

# Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von  
Wolfgang Grunsky, Manfred Lieb, Dieter Medicus

176. Band



1976

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

© J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN 1976

Alle Rechte vorbehalten. Werden von einzelnen Beiträgen oder Teilen von ihnen einzelne Vervielfältigungsstücke im Rahmen des § 54 UrhG hergestellt und dienen diese gewerblichen Zwecken, ist die dafür nach Maßgabe des Gesamtvertrages zwischen der Inkassostelle für urheberrechtliche Vervielfältigungsgebühren GmbH, 6 Frankfurt/Main, Großer Hirschgraben 17-21, und dem Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., 5 Köln/Rhein, Habsburger-ring 2-12, vom 15. 7. 1970 zu zahlende Vergütung an die Inkassostelle zu entrichten. Die Vervielfältigungen sind mit einem Vermerk über die Quelle und den Vervielfältiger zu versehen. Erfolgt die Entrichtung der Gebühren durch Wertmarken der Inkassostelle, so ist für jedes vervielfältigte Blatt eine Marke im Werte von DM -.40 zu verwenden.

Satz und Druck Eugen Göbel Tübingen  
Printed in Germany

# INHALTSVERZEICHNIS

## I. Aufsätze

<i>Günter Haas</i> : Die Verwendungsersatzansprüche im Eigentümer–Besitzer-Verhältnis und die aufgedrängte Bereicherung . . . . .	1
<i>Eduard Picker</i> : Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von Schutzgesetzen . . . . .	28
<i>Fritz Baur</i> : Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht . . . . .	97
<i>Peter Badura</i> : Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht . . . . .	120
<i>Hans Stoll</i> : Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel . . . . .	146
<i>Franz Gamillscheg</i> : Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts . . . . .	197
<i>Wolfgang Zöllner</i> : Privatautonomie und Arbeitsverhältnis . . . . .	221
<i>Shigeyoshi Harashima</i> : Einige Gedanken zur „Gefährdung“ des bürgerlichen Rechts aus japanischer Sicht am Beispiel des subjektiven Rechts . . . . .	289
<i>Norbert Horn</i> : Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts – Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der „Economic Analysis of Law“ . . . . .	307
<i>Hans Josef Wieling</i> : Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst . . . . .	334
<i>Jürgen Schmidt</i> : Ein „soziales Obligationsmodell“ im Schuldrecht? . . . . .	381
<i>Otto Mühl</i> : Vindikation und Kondiktion . . . . .	396
<i>Harro Plander</i> : Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille . . . . .	425
<i>Hans-Joachim Musielak</i> : Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen – Eine kritische Betrachtung der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs . . . . .	465
<i>Hans Eisemann</i> : Die Haftung aus Vermögensübernahme – Bundesrepublik, Frankreich, England, Schweiz und Österreich . . . . .	487
<i>Johannes Denck</i> : Die Aufrechnung gegen gepfändete Vertragsansprüche mit Forderungen aus demselben Vertrag . . . . .	518

## II. Literatur

Norbert Reich: Sozialismus und Zivilrecht ( <i>Franz Mestitz</i> ) . . . . .	80
Josef Aicher: Das Eigentum als subjektives Recht ( <i>Jan Schapp</i> ) . . . . .	90
Bernhard Pfister: Das technische Geheimnis „Know how“ als Vermögensrecht ( <i>Heinrich Hubmann</i> ) . . . . .	95
Berthold Kupisch: In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht ( <i>Hans-Peter Benöhr</i> )	247
Hein Kötz: Über den Stil höchstrichterlicher Entscheidungen ( <i>Max Vollkommer</i> ) . . . . .	256
Fridel Eckold-Schmidt: Legitimation durch Begründung ( <i>Jürgen Schwabe</i> )	260
BGB RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ( <i>Dieter Medicus</i> ) . . . . .	264
Peter Schwerdtner: Maklerrecht ( <i>Olaf Werner</i> ) . . . . .	267
Lutz Becker: Persönliche Kreditsicherungen im deutschen und französischen Recht ( <i>Ulrich Hübner</i> ) . . . . .	272
Werner Futter: Die Subsidiarität der Amtshaftung ( <i>Adolf Pentz</i> ) . . . . .	277
Siegfried Engel: Der Rückgriff des Scheinvaters wegen Unterhaltsleistungen ( <i>Christian Ritter</i> ) . . . . .	278
Marcus Lutter: Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, 2. Aufl. ( <i>Dieter Brüggemann</i> ) . . . . .	281
Heinz Holzhauser: Erbrechtliche Untersuchungen ( <i>Wolfgang Grunsky</i> ) . . .	284
Floretta-Strasser: Der Arbeitsverfassungsgesetzentwurf 1972 ( <i>Manfred Löwisch</i> ) . . . . .	286
Jürgen Mohrbutter: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts ( <i>Wolfgang Grunsky</i> ) . . . . .	288
Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen ( <i>Ernst E. Hirsch</i> ) . . . . .	356
Joachim Rückert: August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre ( <i>Ingo Mittenzwei</i> ) . . . . .	370
Johannes Karakatsanes: Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB ( <i>Ulrich Bälz</i> )	373
Wolfgang Grunsky: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. ( <i>Hans-Leo Weyers</i> ) . . . . .	378
Josef Esser – Eike Schmidt: Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl. ( <i>Jürgen Schmidt</i> ) . . . . .	381
Ursula Köbl: Das Eigentümer–Besitzer–Verhältnis im Anspruchssystem des BGB ( <i>Otto Mühl</i> ) . . . . .	396

Winfried Pinger: Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ( <i>Otto Mühl</i> ) . . . . .	396
Heinrich Kronstein: Die abhängige juristische Person ( <i>Arndt Teichmann</i> ) . . . . .	448
Peter Kögler: Arbeiterbewegung und Vereinsrecht ( <i>Thilo Ramm</i> ) . . . . .	451
Jürgen Rüdiger: Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß ( <i>Christoph Krampe</i> ) . . . . .	453
Günter Brühl: Das materielle Unterhaltsrecht, 3. Aufl. ( <i>Otto Fichtner</i> ) . . . . .	461
Festschrift für Johannes Bärman zum 70. Geburtstag: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart ( <i>Harm Peter Westermann</i> ) . . . . .	535
Jan Kropholler: Internationales Einheitsrecht ( <i>Peter Schlechtriem</i> ) . . . . .	539
Ulrich Magnus: Drittmitverschulden im deutschen, englischen und französischen Recht ( <i>Peter Dietrich</i> ) . . . . .	546
Gerhard Welker: Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung ( <i>Herbert Fenn</i> ) . . . . .	548
Wernhard Möschel: Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ( <i>R. Knöpfle</i> ) . . . . .	552
Fritz Nicklisch: Verbandsmacht und einstweiliger Rechtsschutz ( <i>Peter Schlosser</i> ) . . . . .	559
Antonios Ananiadis: Die Auslegung von Tarifverträgen ( <i>Dieter Leipold</i> ) . . . . .	561

Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts  
bei der Gewährleistung  
öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht\*

von

Professor Dr. Peter Badura, München

<i>A. Bodenpolitik und Bodenrecht</i> . . . . .	120
<i>I. Aufgaben („Erfordernisse“) der Ordnung und Gestaltung des Grundeigentums</i> . . . . .	120
1. <i>Das Grundeigentum in der Rechtsordnung</i> . . . . .	120
2. <i>Eigentumsschranken und Gemeinbedürfnisse</i> . . . . .	121
3. <i>Raumordnung und Städtebau im größeren Zusammenhang der Strukturpolitik</i> . . . . .	123
<i>II. Die privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Komplexität des Grundeigentums</i> . . . . .	127
1. <i>Privateigentum, Privatrecht und Privatautonomie</i> . . . . .	127
2. <i>Privatrecht als Instrument öffentlicher Verwaltung?</i> . . . . .	129
<i>B. Das Grundeigentum unter dem Regime städtebaulicher Planung</i> . . . . .	131
<i>I. Die Planungsbetroffenheit des einzelnen Grundstücks</i> . . . . .	131
1. <i>Gestaltungswirkung der Entwicklungsplanung</i> . . . . .	131
2. <i>Eigentumpolitische Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde</i> . . . . .	133
3. <i>Weitergreifende Lösungsmöglichkeiten und Programme</i> . . . . .	136
<i>II. Baurecht und „Baufreiheit“</i> . . . . .	139
1. <i>Das Recht zur baulichen Nutzung eines Grundstücks</i> . . . . .	139
2. <i>Das sozialgebundene Grundeigentum</i> . . . . .	143

---

\* Vortrag, gehalten am 22. 9. 1975 anlässlich der Tagung der Deutschen Zivilrechtslehrer.

