Pflichten die Planungshoheit der Gemeinden unzulässig einschränken, indem sich die Gemeinde ihrer durch § 2 I i. V. m. 1 I, III BBauG begründeten, als Teil der verfassungsrechtlichen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung verstandenen Planungshoheit begeben [12]. Diese Aufgabe sei den Kommunen zu eigenen und eigenverantwortlichen Erledigung überantwortet und nicht übertragbar. Eine solche Erwägung übersieht jedoch, daß die Anerkennung der gemeindlichen Planungshoheit ausschließlich die Zuständigkeitsverteilung zwischen Staat und Kommunen betrifft, nicht jedoch die Art und Weise determiniert, in der die Kommunen ihre Kompetenzen wahrzunehmen haben. Nicht berührt wird durch diese Zuständigkeitsordnung das Recht der Gemeinden, in einzelnen Teilbereichen Ansprüche auf eine bestimmte Art der Wahrnehmung ihrer Planungshoheit einzuräumen. Auf welche Weise die gemeindliche Planungshoheit realisiert wird, ergibt sich aus dem Begriff oder dem Inhalt dieser Kompetenz noch nicht. Vielmehr gilt auch insoweit der allgemeine Rechtsgedanke der Verwaltungsverfahrensgesetze, nach dem auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Rechtsverhältnisse durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden können, sofern Rechtsvor-

[8] Westbomke, a. a. O. (Fn. 5) S. 91 ff.

[9] Menger-Erichsen, a. a. O. (Fn. 5).

[10] S. insbes. Westbomke, a. a. O. (Fn. 8); ansatzweise auch Battis, a. a. O. (Fn. 7).

[11] Stettner, a. a. O. (Fn. 2) S. 558, weist darauf hin, daß auch die Entstehungsgeschichte kein gegenteiliges Ergebnis nahelege; ähnlich auch Degenhart, BayVBl. 1979, 289, 293.

[12] So etwa Simon, a. a. O. (Fn. 4) S. 147; Ernst-Zinkahn-Bielenberg, BBauG, Stand: Okt. 1979, § 2 Rdnr. 132; Birk, NJW 1977, 1797, 1799; BayObLG, BayVBl. 1976, 378.

schriften nicht entgegenstehen [13]. Insofern erscheint die Begründung einer Pflicht zum Erlaß von Bebauungsplänen geradezu als Ausübung der kommunalen Planungshoheit, nicht hingegen als ein Verstoß gegen dieses Recht. Auch enthält das BBauG keine Vorschrift, in der die Zusammenarbeit mit Dritten – Trägern öffentlicher Verwaltung oder Privaten – bei der Planung grundsätzlich untersagt wird. Vielmehr erschöpfen sich die Möglichkeiten der Ausübung gemeindlicher Planungshoheit gerade in dem Fall, in dem die Folgekosten für die Kommunen untragbar sind, in der Alternative entweder einer Unterlassung des Vorhabens oder aber einer Kooperation mit Dritten im Rahmen eines „Planungsverbandes“ [14]. So kann die Zusammenarbeit mit Dritten die Realisierungschancen kommunaler Planungen in manchen Fällen eher erhöhen als beeinträchtigen. Die gemeindliche Planungshoheit ist daher kein Hindernis gegenüber der Verpflichtung zum Erlaß von Bebauungsplänen.

b) Ein solches entsteht vielmehr erst, wenn gesetzliche Vorschriften, welche die Art und Weise der Ausübung dieser Planungshoheit regeln, einer solchen Pflicht entgegenstehen. Hier sind insbesondere die Normen über die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Gemeinde zu beachten.

§ 10 BBauG bestimmt, daß der Bebauungsplan „als Satzung“ zu beschließen ist. In allen Bundesländern ist der Satzungserlaß ausschließlich eine Aufgabe der Gemeindevertretung [15]. Nur diese entscheidet somit über den Erlaß und den Inhalt der Bebauungspläne. Der Grund für diese Regelung liegt darin, daß bei der Planung eine Vielzahl ökonomischer, sozialer, kultureller und sonstiger Aspekte gegeneinander abgewogen werden muß, die in § 1 VI BBauG noch keineswegs abschließend aufgezählt sind. Eine derartige Abwägung hat sich stets an den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles zu orientieren, sie kann rechtlich nur im geringen Maße gesteuert werden und ist daher auch gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbar [16]. Eignet der Planung somit ein besonders ausgeprägtes politisch-gestalterisches Element [17], so ist sie andererseits für das betroffene Gebiet und die betroffenen Bürger von erheblicher Bedeutung. Diesen Gegebenheiten entspricht die Regelung des BBauG und der Gemeindeordnungen, die Aufstellung und Ver-

abschiedung des Planes ausschließlich vom höchsten, durch eigene demokratische Wahl legitimierten und kontrollierten Gemeindeorgan durchführen zu lassen, um so den Eigenarten der vielfältigen beteiligten Interessen am besten gerecht werden zu können. Nur auf diese Weise kann gesichert werden, daß durch ein dem Bürger vollverantwortliches Organ die Planungsvorgänge transparent und damit nicht nur – soweit möglich – rechtlich, sondern zugleich politisch kontrollierbar werden. Dem entspricht auch die Tatsache, daß der Planerlaß nicht auf ein anderes Gemeindeorgan – etwa den Bürgermeister oder Gemeindedirektor – delegiert werden kann [18].

Dagegen obliegt die Außenvertretung der Gemeinde regelmäßig nicht dem Rat, sondern dem Bürgermeister oder Gemeindedirektor [19]. Dieser ist demnach auch zum Abschluß von Folgelastenverträgen zuständig. Soll dabei die Gemeinde zum Erlaß eines Bebauungsplanes verpflichtet werden, so fallen insoweit Außenvertretung und Innengeschäftsführung auseinander. Die Verpflichtungserklärung gegenüber dem Dritten kann nur der Bürgermeister oder Gemeindedirektor abgeben, der Satzungserlaß hingegen muß von der Gemeindevertretung durchgeführt werden. Das vertretungsberechtigte Organ kann somit diejenigen Pflichten, die es für die Gemeinde begründet, im Rahmen der innergemeindlichen Kompetenzordnung nicht selbst erfüllen. Vielfach haben Bürgermeister oder Gemeindedirektor zwar die Pflicht, Beschlüsse des Rates vorzubereiten [20]; sie sind in diesem Rahmen jedoch nicht befugt, inhaltliche Festlegungen vorzunehmen, welche die Entscheidungsfreiheit des Rates in rechtlich-verbindlicher Weise einengen. Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck etwa in Regelungen, wonach der Gemeindedirektor seine Befugnisse zur Außenvertretung „un-

[13] Stettner, a. a. O. (Fn. 2) S. 559.

[14] Degenhart, a. a. O. (Fn. 11) S. 294, unter Hinweis auf Redeker, JZ 1968, 542.

[15] S. statt aller § 28 I GO NW.

[16] Bedenklich insoweit der Leitsatz von BHGZ 66, 322.

[17] S. etwa OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178 f.; Degenhart, a. a. O. (Fn. 11) S. 294.

[18] Diese innergemeindliche Funktionsdifferenzierung ist nicht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wie er etwa in Art. 20 II 2 GG niedergelegt ist, zu verwechseln; vgl. auch Stettner, a. a. O. (Fn. 2) S. 561; nichtsdestoweniger geht jede Gemeindeordnung von einer Aufgabentrennung in der Kommune aus und weist den Organen eigene Rechte auf funktionsgerechte Aufgabenwahrnehmung zu.

[19] S. etwa § 55 GO NW.

[20] S. etwa § 47 I 1 GO NW.

beschadet der dem Rat zustehenden Entscheidungsbefugnisse“ wahrzunehmen hat [21]. Ein solcher Übergriff in die Zuständigkeit der Gemeindevertretung fände statt, wenn Bürgermeister oder Gemeindedirektor die Pflicht zum Erlaß bestimmter Satzungen begründen würden, welche der Rat auszuführen gezwungen wäre, wenn er mögliche Schadensersatzforderungen von der Gemeinde fernhalten will [22]. Die hier jeweils einschlägigen Gemeindeordnungen, welche die Zuständigkeit von Rat und Bürgermeister bzw. Gemeindedirektor abgrenzen und wechselseitige Kompetenzübergriffe untersagen, stehen somit einer wirksamen Verpflichtung der Gemeinde zum Erlaß eines Bebauungsplans entgegen.