## *A. Bodenpolitik und Bodenrecht*

### *I. Aufgaben („Erfordernisse“) der Ordnung und Gestaltung des Grundeigentums*

#### *1. Das Grundeigentum in der Rechtsordnung*

Grund und Boden sind für das Zivilrecht ein Gegenstand des Sachenrechts. Das Grundeigentum ist für das Zivilrecht eine Erscheinungsform des sachenrechtlichen Eigentums, eines Rechts, über das in § 903 BGB gesagt ist:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Das „Bodenrecht“, in Art. 74 Nr. 18 GG als eine Materie der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes aufgeführt, wird von der strengen Zivilrechtsdogmatik – so in *H. Westermanns Lehrbuch*<sup>1</sup> – als ein außerhalb des Sachenrechts liegender Rechtsbereich betrachtet, der es mit der Beeinflussung der Bodennutzung und -verteilung im Interesse der Allgemeinheit zu tun hat. Von der Warte des sachenrechtlichen Grundeigentums aus, dieses verstanden als die rechtliche Basis privatautonomer und privatwirtschaftlicher Nutzung eines Grundstücks, erscheint das Bodenrecht als eine Schranke des Eigentümer-Beliebens, eine Schranke, ausgerichtet zur „Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse“.

Mit positiver, sozialstaatlicher Färbung versehen, tritt das Bodenrecht dem Grundeigentum als programmatischer Kampfbegriff entgegen, als Sammelwort für bestehende und angestrebte Zurückdrängung, Gestaltung, Umverteilung, Instrumentalisierung des Grundeigentums zur Durchsetzung wahrer oder vermeintlicher öffentlicher und sozialer Erfordernisse. Wie selbstverständlich gibt sich eine Dokumentensammlung zum Bodenrecht den Untertitel: „Beiträge zur Reform des Grundeigentums.“<sup>2</sup>

Avanciertere Vorstellungen von der bodenrechtlichen Reform des Grundeigentums wollen das Grundeigentum nicht im öffentlichen Interesse beschränken, sondern es nach Maßgabe seiner vorausgesetzten „öffentlichen“ oder „sozialen Funktion“ umgestalten und den gesellschaftlichen Bedürfnissen dienstbar machen. Als Rechtstitel derartiger Zielsetzungen wird die durch Art. 14 Abs. 2 GG dem Eigentum auferlegte „Sozial-

<sup>1</sup> Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, § 6.

<sup>2</sup> *H. Knirsch*, Bodenrecht, 1972.

pflichtigkeit“ vorgewiesen. Unter etwas voreiliger Berufung auf den Beschluß des BVerfGs zum Grundstücksverkehrsgesetz<sup>3</sup> postuliert ein Autor:

„Folgt man der zur Sozialpflichtigkeit des Grundeigentums ergangenen verfassungsgerichtlichen Grundsatzentscheidung . . ., dann muß eine neue Bodenordnung von der Warte einer jederzeitigen situationsbedingten hoheitlichen Verfügungsmöglichkeit über Grund und Boden her geschaffen werden.“<sup>4</sup>

Auf der Ebene solcher und ähnlicher Leitsätze des Bodenrechts wird weniger nach den Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts für die Bodenpolitik und die administrative Steuerung der Bodennutzung gefragt werden. Das Zivilrecht und das sachenrechtliche Grundeigentum sind hier selbst Gegenstand des Reformwillens.

In Aufnahme dieser prinzipiellen Fragestellung möchten die folgenden, notwendig höchst fragmentarischen Erwägungen Bodenrecht und Bodenpolitik hauptsächlich unter dem Blickwinkel der Eigentumsgestaltung und der Steuerung der Bodennutzung behandeln.

Die öffentlichen und sozialen Erfordernisse, die das Recht gewährleisten könnte, bestehen nicht von sich aus. Von einigen fundamentalen Bedingungen des Gemeinwohls abgesehen, entstammen sie politischer Programmatik und Entscheidung. Die „Erfordernisse“ der Ordnung und Gestaltung des Grundeigentums sind deshalb im wesentlichen gegebene oder mögliche Aufgaben des Staates für die Eigentums- und Bodenpolitik.

Vom verfassungsrechtlichen Standpunkt kommt es dabei spezifisch auf die Bindung, d. h. Beauftragung und Begrenzung, des Gesetzgebers bei der Festlegung eigentumspolitischer Ziele an. Der Hauptschauplatz der eigentumspolitischen Auseinandersetzung ist das Aufeinandertreffen verschiedenartiger Nutzungsinteressen und Nutzungsbedürfnisse in den Verdichtungsräumen der Urbanisierung und Industrialisierung. Raumordnung und Städtebaurecht einschließlich der kommunalen Bauleitplanung sind das rechtliche Medium der Ordnung und Gestaltung des Grundeigentums.

## *2. Eigentumsschranken und Gemeinbedürfnisse*

Bereits nach geltendem Recht ist der sachenrechtliche Ausgangspunkt der privatautonomen und marktwirtschaftlichen Nutzung des Grundeigentums durch eine Vielfalt von Bestimmungen des Zivilrechts selbst, vor allem aber des Verwaltungsrechts mehr oder weniger weit verlassen. Soweit die Klausel des § 903 BGB, daß der Eigentümer mit der Sache „nach Belieben verfahren“ könne, in Fortsetzung des vernunftrechtlichen

<sup>3</sup> BVerfGE 21, 72 ff., 82/83.

<sup>4</sup> F. Roth, Vorschläge zu einem neuen Bodenrecht, ZRP 71, 169.



Freiheitsgedankens eine reichsrechtliche Garantie grundrechtsähnlicher Art darstellte, war sie schon mit dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung durch deren sozial überformtes Eigentums-Grundrecht verdrängt worden.

Die vielgestaltigen Bindungen des Grundeigentums könnten an sich nach ihrer zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Provenienz geordnet werden. Dies bliebe allerdings eine recht äußerliche Einteilung. Aufschlußreicher ist es, von den jeweiligen Ordnungs- und Gestaltungszwecken des Gesetzes und von der Wirkung auszugehen, mit der das Gesetz die privatautonome Nutzung des Grund und Bodens erfaßt. Die Nutzungsbindungen können sich danach entweder als Beschränkungen darstellen, mit denen Rechte Dritter oder das öffentliche Interesse gegenüber dem Eigentümer gewahrt werden, oder als Gestaltungen einzelner Nutzungsrechte, die schon Inhalt und Richtung der Rechtsausübung bestimmen.

Zur Gruppe der schrankenziehenden Nutzungsbindungen wird man das Mietrecht, das Nachbarrecht und die wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Regelungen der Land- und Forstwirtschaft rechnen können. Das Immissionsschutzrecht hat sich durch seine ökologische Zielsetzung vom Nachbarrecht gelöst. Seine Überführung in das öffentliche Recht ist nicht zuletzt dadurch bedingt, daß eine befriedigende Regelung der „summierten Immission“ mit den Mitteln des Zivilrechts nicht gelingen kann<sup>5</sup>.

Zur Gruppe der inhaltsbestimmenden Nutzungsbindungen gehören Vorschriften, die dem Grundeigentümer bestimmte Handlungspflichten auferlegen, wie z. B. das planakzessorische Instrumentarium des StBFG und der Novelle zum BBauG. Ein Grenzfall dieser zweiten Gruppe sind die Regelungen, die einzelne Nutzungsrechte vom Grundeigentum abtrennen und einem speziellen Regime unterstellen. Diese Gestaltung findet sich seit jeher im Jagdrecht. Das Recht zur Benutzung des Grundwassers und der oberirdischen Gewässer, soweit diese nicht notwendig im Eigentum des Staates stehen (vgl. Art. 89 GG), ist durch das Wasserrecht und das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung der wirtschaftlich wesentlichen Bodenschätze ist durch das Bergrecht vom Grundeigentum abgespalten. Diese Rechte bestehen – auch seitens des Eigentümers – nur kraft verwaltungsrechtlicher Erlaubnis, Bewilligung oder Verleihung.

Das bisherige Naturschutzrecht hinderte den Eigentümer schutzwürdiger Flächen grundsätzlich an privatnütziger Veränderung der bestehenden Bodennutzung. Dem Entwurf für ein Bundesnaturschutzgesetz<sup>6</sup> liegt

<sup>5</sup> H. Westermann, Die Funktion des Nachbarrechts, in: Festschrift für Karl Larenz, 1973, S. 1003/1012, 1021.

<sup>6</sup> Entwurf des Bundesrates, BTag Ds. 7/3879, Begründung, Allgem. Teil, S. 17.

ein erweiterter Naturschutzbegriff zugrunde, für den der Wandel vom ehemals bewahrenden Naturschutz zum aktiven Naturschutz kennzeichnend ist. Nach § 1 Abs. 1 des Entwurfes

sind Natur und Landschaft im freien und besiedelten Bereich so zu schützen, zu pflegen und zu entwickeln, daß die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, die Nutzungsfähigkeit der Naturgüter, ihre Pflanzen- und Tierwelt, ihre Vielfalt, Eigenart und Schönheit und die Erholungsmöglichkeiten als Lebensgrundlage des Menschen nachhaltig gesichert werden.

Mit der transitiv auf Natur und Landschaft bezogenen Aufgabe der „Entwicklung“ fügt sich der Entwurf des Bundesnaturschutzgesetzes in die neuerdings zunehmend in den Vordergrund tretende Linie ein, die Staatsaufgaben und ihre Planung im Sinne der „Entwicklung“ von Sozialbereichen zu verstehen. Der Entwicklungsgedanke ist ein beherrschendes Prinzip auch der vorhandenen oder angestrebten Fortbildung der Strukturpolitik, der Raumordnung und des Städtebaurechts.