3. Die Bedeutung der Verfahrensnormen des BBauG

Die Regelungen der kommunalen Organkompetenzen stehen solchen Verpflichtungen jedoch nur entgegen, wenn Bürgermeister oder Gemeindedirektor bei dem Vertragsschluß unzulässig in die Rechte der Gemeindevertretung eingreifen. Ein Eingriff liegt dagegen nicht vor, wenn etwa die Gemeindevertretung bei dem Vertragsschluß mitwirkt, indem sie den Vertragsentwurf ausdrücklich billigt oder gar den Vertretungsberechtigten zum Vertragsschluß anweist.

Gegen ein solches Handeln bestehen jedoch Bedenken aus § 2 a BBauG. Dieser enthält detaillierte Verfahrensnormen über die Planaufstellung mit dem Ziel, die vielfältigen abzuwägenden Belange auch aus der Sicht der Betroffenen in Erfahrung zu bringen und bei der Planung zu berücksichtigen, um auf diese Weise den Rechten und Interessen derjenigen, die von dem Planerlaß betroffen werden, Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck sind die Bürger nicht nur gemäß § 2 III BBauG anzuhören, vielmehr muß der Plan ausgelegt und erörtert werden. Zur Verbesserung der demokratischen Kontrolle haben die Bürgermitwirkung und sämtliche Beschlüsse über die Pläne in öffentlichen Sitzungen stattzufinden [23]. Diese Verfahrensnormen würden entwertet, wenn bereits zuvor die Gemeindevertretung beschließen würde, vertragliche Bindungen bezüglich der späteren Bauleitplanung einzugehen [23a]. Daher wird die Zulässigkeit solcher Mitwirkungsakte gelegentlich nur unter der Voraussetzung angenommen, daß das Verfahren gemäß § 2 a

BBauG bereits stattgefunden habe, oder aber daß in den Vertrag Klauseln aufgenommen würden, welche eine spätere Einbringung der Ergebnisse des Verfahrens in den Plan noch zulassen [24].

Eine solche Handlungsweise würde die Anforderungen an das Planungsverfahren jedoch erheblich verkürzen. Das diesem zugrunde liegende „Prinzip der Offenheit nach allen Seiten“ [25] bezieht sich keineswegs nur auf die Durchführung des Verfahrens, sondern auch auf die Behandlung der in ihm gewonnenen Ergebnisse. Die Betroffenen haben demnach nicht nur ein Recht auf das Vorbringen ihrer Belange, sondern zugleich auch auf deren unvoreingenommene Berücksichtigung in der Abwägung [26]. Sicherlich kann nicht generell festgestellt werden, daß die im Verfahren entstandenen Erwägungen stets billigenwert, von außen herangetragene Belange dagegen stets zu mißbilligen seien [27]; alle gewonnenen Tatsachen sind jedoch in die Planung in sachlich gebotenerem Umfang einzubeziehen. Eine Präjudizierung durch außerverfahrensmäßige Bindungen bezüglich des Abwägungsergebnisses würde diesen Anforderungen nicht gerecht. Das Planungsverfahren ist insoweit stets in systematischem Zusammenhang mit seinem materiellen Zweck zu würdigen, ihm kommt keine ausschließlich formelle Bedeutung zu, die sich mit Abschluß der Erörterungen erschöpft. Vielmehr erfordert sein Ziel, sachgerechte Informationen für die rechtmäßige Planaufstellung zu erhalten, daß die Resultate des Verfahrens bezüglich der Abwägung relevante Konsequenzen aufweisen. Dieser systematische Zusammenhang zwischen § 2 a BBauG und § 1 V, VI BBauG steht daher auch einer Verpflichtung der Gemeinde nach Abschluß des Verfahrens entgegen [28]. Das gilt nicht nur für das „Wie“ der Planung, sondern auch für das „Ob“, da nicht ausgeschlos-

[21] Dazu § 55 11 GO NW.

[22] Luhmann, a. a. O. (Fn. 4) S. 457; s. zu solchen möglichen Ansprüchen bei Verletzung von Verträgen auf Erlaß von Bebauungsplänen BGH, NJW 1978, 1802 ff.; BVerwG, NJW 1975, 70; Dolde, NJW 1978, 889, 891; Zuck, Das Recht des Bebauungsplans, 1978, S. 74 ff.

[23] VGH Bad.-Württ., BWVPr 1978, 223; Dolde, a. a. O. (Fn. 22) S. 890.

[23a] OVG Lüneburg, DVBl. 1978, 178 f.; Luhmann, a. a. O. (Fn. 4) S. 457; BVerwG, BauR 1980, 333, 335; BGH ebd., S. 327, 330 f.

[24] Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a. a. O. (Fn. 12) § 2 a Rdnr. 42; Degenhart, a. a. O. (Fn. 11) S. 295; Stettner, a. a. O. (Fn. 2) S. 556 ff.

[25] Birk, NJW 1977, 1799.

[26] BVerwGE 45, 309, 314 f.; von Mutius, VA 1974, 214.

[27] BVerwGE 45, 309, 316.

[28] Das übersieht etwa Degenhart, a. a. O. (Fn. 11) S. 295.

sen werden kann, daß sich bei der Abwägung überwiegende Gesichtspunkte gegen die Beplanung eines bestimmten Gebietes überhaupt ergeben [29].

Auch soweit diese Grundsätze akzeptiert werden, sollen davon jedoch Ausnahmen gelten [30]. Zu deren näherer Bestimmung werden die normativen Anforderungen des BBauG an den Bebauungsplan in unterschiedlicher Weise konkretisiert. Danach untersagt das BBauG nur, sachfremde Erwägungen in den Planungsvorgang einzubeziehen, wobei finanzielle Kalkulationen und Wirtschaftlichkeitserwägungen im Rahmen städtebaulicher Planungen sachgemäß und legitim seien, die finanzielle Realisierbarkeit eines Bebauungsplanes angesichts des Prinzips der sparsamen Haushalts- und Wirtschaftsführung möglicherweise sogar zu seinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gehören soll [31]. Daraus wird der Schluß gezogen, daß Merkmale, welche die Rechtmäßigkeit und Realisierbarkeit der kommunalen Planung fördern — wie etwa die Folgekostenverträge — nicht rechtswidrig seien [32]. Die Ausgangsthese dieser Argumentation mag zwar zutreffen, daß also die Gemeinden nur solche Bebauungspläne erlassen dürften, deren Folgen auch realisierbar, insbesondere finanzierbar seien; daraus folgt jedoch nur, daß sie sich rechtzeitig um eine Sicherstellung der Finanzierung bemühen müssen, nicht jedoch, daß jede Maßnahme, die zur Finanzierung dient, unabhängig von ihrer Vereinbarkeit mit sonstigen Normen zulässig ist.

Nach anderer Auffassung [33] ist eine Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes dann zulässig, wenn die Freiheit der Rechtsetzung bereits aus anderen Gründen eingeschränkt ist. Sofern etwa das Planungsermessen einer Gemeinde angesichts der realen Verhältnisse in einem Gebiet soweit reduziert ist, daß § 1 III, IV BBauG die Aufstellung eines Planes zwingend erfordern, so läßt danach das Gesetz keine Gestaltungsalternativen, so daß nur eine Handlungsmöglichkeit rechtmäßig wäre. In diesem Falle könnte die Gemeinde sich auch Dritten gegenüber zur Planung verpflichten, da hier kein eigenständiger Rechtsgrund mehr geschaffen werde, sondern nur eine schon bestehende Rechtspflicht durch Vertrag mit einem Dritten „verstärkt“ würde. Die Gemeinde müßte auf Grund des Vertrages nur tun, wozu sie ohnehin verpflichtet wäre. Danach soll differenziert

werden: Die Verpflichtung zur Planung überhaupt („ob“ der Planung) ist stets zulässig, wenn das Planungsermessen der Gemeinde insoweit auf null reduziert ist; bezieht sich die Verpflichtung auch auf das „Wie“ der Planung, so muß auch insoweit eine vollständige Ermessensbindung stattgefunden haben. Verpflichtungen gegenüber Dritten sollen somit nur wirksam sein, soweit und solange sie mit gesetzlichen Pflichten der Gemeinde übereinstimmen.