### *3. Raumordnung und Städtebau im größeren Zusammenhang der Strukturpolitik*

Die Raumordnungspolitik und die nach den Grundsätzen des Gegenstromprinzips aus den Zielen der Raumordnung und Landesplanung abgeleitete kommunale Bauleitplanung fügen sich in den größeren Zusammenhang der regionalen Strukturpolitik ein. Dieses wechselseitige Gefüge von Programmen und Maßnahmen mit raumbeeinflussender Wirkung läßt sich gut ablesen aus dem Vierten Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe ‚Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‘ vom März 1975 (BTag Ds. 7/3601), dem Bundesraumordnungsprogramm vom April 1975 (BTag Ds 7/3584) und dem zugleich vorgelegten Raumordnungsbericht 1974 der Bundesregierung (BTag Ds. 7/3582) sowie schließlich aus dem Städtebaubericht 1975 der Bundesregierung, ebenfalls vom April 1975 (BTag Ds. 7/3583).

Die hauptsächlichen Zielsetzungen der Strukturpolitik sind:

- Verbesserung der sozialen und technischen Infrastruktur,
- Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen,
- Begünstigung technologischer und wissenschaftlicher Entwicklungen von besonderer volkswirtschaftlicher Bedeutung,
- Umstrukturierung ländlicher Gebiete und solcher Gebiete, die eine unausgewogene Wirtschaftslage aufweisen.

Zur Verwirklichung der strukturpolitischen Ziele wird eine eigene Investitionstätigkeit der öffentlichen Hand entfaltet und werden Investitionen Privater durch Subventionen und steuerliche Vorteile angeregt und gefördert.

Als derzeitige Hauptaufgaben der Raumordnungspolitik sieht es die Bundesregierung an<sup>7</sup>:

- für die Bevölkerung in allen Teilräumen des Bundesgebietes die räumlichen Voraussetzungen für gleichwertige Lebensverhältnisse zu schaffen und
- die natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten, zu sichern und, wo nötig zu verbessern.

Dementsprechend strebt das Bundesraumordnungsprogramm eine Verbesserung der Infrastruktur einschließlich des Wohnungsbaus, der Umweltqualität und der regionalen Wirtschaftsstruktur an<sup>8</sup>. Es erfaßt mit seinen Zielsetzungen die vier Gebietskategorien der Verdichtungsräume, der ländlichen Gebiete, der Gebiete, die hinter der allgemeinen Entwicklung zurückgeblieben sind oder zurückzubleiben drohen, und des Zonenrandgebiets. Als wesentliches Instrument des Programms für die räumliche und sachliche Bündelung der jeweiligen Förderungsmaßnahmen und zugleich für die Verbesserung der Siedlungsstruktur dienen Entwicklungszentren und großräumig bedeutsame Achsen<sup>9</sup>.

Diese Leitlinien der Strukturpolitik und der Raumordnung sind, neben anderen, spezifischen Faktoren, ein Bestimmungsgrund der Städtebaupolitik. Im Städtebaubericht 1975 (BTag Ds. 7/3583) werden als derzeitige Problembereiche der Siedlungsentwicklung bezeichnet:

Wohnungsbau, Standortprobleme von Betrieben im Produktions- und Dienstleistungsbereich, Verkehr, Umweltschutz, soziale Infrastruktur, Erhaltungsaufgaben im Städtebau, Entwicklung und Nutzung der Siedlungsfläche.

Es liegt auf der Hand, daß das BBauG und das StBFG diesen Problembereichen nur ausschnittweise Rechnung tragen. Das StBFG gibt ein höchst kompliziertes Sonderrecht für Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen einschließlich der Finanzierungsbeteiligung des Bundes. Derzeit werden in 380 Städten und Gemeinden 448 Sanierungs- und 32 Entwicklungsmaßnahmen mit Bundesmitteln gefördert. Insgesamt hat der Bund 1971 bis 1975 Finanzhilfen in Höhe von 905 Millionen DM zur Verfügung gestellt und damit zusammen mit Landes- und Kommunalmitteln die Voraussetzungen für städtebauliche Investitionen in Höhe von 2,715 Milliarden DM geschaffen<sup>10</sup>.

Zu vermerken ist dazu, daß Planungen für großräumige Flächensanierungen und umfassende Funktions- und Strukturveränderungen in der Praxis in den Hintergrund getreten sind und daß bei der Anwendung

<sup>7</sup> Raumordnungsbericht aaO. S. 20.

<sup>8</sup> R. Buchsbaum, Das Bundesraumordnungsprogramm und seine Verbindlichkeit, DOV 75, 545.

<sup>9</sup> Bundesraumordnungsprogramm aaO. S. 4, 6, 10.

<sup>10</sup> Städtebaubericht aaO. S. 47, 49, 61.

des StBFG eine stärkere Zuwendung zur Objektsanierung zu beobachten ist. Dies steht im Zusammenhang mit dem größeren Gewicht, daß neuerdings die Erhaltungsaufgaben im Städtebau erlangt haben, nämlich die Erhaltung, Pflege, Modernisierung und Nutzung erhaltenswerten Bestandes an Gebäuden und öffentlichen und privaten Einrichtungen aller Art<sup>11</sup>.

Nach dem StBFG ist die Novelle zum BBauG, die gegenwärtig vom Bundestag beraten wird, ein weiterer Schritt zu einem umfassenden Städtebaurecht, das die öffentlichen und sozialen Erfordernisse hinsichtlich der städtebaulichen Bodennutzung zur Geltung zu bringen hätte. Die Novelle verbessert das städtebauliche Planungsrecht u. a. durch eine Neufassung der Grundsätze für die Bauleitplanung, durch die Berücksichtigung von Entwicklungsplanungen und durch die Zulassung differenzierterer Nutzungsfestsetzungen im Bebauungsplan. Sie gibt weiter der Gemeinde – in Anlehnung an das StBFG – ein planakzessorisches Instrumentarium zur Durchführung der Planung in die Hand. Darauf ist zurückzukommen.

Ein prägendes Kennzeichen der neueren Raumordnungs- und Städtebaupolitik ist die sich verstärkende Verwirklichung des Prinzips der Entwicklungsplanung. Die Tendenz, die landesplanerische, vorwiegend raumbezogene Planung zu einer Entwicklungsplanung mit Raum-, Zeit- und Ressourcenbezug umzuwandeln, ist in allen Bundesländern erkennbar<sup>12</sup>. Auf der kommunalen Ebene bedeutet das Prinzip der Entwicklungsplanung zunächst, daß die Gemeinde die Erfüllung ihrer Aufgaben im ganzen oder in Teilbereichen an einem zeitbestimmten Entwicklungskonzept orientiert und mit ihren Ressourcen, vor allem den verfügbaren Finanzmitteln abstimmt. Die städtebauliche Entwicklungsplanung als Ausschnitt aus der kommunalen Entwicklungsplanung projiziert die Ordnung und Entwicklung des Gemeindegebiets und schließt auch ein Programm der raumwirksamen Investitionen der Gemeinde ein.

Nach der Novelle zum BBauG bleibt es den Gemeinden und dem Gemeinderecht überlassen, ob eine städtebauliche Entwicklungsplanung aufgestellt wird. Soweit das jedoch der Fall ist, sind deren Ziele bei der Aufstellung der Bauleitpläne zu berücksichtigen.

Diese kommunalpolitische Wirksamkeit der Entwicklungsplanung ist jedoch nur die eine Seite. Für den hier zu überlegenden Zusammenhang interessiert ihre eigentumspolitische Tragweite. Die städtebauliche Entwicklungsplanung zielt jedenfalls für einzelne Grundstücke oder einzelne Teile des Gemeindegebiets darauf ab, die Festsetzungen des Bebauungs-

<sup>11</sup> Städtebaubericht aaO. S. 47, 49, 61.

<sup>12</sup> Raumordnungsbericht aaO. S. 109.

planes notfalls auch ohne Rücksicht auf die Initiative und Leistungsfähigkeit des Grundstückseigentümers in zeitbestimmter Planmäßigkeit zu verwirklichen. In dieser Hinsicht setzt das Prinzip der Entwicklungsplanung die kommunale Bestimmungsgewalt an die Stelle der privatautonomen und marktwirtschaftlichen Disposition über Art und Zeitpunkt der Bodennutzung.

Einer der Gründe des eigentumsgestaltenden Zugriffs der auf Durchführung angelegten Bauleitplanung ist die Verhinderung des „Verdrängungswettbewerbs“, d. h. der nur marktwirtschaftlichen Allokation, die bei einer auf bestimmte Zonen treffenden Übernachfrage die Nachfrage, also Nutzung, sich durchsetzen läßt, die aus dem Grundstück den höchsten Ertrag erzielen kann. Die dem zugrundeliegenden Nutzungskonkurrenzen und -konflikte für knappe Flächen charakterisieren die „Brennpunkte der Entwicklung“, die innerstädtischen und daran anschließenden Kernbereiche<sup>13</sup>.