Nach dieser Auffassung wird eine wirksame Verpflichtung zum Planerlaß gegenüber Dritten nur in sehr seltenen Fällen möglich sein, die Vielzahl der sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Planung determinierenden öffentlichen und privaten Belange unterschiedlichster Art werden nur ausnahmsweise so konkretisiert werden können, daß nur eine Planaufstellung oder gar ein Plan mit bestimmten Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht [34]. Daneben vermag aber auch dieses Argument nicht die Notwendigkeit einer ordnungsgemäßen Durchführung des Planaufstellungsverfahrens und der sachgerechten Würdigung aller schon vor oder im Verfahren erkennbaren Belange zu revidieren. Auch eine gesetzliche Pflicht zur Planung kann nur in dem Umfang bestehen, in dem im konkreten Fall überwiegende Belange hierfür erkennbar sind. Solche sind unter anderem im Verfahren zu ermitteln; erst nach dessen Abschluß stehen alle Wertungsfaktoren fest, die als Maßstäbe der konkreten Planung heranzuziehen sind. Vertragliche Bindungen vor diesem Zeitpunkt würden die unvoreingenommene Würdigung des Planungsergebnisses unmöglich machen und daher die gesetzlich vorgeschriebenen Wege der Abwägung verfehlen. Sie wären danach unzulässig. Auch die dargestellte Ansicht vermag somit die Zulässigkeit der Begründung eines Anspruchs auf Planerlaß nicht zu begründen.

Die Möglichkeit einer Ermessensbindung wird jedoch aus einer Analogie zu § 123 I, IV BBauG hergeleitet. Obwohl § 123 IV BBauG ein Individualrecht auf Erschließung ausschließt, hat das

[29] Birk, a. a. O. (Fn. 25).

[30] Nicht näher spezifiziert werden diese Ausnahmen bei Schlichter-Stich-Tittel, BBauG, § 2 Rdnr. 10.

[31] Von Mutius, a. a. O. (Fn. 26) S. 214 m. w. N.

[32] Degenhart, a. a. O. (Fn. 11) S. 294f.

[33] Birk, a. a. O. (Fn. 25) S. 1799f.

[34] Dolde, NJW 1979, 889, 890.

Bundesverwaltungsgericht [35] unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erschließung bejaht. Diese Rechtsprechung soll analog auf den Anspruch auf Erstellung eines Bebauungsplanes angewendet werden [36]. Erschließung und Bauleitplanung weisen jedoch bezüglich ihrer Wirkungen auf die Realisierbarkeit von Bauvorhaben unterschiedliche Konsequenzen auf. Das Fehlen eines Bebauungsplanes greift nur insoweit in die Baufreiheit ein, als die Bebauung eines Grundstücks anderen rechtlichen Regeln, nämlich denen über die Bebauung unbepannter Grundstücke, unterstellt wird. Damit werden zwar bestimmte bauliche Nutzungen häufig unzulässig sein, andere Vorhaben können jedoch ausgeführt werden. Dagegen kann die fehlende Erschließung eines Grundstücks dessen Bebauung fast vollständig verhindern, da die notwendigen Infrastruktureinrichtungen fehlen. In solchen Fällen würde — unabhängig von der Beplanung eines Grundstücks — die Baufreiheit des Eigentümers weitgehend zunichte gemacht. Die Erschließung steht so der Baufreiheit wesentlich näher als die Beplanung. Kann durchaus ein legitimes öffentliches Interesse daran bestehen, für bestimmte Gebiete keinen Bebauungsplan zu erstellen, so werden jedoch regelmäßig Belange, welche die Unterlassung von Erschließungsmaßnahmen an solchen Grundstücken, für die eine Baugenehmigung erteilt worden ist [37], regelmäßig nicht existieren. Vielmehr kann sich hier der Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung auch auf die Erschließung des jeweiligen Grundstücks erstrecken. In diesen Fällen fehlt der einzelnen Erschließung der überwiegend planerische Einschlag, welchen sie bei vorherigen, gebietsbezogenen Maßnahmen aufweist. Aus diesem Grunde ist die Rechtsprechung zu § 123 IV BBauG auf die Aufstellung eines Bebauungsplanes nicht übertragbar.

Demnach können sich Gemeinden nicht wirksam zum Erlaß eines Bebauungsplanes verpflichten. Der Bürgermeister oder Gemeindevorstand würde in die Kompetenz des Rates eingreifen; der Rat könnte seine Mitwirkung nur in der Form vornehmen, die gerade für die Aufstellung eines Bebauungsplanes vorgeschrieben ist: Nach ordnungsgemäßem Verfahren und sachgerechter Würdigung aller Belange und einem abschließenden unverbindlichen Beschluß. Dieser Beschluß fiele mit der Verabschiedung des Bebauungsplanes zusammen.

Eine vorherige Verpflichtung zu dessen Erlaß ist daher ausgeschlossen [38].

II. Die Verpflichtung zum Nichterlaß eines Bebauungsplans

Auch die Zulässigkeit einer Verpflichtung von Gemeinden, Bebauungspläne nicht zu erlassen, hat die Rechtsprechung bereits beschäftigt [39]. Relevanz erlangt eine solche Pflicht insbesondere in Fällen, in denen ein Bebauungsplan besteht, der nach den vertraglichen Bestimmungen nicht durch einen neuen Plan abgeändert werden soll. Der dazu diskutierte allgemeine Plangewährleistungsanspruch [40] hat sich nicht durchsetzen können; vielmehr ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung [41] eine differenzierende Lösung anzustreben, durch welche die im konkreten Fall tangierten öffentlichen und privaten Interessen berücksichtigt werden. Erst wenn sich die Interessen der Betroffenen zu einem Eigentumsrecht oder einer sonstigen, rechtlich geschützten Vertrauensposition verdichtet haben, können nach Maßgabe des Einzelfalles differierende Ansprüche entstehen [42]. Ein Anspruch auf Planvollzug besteht jedoch in keinem Fall.

Grundlegend hat die Rechtsprechung [39] geurteilt, sofern kein Anspruch auf Aufstellung eines Bebauungsplans bestehe, sei damit auch ein Anspruch auf Nichtaufstellung ausgeschlossen. Diese Feststellung ist nicht unbestritten geblieben [43]. Dabei kommt § 2 VII BBauG in diesem Rahmen keine Bedeutung zu; er bezieht sich nur auf Planungsvorhaben, nicht jedoch auf die Unterlassung von Planung.

Bedeutung erlangen hingegen auch in diesem

[35] NJW 1970, 405, 407.

[36] BVerwG, NJW 1975, 402, Schlichter, a. a. O. (Fn. 30) § 2 Rdnr. 10; Zuck, a. a. O. (Fn. 22) S. 74 f.; wohl auch Battis, a. a. O. (Fn. 7) S. 116 f.

[37] Diese Fälle sind nach der Rechtsprechung des BVerwG die wichtigsten des Erschließungsanspruchs; daß ein individueller Anspruch nach Erlaß eines qualifizierten Bebauungsplanes „jedenfalls auf Dauer“ entstehen kann, wäre wohl nur im Fall eines Rechtsmißbrauchs denkbar.

[38] Dölde, a. a. O. (Fn. 23) S. 890 m. w. N. (Fn. 20–24); BVerwG u. BGH, a. a. O. (Fn. 23a).

[39] VGH Bad.-Württ., BWVBl. 1968, 159; dazu Zuck, a. a. O. (Fn. 22) S. 72.

[40] Siehe dazu etwa Oldiges, Grundlagen des Plangewährleistungsrechts, 1970, pass.; Egerer, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 185 ff.; weitere Nachweise bei Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a. a. O. § 2 Rdnr. 128.

[41] BVerwG, DVBl. 1970, 61; BGHZ 45, 83 ff.

[42] Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a. a. O. § 2 Rdnr. 127; s. auch Schenke, AöR 1976, 337, 358 ff.

[43] Vgl. etwa Zuck, a. a. O. (Fn. 22) S. 74 ff.

Zusammenhang die Vorschriften des Gemeindeverfassungsrechts. Die Gemeindevertretungen entscheiden in Ausübung ihrer Befugnis, ausschließlich über den Planerlaß zu befinden, zugleich über die Frage, ob der bisherige Zustand beibehalten oder ein neuer geschaffen werden soll. In ihre Kompetenz fällt somit jede Entscheidung über den planerischen status quo. Ob die Gemeindevertretung ein Planaufstellungsverfahren einleitet, unterliegt somit ausschließlich ihrer unvertretbaren, durch kein anderes Organ zu ersetzenden Entscheidung, wobei dem Bürgermeister oder Gemeindevorstand im Rahmen seiner Vorbereitungscompetenz [44] keineswegs ein ausschließliches Initiativrecht zukommt. Die rechtliche Bindung des Gemeinderates bei der Ausübung seiner Kompetenzen im Wege der Außenvertretung durch ein anderes Gemeindeorgan stößt damit insofern auf diejenigen Bedenken, welche auch der Vereinbarung einer Verpflichtung zum Erlaß eines Bebauungsplanes entgegenstehen [45]. Beide Arten der Verpflichtung sind daher in gleicher Weise unzulässig.