Das Prinzip der Entwicklungsplanung, angewandt auf die städtebaulichen „Problemgebiete“, bedeutet den Umschlag der nur schrankenziehenden Nutzungsbindung, wie sie im wesentlichen in dem bisherigen Bauplanungsrecht verkörpert ist, in eine inhaltsbestimmende Nutzungsbindung, in eine funktionelle Inhaltsbestimmung des Grundeigentums. Dem Eigentümer verbleiben im Grenzfall gewisse, überdies durch Abschöpfungen zurückgeschnittene vermögenswerte Positionen, während die dem Eigentum innewohnenden Dispositionsrechte über die Bodennutzung auf die Exekutive und die Gemeinde übergehen. Dies kann schließlich bis zu der Gestaltung geführt werden, daß das Recht zur baulichen Nutzung eines Grundstücks vom Grundeigentum getrennt und von kommunaler Zuweisung im Wege privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Rechtsformen, also neuer Eigentumsnutzungsformen, abhängig gemacht wird.

Derartige Vorstellungen einer Neudefinition des Bodeneigentums<sup>14</sup>, bringen die Städtebaupolitik in Berührung mit einer grundsätzlichen gesellschaftspolitischen und bodenreformerischen Programmatik. Die Vorhaben zu einer Neudefinition des Grundeigentums, die auch eine Lösung des Bodenwertproblems verheißen, gehen über den Bodenreformartikel der WeimRVerf – Art. 155 – noch hinaus. Dort war neben anderem gesagt,

daß die Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens eine Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft ist und daß die Wertsteigerung des Bodens, die ohne eine Arbeits- oder Kapitalaufwendung auf das Grundstück entsteht, für die Gesamtheit nutzbar zu machen ist (Art. 155 Abs. 3).

<sup>13</sup> Städtebaubericht aaO. S. 9, 47 f., 55 f.

<sup>14</sup> Vgl. *H.-J. Vogel*, *Bodenrecht und Stadtentwicklung*, NJW 72, 1544.

In diesen Programmsätzen konnte man den Niederschlag einer neuen Auffassung vom Grundeigentum sehen und aus ihnen auch schließen, daß die Pflichten des Eigentümers nicht mehr Einschränkungen seiner theoretisch als absolut gedachten Willkürmacht seien, sondern als Funktionen der Eigentümerstellung zum Inhalt des Eigentums gehörten<sup>15</sup>. Doch verstand man das als Explikation der Sozialgebundenheit des Grundeigentums. Ausgangspunkt und Ziel des Art. 155 WeimRVerf waren das Privateigentum an Grund und Boden<sup>16</sup>. Eine gänzliche Abspaltung des Rechts zur städtebaulichen Nutzung vom Grundeigentum hebt demgegenüber die Privatnützigkeit des Grundeigentums im Kernpunkt auf.

## *II. Die privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Komplexität des Grundeigentums*

### *1. Privateigentum, Privatrecht und Privatautonomie*

Die schrankenziehenden und inhaltsbestimmenden Nutzungsbindungen des Grundeigentums begründen eine privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Komplexität, in der der sachenrechtliche Eigentumsbegriff sich kaum mehr als Grundsatz behaupten kann. „Was hat das Privatrecht“ – so lautet die von Baur gestellte Frage – „angesichts der Überflutung des Bodenrechts mit öffentlich-rechtlichen Regelungen überhaupt noch zu bedeuten?“ Die Frage berührt das Prinzipielle.

Der moderne Staat als demokratische Republik, sozialwissenschaftlich zum „politischen System“ säkularisiert, kann die gesellschaftlichen Beziehungen und die wirtschaftliche Freiheit nicht von sich trennen. Dennoch muß er als freiheitlicher Verfassungsstaat Privatautonomie und damit Privatrecht als selbständige und nicht vollständig auf das öffentliche Interesse zurückführbare Bestimmungsgründe des Soziallebens respektieren. Die klassische Polarität von privatem Eigentum und eingreifendem Staat konnte sich mit dem sinnfälligen und progressiven Grundgedanken rechtfertigen, daß die den Naturzustand zivilisierende bürgerliche Gesellschaft nur zum Schutz von Freiheit und Eigentum errichtet worden sei. Folgerichtig konnte die Pandektistik das Privatrecht auf dem Grundriß konstruieren, daß das nach aufgeklärtem Selbstinteresse handelnde Individuum ein mit autonomer Willensmacht ausgestattetes Rechtssubjekt sei und daß dieses Rechtssubjekt durch Vertragsfreiheit, Gewerbefreiheit und freie Verfügungsmacht über sein

<sup>15</sup> H. Erman, Artikel 155. Bodenrecht, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, III, 1930, S. 283/283 f., 291, 311.

<sup>16</sup> H. Erman aaO. S. 285.

Eigentum zur materiellen Bedürfnisbefriedigung gelangen werde<sup>17</sup>. Diesem Prinzip folgte auch – anders als das PreußALR – das Immobilienrecht des BGB, dabei rechtstechnisch den Umstand verdeckend, daß Nebengesetze und öffentliches Recht das Grundeigentum stets in immanenten Sozialbindungen festhielten.

Die auf der dogmatischen Ebene erreichte Geschlossenheit des Privatrechtssystems konnte die Auflösung ihrer materiellen Bedingungen nicht überdauern. Wie Wieacker schreibt<sup>18</sup>:

„Dieser Abdankung der liberalen Wirtschaftsgesellschaft entsprach der Zerfall ihrer größten juristischen Schöpfung, der Einheit des Privatrechts.“

Die heute zur Herrschaft gelangten politischen Grundsätze der Demokratie und des Sozialstaates lassen Privatrecht und Privatautonomie nicht mehr in der Rolle gewissermaßen „natürlicher“ Regeln der kommutativen Gerechtigkeit. Auch das Zivilrecht erweist sich in mehr oder minder großem Maße als Medium der Sozialgestaltung, so daß die zivilrechtlich zugewiesenen Befugnisse der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit und des Eigentums nach Maßgabe ihrer sozialen und öffentlichen Erheblichkeit durch die staatlich gesetzte Wirtschaftsverfassung gestaltet und inhaltlich bestimmt werden. Diese Rechte und Freiheiten verfügen, so gesehen, nicht mehr über eine vorstaatliche „Richtigkeitsgewähr“<sup>19</sup>. Das Zivilrecht kann jedoch, ohne sein unaufhebbares Lebensprinzip der Privatautonomie einschließlich der grundsätzlich privatautONOMEN Nutzung des Eigentums preiszugeben, dem sozialstaatlichen Gestaltungswillen nur begrenzt sich anpassen. Schon *Otto von Gierke*, dem die „sozialen Aufgaben des Privatrechts“ vor Augen standen und der den neuen Bedingungen mit dem „Sozialrecht“ jenseits der liberalen Dichotomie Rechnung zu tragen suchte, beharrte klarsichtig darauf, daß die Ordnungen des Privatrechts zu „Mitteln des Gesellschaftszwecks“ verkümmern müßten, wenn im Privatrecht nicht mehr das Individuum als Selbstzweck anerkannt würde<sup>20</sup>.

Der kategoriale Prüfstein ist somit nicht die Zugehörigkeit einer Regelung zum Zivilrecht oder zum öffentlichen Recht, sondern das in einer Regelung zur Geltung kommende Maß von Privatautonomie und privat-

<sup>17</sup> *L. Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. I, S. 101/102; *M. Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 44.

<sup>18</sup> Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 543.

<sup>19</sup> *L. Raiser*, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1/5 f.; *ders.*, Vertragsfunktion aaO. S. 105, 118 f., 131, 133; *ders.*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, S. 27, 29 f.; *W. Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. I, S. 135/137 ff.

<sup>20</sup> *Wieacker* aaO. S. 546 f.; *Bullinger* aaO. S. 55.

nützigem Gebrauch von Eigentum. Privatautonome Selbstbestimmung ist nicht notwendig mit dem Privatrecht und sozialgestaltende Verwirklichung der Gemeininteressen ist nicht notwendig mit dem öffentlichen Recht verbunden. Ebenso wenig wie die individuelle Freiheit ausschließlich durch das Privatrecht bestimmt wird, dürfen die notwendigen Bindungen individueller Rechte nicht schlechthin einer „von außen“ an die Freiheit herantretenden Zwangsordnung öffentlichen Rechts zugeschrieben werden<sup>21</sup>.

Diese Überlegungen gelten auch für das Grundeigentum. Eine „sachenrechtliche“ Umgestaltung des Bodenrechts, die das Recht zur baulichen Nutzung generell oder für die urbanisierten Flächen vom Eigentum abspalten würde, erfolgte zwar technisch mit den Mitteln des Zivilrechts, wäre aber substantiell die Herausnahme des Grundeigentums aus der Privatrechtsordnung. Von diesem radikalen Schnitt abgesehen, kann der städtebauliche Planungszugriff das Grundeigentum zwar schrankenziehend – wie bei der jetzigen Bauleitplanung – oder inhaltsbestimmend – wie bei einer entwicklungsplanerisch aktivierten Bauleitplanung – einbinden. Er kann sich aber nicht generell seines Gegenübers, der privatautonomen und privatnützigen Disposition über Grund und Boden, entledigen.

## 2. Privatrecht als Instrument öffentlicher Verwaltung?

Die städtebauliche Planung und Plandurchführung selbst ist stets Ausübung öffentlicher Gewalt, auch wenn sie sich privatrechtlicher Mittel bedient, wie des Erbbaurechts oder des Vorkaufsrechts. Das Zivilrecht kann hier, soweit es überhaupt ein Anwendungsfeld findet, nur instrumental, nicht aber seinem Prinzip nach zur Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse beitragen<sup>22</sup>. Denn die Planungsvollmacht der Exekutive und der Gemeinden wurzelt im verwaltungsrechtlichen Prinzip der hoheitlichen Bestimmung und Zuteilung.

Privatrechtliche Gestaltungsmittel als Instrument öffentlicher Verwaltung unterliegen nach der von *Wolfgang Siebert* und *Hans J. Wolff* begründeten Lehre dem „Verwaltungsprivatrecht“<sup>23</sup>. Verwaltungsprivatrechtliche Rechtsverhältnisse werden nicht vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht, sondern von den Regeln verwaltungsrechtlichen

<sup>21</sup> *Bullinger* aaO. S. 113 f.

<sup>22</sup> *A. Meier-Hayoz*, Vom Wesen des Eigentums, in: Festgabe für Karl Oftinger, 1969, S. 171/182.

<sup>23</sup> *W. Siebert*, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, 1953, S. 215; *Hans J. Wolff/O. Bachof*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 23 II b.



Handelns. Auch wenn Haftung und Rechtsweg der privatrechtlichen Einkleidung des Rechtsverhältnisses folgen, ist das Privatrecht hier Instrument heteronomer Zwecke<sup>24</sup>. Es trägt hier nicht durch seine ihm eigentümlichen Regelungsgesetze zur Lösung städtebaulicher Probleme bei.

Soweit die Gemeinden zur Erfüllung städtebaulicher Aufgaben Rechtsverhältnisse durch Vertrag begründen, ist nicht selten zweifelhaft, ob die Rechtsbeziehungen dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören. Dies hängt nach allgemeinen Grundsätzen vom Gegenstand des Vertrages ab. Öffentlich-rechtlicher Natur sind – nach dem Vorbilde der Unternehmerverträge des preußischen Fluchtlinienrechts – die Erschließungsverträge nach § 123 Abs. 3 BBauG<sup>25</sup>. Privatrechtlicher Natur sind dagegen Erbbaurechtsverträge, mit denen die Gemeinde die Nutzung an eigenen Grundstücken vergibt.

Zweifelhaft ist, wie es sich mit den Verträgen verhält, die von der Gemeinde kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung im Rahmen von Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen abgeschlossen werden können. Nach § 13 Abs. 1 StBFG kann die Gemeinde die Durchführung der Ordnungsmaßnahmen im Sanierungsgebiet aufgrund Vertrages ganz oder teilweise dem Eigentümer überlassen.

Zu den Ordnungsmaßnahmen gehören die Bodenordnung, der Umzug der Bewohner und Betriebe, die Beseitigung baulicher Anlagen, die Erschließung sowie sonstige Maßnahmen, die notwendig sind, damit die Baumaßnahmen durchgeführt werden können (§ 12 Abs. 1 S. 2 Nr. 1).

Der Eigentümer disponiert in einem solchen Vertrag auch über sein Grundeigentum, als wesentlichen Vertragsgegenstand wird man jedoch die Durchführung der Sanierung hinsichtlich der grundsätzlich der Gemeinde vorbehaltenen Ordnungsmaßnahmen ansehen müssen. Damit wäre der Vertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen<sup>26</sup>. Nach demselben Gesichtspunkt spricht auch mehr dafür, die vertragliche „Beauftragung“ eines Sanierungs- oder Entwicklungsträgers nach §§ 33 ff. bzw. § 55 StBFG als öffentlich-rechtlich einzustufen, obwohl in der Begründung des Regierungsentwurfs hierzu von einer „Geschäftsbesorgung im Sinne des bürgerlichen Rechts“ die Rede war<sup>27</sup>. Dem Siedlungsträger dürfen zwar hoheitliche Befugnisse nicht übertragen werden (§ 33 Abs. 4 StBFG) und

<sup>24</sup> *L. Raiser*, Zukunft aaO. S. 12.

<sup>25</sup> *H. Schrödter*, Bundesbaugesetz, 3. Aufl., 1973, § 123, RNrn. 15 ff.

<sup>26</sup> *L. Mainczyk*, Städtebauförderungsgesetz, 1971, § 13, Anm. 1.

<sup>27</sup> *L. Mainczyk* aaO. § 35 Anm. 2; *W. Bielenberg*, Städtebauförderungsgesetz, 1973, § 35, RNr. 9; *H.-G. Lange* u. a., Städtebauförderungsgesetz (Kohlhammer Kommentar zum BBauG), 1974, § 35, RNr. 32 ff., und § 35, RNrn. 8 ff., 21 f. Abw. Auff.: *S. Heitzer/E. Oestreicher*, Bundesbaugesetz und Städtebauförderungsgesetz, 5. Aufl., 1973, § 35, Anm. 2.

das Gesetz benutzt mit den Worten „Beauftragter“ und „Treuhänder“ eine zivilistische Sprache. Als entscheidend wird aber gelten müssen, daß Vertragsgegenstand die nähere Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Siedlungsträgers bei der Erfüllung der ihm von der Gemeinde übertragenen Sanierungs- oder Entwicklungsaufgabe ist.

Bei allen diesen Verträgen zur Erfüllung städtebaulicher Verwaltungsaufgaben, seien sie öffentlich-rechtlicher oder verwaltungsprivatrechtlicher Natur, handelt es sich nicht um die Begründung und Ausgestaltung „fiskalischer“ Rechtsbeziehungen kraft Privatautonomie. Der Vertrag als gegenseitiges Rechtsgeschäft wird hier wegen der Flexibilität der Gestaltungsmöglichkeiten einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung dienstbar gemacht. Die Gemeinde handelt dabei auf der Grundlage des Gesetzes und der normativen Planungsakte und kann die ihr vorgegebene Reichweite der Befugnisse nicht im Wege der Vereinbarung erweitern. Der ihr vom Gesetz zugemessene Spielraum, ihre verwaltungsrechtliche „Vertragsfreiheit“, eröffnet, vor allem bei den Verträgen mit Siedlungsträgern, auch bedenkliche Möglichkeiten<sup>28</sup>. Die Gemeinde kann hier in schon auf die Bauleitplanung zurückwirkende Abhängigkeiten geraten.

## *B. Das Grundeigentum unter dem Regime städtebaulicher Planung*

### *1. Die Planungsbetroffenheit des einzelnen Grundstücks*

#### *1. Gestaltungswirkung der Entwicklungsplanung*

Die bisher angestellten allgemeinen Überlegungen zu den bodenpolitischen Zielen und den städtebaulichen Aufgaben sind nun noch fortzuführen zu einer Betrachtung der rechtlichen Situation, in der sich das Grundeigentum unter dem Regime der städtebaulichen Planung befindet, bis hin zu der Planungsbetroffenheit des einzelnen Grundstücks.

In den begrenzten Gebieten, die von städtebaulichen Sanierungs- oder Entwicklungsmaßnahmen erfaßt werden, sieht sich das Grundeigentum einem auf Durchführung, auf aktive Herbeiführung bestimmter Nutzungen abzielenden Planungsinteresse gegenüber. Das ist grundsätzlich nicht die Lage des Grundeigentums unter dem Regime des allgemeinen Bauplanungsrechts. Dieses beläßt die Nutzungsverantwortung beim privatrechtlich Verfügungsberechtigten und unterwirft dessen Initiative und

<sup>28</sup> E. Schuegref, Die Problematik kommunaler Entwicklungsgesellschaften im Städtebau, NJW 64, 2088. Weniger kritisch G. Püttner, Städtebau und Privatrecht, AfK 5, 1966, S. 112.

Nutzungsinteresse lediglich einer schrankenziehenden öffentlichen Kontrolle. Wenn auch die bauliche Nutzung eines Grundstücks die vorgängige Bauleitplanung der Gemeinde voraussetzt oder jedenfalls im Einzelfall als städtebaulich unbedenklich zugelassen werden muß, so beschränkt sich doch die städtebauliche Planungsentscheidung darauf, eine Vorbedingung der privaten Nutzung zu sein, also die funktionsgerechte Verwendung des Grundstücks im Sinne der Privatnützigkeit nur rahmensetzend zu überwachen. Art und Zeitmaß der städtebaulichen Entwicklung im einzelnen wie im ganzen bleiben der planerisch nur geordneten Privatinitiative und dem Bodenmarkt überlassen. Anpassungs-, Bau- und sonstige Nutzungspflichten werden durch die Bauleitpläne nicht begründet, so daß die Verwirklichung des in ihnen niedergelegten städtebaulichen Konzepts, vorbehaltlich der Möglichkeit einer Enteignung, von der Initiative und Leistungsfähigkeit der Grundeigentümer abhängig bleibt. Diese Verbindung privater Dispositionsfreiheit und öffentlicher Lenkung folgt dem Grundmuster sozialstaatlich gebundener Privatautonomie und Privatnützigkeit des Eigentums.