Demnach kann eine Verpflichtung zum Nichterlaß von Bebauungsplänen nur unter Mitwirkung des Rates zulässig sein, wenn dabei keine Verfahrensvorschriften entgegenstehen. Die Vorschriften des BBauG über die Beteiligungs- und Anhörungsrechte der Bürger beziehen sich nur auf das Verfahren bei dem Erlaß eines Plans, regelmäßig findet daher die Beteiligung auch erst im Planungsverfahren, zumeist nach Fassung des Planaufstellungsbeschlusses [46], statt. Voreinem solchen Beschluß sind keine besonderen Verfahren vorgesehen. Gerade ein Planaufstellungsbeschluß soll jedoch durch die Verpflichtung zur Beibehaltung des pla-

nungsrechtlichen status quo verhindert werden. Somit würde eine Verpflichtung der Gemeinde, den Erlaß eines neuen Bebauungsplanes zu unterlassen, nicht gegen Verfahrensnormen verstoßen [47].

Der Übernahme einer solchen Verpflichtung kann jedoch die kommunale Planungspflicht entgegenstehen. Diese bezieht sich gem. § 1 III, IV BBauG nicht nur auf die erstmalige Aufstellung von Plänen, sondern in bestimmten Fällen auch auf deren Änderung oder Anpassung [48]. Gegen diese Pflicht der Gemeinde darf die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Plänen nicht verstoßen; eine solche wäre daher stets nach Maßgabe des jeweiligen Falles zu befristen.

Insgesamt ist somit die Verpflichtung zum Erlaß wie zum Nichterlaß eines Bebauungsplanes bis auf den zuletzt dargestellten Ausnahmefall regelmäßig unzulässig. Sie vermag den beteiligten Privaten kaum Sicherheit zu gewährleisten. Inwieweit sie auf Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche verwiesen werden können [49], ist bislang kaum geklärt und bedarf weiterer Untersuchung [50].

[44] Siehe dazu oben Anm. 20.

[45] Vgl. oben I 2.

[46] Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a. a. O. § 2 Rdnr. 35.

[47] Anders wäre dagegen die Verpflichtung zur nur partiellen Aufrechterhaltung eines Bebauungsplanes zu beurteilen, wenn der Plan an anderen Stellen geändert werden soll und insofern ein neues Verfahren bezüglich der Planaufstellung stattfindet; hier würde die vorherige Herausnahme bestimmter Flächen aus der Planung gegen die Rechte der Beteiligten verstoßen.

[48] Ernst-Zinkahn-Bielenberg, a. a. O. § 1 Rdnr. 38.

[49] Meyer-Borgs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 1976, § 54 Rdnr. 40.

[50] Dolde, a. a. O. (Fn. 22); dazu näher nunmehr BVerwG u. BGH, a. a. O. (Fn. 23a).

Rechtsprechungsteil: Öffentliches Baurecht

Bauplanungsrecht — Hinterlandbebauung im Innenbereich

Zur Zulässigkeit einer im unbepflanzten Innenbereich zu beurteilenden sog. Hinterlandbebauung

§ 34 Abs. 1 BBauG

Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 21. November 1980 — 4 C 30.78 — (OVG Nordrhein-Westfalen)

Zum Sachverhalt:

Der Kläger möchte im rückwärtigen Teil seines 2700 m² großen Grundstücks ein weiteres zweigeschossiges Wohnhaus errichten. Das Grundstück liegt in einem durch die S.-Straße, A.-Straße, D.-R.-Straße und der H.-Straße begrenzten Bereich, in dem die meisten Gebäude bis auf wenige Meter an die jeweilige Straße heranreichen. Ausnahmen bilden lediglich das in einem Abstand von 200 m zur S.-