Im Gegensatz dazu verlagert das folgerichtig durchgeführte Prinzip der Entwicklungsplanung die Nutzungsverantwortung für die erfaßten Flächen jedenfalls in letzter Instanz und je nach der Differenziertheit der planerisch festgesetzten Nutzung in unterschiedlicher Konkretheit auf die Exekutive und die Gemeinde. In diesem Prinzip wird die städtebauliche Umgestaltung des Grundeigentums greifbar. Es läßt im Grenzfall die Sozialbindung des Grundeigentums in einer funktionellen Inhaltsbestimmung des Eigentums aufgehen. Die Stellung der Gemeinde als Trägerin der Bauleitplanung wird durch den Übergang zur Entwicklungsplanung zu einer neuen räumlich bestimmten Verantwortung als Leistungsträger.

Dem ihr so zuwachsenden Eingriffs- und Gestaltungspotential korrespondiert allerdings wegen des durch die Gemeinde allein nicht zu deckenden Finanzbedarfs und wegen der notwendigen Einfügung in überörtliche Entwicklungskonzepte eine gesteigerte Abhängigkeit vom Staat, die erheblich über die raumordnerischen Anpassungspflichten hinausgeht<sup>29</sup>.

Diese Auswirkungen können hier auf sich beruhen bleiben. Hier interessiert das mit einer konsequent verwirklichten Stadtentwicklung den Kommunen zufallende Potential zur Verfügung über die Rechtsform und die Verteilung des Grundeigentums im Gemeindegebiet.

In dieser Hinsicht ist erneut zu unterstreichen, daß der Entwurf der Novelle zum BBauG auf eine selbständige Institutionalisierung der Ent-

---

<sup>29</sup> P. Badura, Entwicklungsplanung und gemeindliche Selbstverwaltung, in: Festschrift für Werner Weber, 1974, S. 911.

wicklungsplanung verzichtet<sup>30</sup>. Der Entwurf nimmt jedoch insofern den Gedanken der aktiven Stadtentwicklung auf, als er die Regelungen des StBFG über das planakzessorische Instrumentarium generalisiert und weiterbildet. Damit werden den Gemeinden Ermächtigungen zur Verfügung gestellt, mit denen bei hinreichendem Vollzugsinteresse die Festsetzungen eines Bebauungsplanes gegenüber einzelnen Grundstücken zur Geltung gebracht werden können. Diese Ermächtigungen schließen eigentumsgestaltende Vollmachten ein, ebenso wie die ebenfalls in Anlehnung an das StBFG vorgesehenen Möglichkeiten, Reprivatisierungen mit Hilfe von Eigentumssurrogaten vorzunehmen, vor allem wenn man die auch angestrebte Begünstigung der gemeindlichen Bodenvorratspolitik berücksichtigt. Im Zusammenwirken weisen diese städtebaurechtlichen Befugnisse den Gemeinden eine nicht unbeträchtliche eigentumspolitische Gestaltungsmacht zu. Dieser Punkt ist noch etwas zu vertiefen.

## *2. Eigentumspolitische Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde*

Ein leitender Grundsatz des BBauG ist es, daß die bauliche Nutzung eines Grundstücks nur nach Maßgabe vorbestimmter Kriterien städtebaulicher Unbedenklichkeit zuzulassen ist. Diese Kriterien sind, soweit sie nicht gesetzlich festliegen, der vorgängigen Bauleitplanung der Gemeinde zu entnehmen, die sich abschließend und verbindlich im Bebauungsplan äußert. In Ermangelung eines qualifizierten Bebauungsplanes sind die Maßstäbe aus der vorhandenen Bebauung zu gewinnen oder – im Außenbereich – in den sehr eng gezogenen Ausnahmen vom grundsätzlichen Bauverbot zu finden. Im nichtbeplanten Innenbereich wie im Außenbereich sind greifbare Planungsvorstellungen der Gemeinde zusätzlich zu berücksichtigen. Die Bauleitpläne sind von der Gemeinde aufzustellen, sobald und soweit es erforderlich ist. Auf Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen besteht ein individueller Anspruch jedoch nicht (§ 2 Abs. 9 BBauG).

Die normativen und die konkreten Planungsentscheidungen der Gemeinde sind gesetzlich bestimmt und begrenzt, beruhen aber auf der Ausübung von Planungsermessen. In die diesem Ermessen immanente Abwägung und Ausgleich der berührten Belange geht das konkrete Grundeigentum als Element der privaten Belange ein. Die eigentumsgestaltende Tragweite des Planungsermessens zeigt sich besonders deutlich darin, daß die Art und Weise der ein Grundstück treffenden planerischen Festsetzungen nicht schon durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit be-

<sup>30</sup> W. Bielenberg, Einige planungsrechtliche Grundsatzprobleme der Novelle zum Bundesbaugesetz, DÖV 75, 289.

grenzt ist<sup>31</sup>. Die Planungsentscheidungen besitzen dadurch ein Element der Zuteilung von Nutzungsmöglichkeiten. Dem entspricht verfahrensrechtlich und materiell eine teilhaberechtliche Dimension des Eigentums.

Die Novelle zum BBauG hält an diesen Grundfiguren der kommunalen Bauleitplanung fest, verbindet sie jedoch mit dem Gedanken der aktiven Stadtentwicklung, ohne allerdings ein obligatorisches oder auch nur selbständiges Verfahren der städtebaulichen Entwicklungsplanung vorzuschreiben. Sofern die Gemeinde eine städtebauliche Entwicklungsplanung aufstellt, so ist diese den Zielen der Raumordnung und Landesplanung anzupassen und haben die Bauleitpläne die Entwicklungsziele zu berücksichtigen. Im Flächennutzungsplan ist für das ganze Gemeindegebiet die beabsichtigte städtebauliche Entwicklung und die sich daraus ergebende Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen darzustellen (§ 5 Abs. 1 in der Ausschlußfassung) und kann auch die beabsichtigte Reihenfolge für die Verwirklichung der Planung dargestellt werden (§ 5 Abs. 2 a n. F.).

Das neue planakzessorische Instrumentarium (§§ 39 a ff. n. F.) erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen die Durchführung planerischer Festsetzungen im Einzelfall, diesseits der Schwelle der Enteignung. Die in diesem Rahmen vorgesehenen Anordnungen sind das Bau- und Pflanzgebot, das Nutzungsgebot, das Abbruchgebot, das Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot und die Versagung der Genehmigung für den Abbruch, den Umbau oder die Änderung baulicher Anlagen im Erhaltungsinteresse. In allen Fällen genügt das allgemeine Plandurchführungsinteresse nicht; die Anordnungen müssen zusätzlich aus konkreten städtebaulichen Gründen erforderlich sein. Baugebot und Nutzungsgebot müssen unterbleiben, wenn die Durchführung des Vorhabens einem Eigentümer aus wirtschaftlichen Gründen nicht zuzumuten ist (§§ 39 b Abs. 1 Satz 2, 39 c Abs. 1 Satz 2 der Ausschlußfassung). Die dem Erhaltungsinteresse dienende Versagung einer Genehmigung ist ausgeschlossen, wenn auch unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls die Erhaltung des Gebäudes wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist, es sei denn, daß die Erhaltung aus Gründen der Baugestaltung geboten ist (§ 39 h Abs. 6 der Ausschlußfassung). Diese Regelungen zeigen, daß die Novelle zum BBauG auch hinsichtlich des planakzessorischen Instrumentariums die Nutzungsverantwortung für das Grundstück beim Eigentümer beläßt und nicht auf die Gemeinde überführt. Nur sofern das aus städtebaulichen Gründen nicht tragbar ist, kann es – wie bisher – zu einer Enteignung kommen,

---

<sup>31</sup> W. Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 64, 165; ders., Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl. 74, 641; BVerwGE 38, 152/157.

mit der die Gemeinde dann die sachenrechtliche Zuständigkeit insgesamt erhält.

Das eigentumsgestaltende Potential der Gemeinde ist bei den planungsrechtlichen Vollmachten besonders auffällig. Es ist jedoch von mindestens dem gleichen Gewicht in dem Bereich, der sich der Gemeinde als Grundeigentümerin eröffnet, wo sie also mit zivilrechtlichen Mitteln Grundeigentum oder eigentumsähnliche Rechte reprivatisiert oder sonst zuteilt, um städtebauliche oder sonstige öffentliche Ziele zu verwirklichen. Die durch die Novelle, besonders mit der erheblichen Erweiterung kommunaler Vorkaufsrechte, begünstigte Bodenvorratspolitik der Gemeinde kann hierzu einen größeren Spielraum geben.

Es kommt hinzu, daß in den neugefaßten Richtlinien für die Bauleitplanung, über die städtebaulichen Belange im eigentlichen Sinn hinaus, nunmehr die „Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung“ erscheint; in § 1 Abs. 4 BBauG war bisher nur von der Förderung der Eigentumsbildung im Wohnungswesen die Rede. In Anknüpfung an das StBFG spricht die Novelle im Rahmen der Reprivatisierungsregelungen von der „Berücksichtigung weiter Kreise der Bevölkerung“ (§§ 26 Abs. 2, 89 Abs. 2 n. F.) und gestattet die Novelle in gewissem Umfang die Ausgabe von Eigentumsurrogaten. Als derartige eigentumsähnliche Rechte zählt § 22 Abs. 3 StBFG auf:

- Miteigentum an einem Grundstück, grundstücksgleichen Rechten oder Rechten nach dem WohnungseigentumsG,
- sonstige dingliche Rechte und
- Immobilienfondsanteile.

Weitere Rechtsformen gibt § 25 Abs. 3 StBFG an.

Diese Rechte, die in den durch die Novelle neugefaßten Reprivatisierungsvorschriften wiederkehren (§§ 26 Abs. 2 Satz 3, 89 Abs. 3, 101 Abs. 1 Nr. 1), sind dem Grundeigentum, dem „Parzelleneigentum“, nicht gleichwertig. Daraus, daß der Schutzbereich der Eigentumsgarantie über das sachenrechtliche Eigentum hinaus auf alle wirtschaftlich als „Eigentum“ fungierenden vermögenswerten Rechte erstreckt worden ist, ist für die eigentumsrechtliche Zuordnung der Sachgüter nicht zu folgern, daß das Sacheigentum beliebig und maßstabslos durch eigentumsähnliche Rechtsformen verdrängt werden dürfte, die lediglich einzelne Nutzungsausschnitte des Sachgutes, hier des Grund und Bodens, zuteilen<sup>32</sup>. Aus rechtsstaatlichen Gründen erscheint es unumgänglich, daß das Gesetz die eigentumspolitische Gestaltungsfreiheit der Gemeinde im Städtebaurecht bei

<sup>32</sup> P. Badura, Der verfassungsrechtliche Rahmen der Baugesetznovelle, 33. Sitzung des Ausschusses für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau des Dt. Bundestages, Stenogr. Protokoll, S. 94/99 ff.

der „Wahl“ jener „Rechtsformen“ und auch sonst soweit wie irgend möglich an fest umschriebene Voraussetzungen bindet. Dies gilt unbeschadet der anzuerkennenden Notwendigkeit, der Gemeinde für städtebauliche Zwecke dem Eigentum funktionell gleichwertige Bodennutzungsrechte zur Verfügung zu stellen<sup>33</sup>.

Zu diesem Punkt sei abschließend noch darauf hingewiesen, daß wegen des kommunalen Ermessens den Veräußerungspflichten der Gemeinde grundsätzlich individuelle Ansprüche auf Eigentumsübertragung nicht korrespondieren. Ein Rechtsschutz der durch die gesetzlichen Ermessensregeln begünstigten Destinatäre wird im Regelfall nur durch verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage möglich sein, wenn die Gemeinde die Zugehörigkeit zu dem zu begünstigenden Personenkreis und damit das Bestehen des die Begünstigung begründenden Rechtsverhältnisses bestreitet<sup>34</sup>.

### 3. Weitergreifende Lösungsmöglichkeiten und Programme

Das novellierte BBauG wird, wenn die Novelle auf der Linie des Entwurfs verabschiedet werden sollte, das Instrumentarium der städtebaulichen Planung deutlich erweitern und – durch die hier nicht behandelte Abschöpfung der maßnahmenbedingten Mehrwerte – für bestimmte Flächen die Zuteilungsordnung der Bodenwerte ändern. Dennoch wird es noch hinter dem zurückbleiben, was jedenfalls für städtebauliche „Problemgebiete“ an Beeinflussungsmöglichkeiten für die Bodennutzung und für den Bodenwert weiterhin für notwendig gehalten wird. Als Problemgebiete sind die Kerngebiete der städtischen Verdichtungsräume mit hoher Nutzungskonkurrenz und raschem Nutzungswandel sowie Flächen mit städtebaulich unausgewogener Nutzungsstruktur zu betrachten.

Unter den hierzu, zum Teil schon seit längerem existierenden Lösungsvorschlägen und Programmen lassen sich mit einer gewissen Vereinfachung zwei Hauptprojekte unterscheiden. Der eine Vorschlag geht – festhaltend an dem überkommenen sachenrechtlichen Eigentumsbegriff – dahin, das Recht zur Bebauung und baulichen Nutzung zu verselbständigen und einer mehr oder weniger umfassenden städtebaulichen Gestaltungsmacht der Gemeinde zu unterwerfen. Dies bedingt die Entwicklung neuer privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Rechtsformen der Bodennutzung<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> W. Bielenberg, Verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie und Sozialbindung im Städtebau, DVBl. 71, 441/449; ders., Empfehlen sich weitere bodenrechtliche Vorschriften im städtebaulichen Bereich? 49. DJT, Gutachten B, B 14.

<sup>34</sup> H. J. Tittel, Der Schutz des Bodeneigentums im Städtebauförderungsgesetz, WiR 74, 345/361 f.

<sup>35</sup> E. Forsthoff, Die Sozialgebundenheit des Eigentums auf dem Gebiet des Baurechts, BBauBl. 52, 179/181 unter Bezugnahme auf das Gutachten des Wein-

Der andere Vorschlag zielt auf eine Spaltung des städtebaulichen Grundeigentums in ein Verfügungseigentum der Gemeinde und ein an Private ausgegebenes Nutzungseigentum ab.

Eine Verselbständigung des Rechts zur baulichen Nutzung kann mit öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Nutzungsrechtsgestaltungen verbunden werden. In beiden Fällen bedarf es eines besonderen Normativaktes, der die zu erfassenden Flächen dem neuen Nutzungsregime unterstellt. Bei öffentlich-rechtlicher Gestaltung ist die bauliche Nutzung eines Grundstücks Gegenstand einer Nutzungsbestimmung durch Verwaltungsakt. Der mögliche Inhalt der Nutzungsbestimmung ist durch das Gesetz und die entwicklungsplanerisch aktivierte Bauleitplanung vorzuzeichnen. Die privatrechtliche Gestaltung, für die sich eine städtebauliche Fortbildung des Erbbaurechts anbietet, setzt voraus, daß die Gemeinde Eigentümerin der betroffenen Grundstücke ist und daß eine gesetzliche Pflicht der Gemeinde besteht, über diese Grundstücke nur im Wege von Erbbaurechten zu verfügen. Auswahlkriterien für mögliche Berechtigte und zwingende Vergabebedingungen müßten, neben anderem, in einer novellierten ErbbauVO geregelt werden.

Beide denkbaren Gestaltungsformen müßten der Gemeinde, die damit in die Nutzungsverantwortung für die Grundstücke einrückt, einen hinreichenden Spielraum für die konkrete Festlegung bzw. Vereinbarung der gewünschten Nutzung lassen, könnten aber nur streng akzessorisch zu einem Bebauungsplan sein. Das Gesetz müßte die möglichen Festsetzungen des Bebauungsplans angeben, die möglichen Inhalte der Nutzungsrechte umreißen und die materiellen Bedingungen bestimmen, die eine gebietsmäßige Ausweisung des neuen Nutzungsregimes zulassen. Es wird als eine elementare rechtsstaatliche Voraussetzung anzusehen sein, daß die Befugnis, das neue Nutzungsregime einzuführen, und die Möglichkeit, von dessen Gestaltungsvollmachten Gebrauch zu machen, nicht in derselben Hand liegen. D. h. praktisch, daß es nicht allein Sache der Gemeinde sein könnte, über die Einführung des erweiterten Nutzungsregimes zu befinden.

Diesen Anforderungen tragen die bisher bekannt gewordenen Darstellungen des zweiten bodenpolitischen Reformvorschlages nicht Rechnung, der von der Kommission Bodenrechtsreform beim Parteivorstand der SPD, zuletzt in den Beschlüssen vom Dezember 1974, vertreten wird und sich als eine „eigentumsrechtliche Lösung“ zur Reform der Boden-

heimer Ausschusses; *W. Geiger*, Zur Abgrenzung der Eigentumsbeschränkung vom Enteignungstatbestand, in: *Grundeigentum – Inhalt und Schranken*, Hefte der Deutschen Gesellschaft für Agrarrecht, 1971, S. 28/33, 37; *W. Opfermann*, Bodenspekulation oder sozialer Städtebau, ZRP 72, 195/196; *W. Bielenberg*, Bodenrecht und Bodenrechtspolitik, 1975, S. 21 f.



ordnung bezeichnet. Dieser Vorschlag sprengt die geltende Eigentumsordnung, indem er das urbane Grundeigentum in zwei neue, auch „Eigentum“ genannte Rechte aufspaltet.

Das „Verfügungseigentum“ läßt der Gemeinde den Bodenwert und seine Steigerungen ohne weiteres zuwachsen und setzt die Gemeinde dazu in stand, die jeweils für wünschenswert gehaltene und vom „Nutzungseigentümer“ auszuübende Bodennutzung flexibel bestimmen zu können. Je nach den innerhalb eines gesetzlich vorgezeichneten Rahmens vertraglich festzulegenden Bedingungen ist der Inhalt des „Nutzungseigentums“, das als befristetes dingliches Recht gedacht ist, verschieden. Entgegen der Regel des § 94 BGB sind die Gebäude und Anlagen auf dem Grundstück Gegenstand eines Sondereigentums, das offenbar mit dem „Nutzungseigentum“ verbunden sein soll. Sie sind also wohl als Scheinbestandteile nach § 95 BGB zu behandeln. Das „Verfügungseigentum“ ist der Sache nach Grundeigentum der Gemeinde, wenn auch auf die städtebauliche Nutzung festgelegt und zwingend durch das auszubehende „Nutzungseigentum“ Dritter beschränkt. Die erfaßten Flächen sind kraft der städtebaulichen Widmung eine neue Gattung öffentlicher Sachen. Das „Nutzungseigentum“, ein veräußerliches und vererbbares Nutzungsrecht an einem Grundstück, ist der Sache nach nicht „Eigentum“, sondern ein beschränktes dingliches Recht an dem Grundeigentum der Gemeinde.

Die Einführung dieser Rechtsinstitute ist ohne Flächenenteignung oder Sozialisierung nicht möglich. Sofern damit das städtebauliche Grundeigentum insgesamt überzogen werden sollte, wäre wegen Verletzung der Institutsgarantie des Eigentums überhaupt nur der Weg der Vergesellschaftung vorstellbar<sup>36</sup>. *Harry Westermann* hat die rechtssystematische Unklarheit und verfassungsrechtliche Angreifbarkeit des Vorschlags in einem ausführlichen Gutachten dargestellt<sup>37</sup>.

Es verdient hervorgehoben zu werden, daß diese „eigentumsrechtliche Lösung“ in der jüngsten Ausarbeitung der SPD-Bodenrechtskommission nur auf städtebauliche Problemgebiete angewandt wird. Es wird vorgeschlagen, das in diesen Gebieten bestehende Grundeigentum langfristig aufgrund eines Enteignungsgesetzes – also nicht nach Art. 15 GG – und durch kommunale Satzungen in Verfügungseigentum der Gemeinden zu überführen, nachdem jeweils vorher für das Gebiet in Konkretisierung des Bebauungsplanes ein „mittelfristiges Nutzungsprogramm“ aufge-

<sup>36</sup> *Th. Maunz*, Neue Entwicklungen im öffentlichen Bodenrecht, BayVbl. 73, 569; *ders.*, Bodenrecht vor den Schranken des Grundgesetzes, DÖV 75, 1; *W. Rühner*, Bodenordnung und Eigentumsgarantie, JuS 73, 593/594.

<sup>37</sup> Zulässigkeit und Folgen einer Aufspaltung des Bodeneigentums in Verfügungs- und Nutzungseigentum, 1974.

stellt worden ist. Nach Maßgabe dieser normativen Ermächtigungen soll die Vergabe der Nutzungsrechte im Vertragswege erfolgen, und zwar nach öffentlicher Ausschreibung. Die Vergabe der Rechte soll im Vollzug und in den Grenzen der normativen Nutzungsfestsetzungen stattfinden, die Auswahl des Nutzungsberechtigten sich aber im Regelfall nach dem Höchstgebot richten. Ein Abweichen von diesem Regelfall soll im Einzelfall zu begründen sein; es bleibt allerdings undeutlich, nach welchen Kriterien das möglich ist. Der Bodenmarkt in den Problemgebieten würde sich so in einen von der Gemeinde beherrschten Markt von Nutzungsrechten verwandeln.

Es liegt nahe, gegen diese Konstruktion – von anderem abgesehen – den Vorwurf einer unnötigen und unübersichtlichen Systemwidrigkeit zu ergeben. Sachlich kommt der Vorschlag einem weitergebildeten Erbbaurecht nahe. In das Votum der SPD-Bodenrechtskommission ist so auch folgerichtig der Passus aufgenommen, daß die Kommission mehrheitlich auch den Weg für möglich hält, über das ebenfalls vorgeschlagene erweiterte städtebauliche Erbbaurecht zum Rechtsinstitut Verfügungs- und Nutzungseigentum nach Art. 14 Abs. 3 GG zu gelangen. Der politische Kern des Vorschlags ist nicht die komplizierte Idee eines gespaltenen Eigentums, sondern die Kommunalisierung des Bodens in den städtebaulichen Problemgebieten in der Absicht einer „flexiblen Nutzungssteuerung bei weitgehender Ausschaltung spekulativer Nachfrage“.

## *II. Baurecht und „Baufreiheit“*

### *1. Das Recht zur baulichen Nutzung eines Grundstücks*

Die verschiedenartigen Vorschläge und Programme zur bodenpolitischen Fortbildung oder Umgestaltung der Eigentumsverfassung haben eines gemeinsam: Die Verabschiedung des bisher für das materielle Baurecht maßgebenden Grundsatzes der Baufreiheit.

In der Baufreiheit hat die privatrechtlich/öffentlich-rechtliche Zweischlichtigkeit des Grundeigentums im geltenden Recht ihren leitenden Grundsatz. Dieser Zusammenhang tritt anschaulich in der verwaltungsrechtlichen Konstruktion der baurechtlichen Genehmigungspflicht und der Baugenehmigung zutage.

Die Baugenehmigung ist die formelle Voraussetzung dafür, daß der Verfügungsberechtigte ein Grundstück durch die Errichtung, wesentliche Änderung oder Beseitigung baulicher Anlagen nutzen darf. Genehmigungsverfahren und Baugenehmigung beruhen materiell-rechtlich auf der

gesetzlichen Genehmigungspflicht für die erfaßten baulichen Nutzungen. Die Genehmigungspflicht ist ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Dieses Verbot hat den nur formellen, aufsichtstechnischen Grund, der Behörde in jedem Fall einer Bauführung die vorherige öffentlich-rechtliche Beaufsichtigung des Vorhabens zu ermöglichen. Dementsprechend ist die Baugenehmigung die Erklärung der Behörde, daß der beabsichtigten Bauführung nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht Hindernisse nicht entgegenstehen. Wenn das Vorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht, hat der Bauherr einen baurechtlichen Anspruch auf Ausführung des Vorhabens und dementsprechend einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung. Die Baugenehmigung ist eine gebundene Erlaubnis, die das Bestehen des baurechtlichen Anspruchs feststellt und die Ausführung des Vorhabens aufgrund dieses Anspruches freigibt. Sie schafft nicht erst – rechtsverleihend, konstitutiv – das Recht des Bauherrn auf die angestrebte bauliche Nutzung des Grundstücks<sup>38</sup>. Diese Rechtslage ist in der Gerichtspraxis auch so ausgedrückt worden, daß der Bauherr einen „aus der Baufreiheit sich ergebenden baurechtlichen Anspruch“<sup>39</sup> geltend mache, wenn er die Baugenehmigung beantrage, und daß die Baugenehmigung die hoheitliche Feststellung der Behörde sei, „daß die durch die Rechtsordnung bestimmten Einschränkungen der Baufreiheit beachtet sind“<sup>40</sup>.

Abweichend von der geschilderten Grundsituation hat die Baugenehmigung rechtsverleihende Bedeutung insoweit, als sie in einzelnen Hinsichten nur aufgrund einer Ausnahmegewilligung oder einer Befreiung ergehen konnte. In diesem Fall kann sie auch widerrufen sein<sup>41</sup> oder durch eine Befristung beschränkt werden<sup>42</sup>.

Der Grundsatz der Baufreiheit hat nach dem Gesagten den Inhalt, daß das Grundeigentum auch das Recht umschließt, das Grundstück nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Bindungen baulich zu nutzen, und daß im Rahmen der gesetzlichen Bindungen ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Zulassung einer Bauführung besteht<sup>43</sup>.

Der Grundsatz der Baufreiheit fällt in den Schutzbereich der Eigen-

---

<sup>38</sup> PrOVGE 98, 220; RVerwGE 2, 49, BVerwGE 16, 116/120; BVerwG BayVerwBl. 64, 18 u. 65, 382; BGH DVBl. 73, 918; BayVGHE 4, 5; OVG Berlin BRS 22 Nr. 141; OVG Lüneburg BRS 18 Nr. 113; WürttBad VGH DÖV 52, 604. *W. Scheerbarth*, Das allgem. Bauordnungsrecht, 2. Aufl., 1966, S. 348 ff.; *J. Kersten*, Die Baugenehmigung als sachbezogener Verwaltungsakt, BayVerwBl. 61, 233; *Th. Maunz*, Bodenrecht aaO. S. 5; *H. Schrödter*, 25 Jahre verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Städtebaurecht, DVBl. 73, 763/766.

<sup>39</sup> BVerwGE 16, 116/120.

<sup>40</sup> BayVGHE 5, 119/121.

<sup>41</sup> BGH BRS 19 Nr. 21, 22 und 23 Nr. 152.

<sup>42</sup> PrOVGE 98, 220.

<sup>43</sup> BGH DVBl. 73, 918; BayVGHE 5, 119/121.

tumsgarantie. Eine Verhinderung von Vorhaben, die in keiner Hinsicht öffentliche Belange beeinträchtigen, ist mit Art. 14 GG unvereinbar<sup>44</sup>. In der rechtswidrigen Versagung einer Baugenehmigung ist angesichts des Grundsatzes der Baufreiheit nicht nur die Nichterfüllung des Anspruchs auf Erlaubniserteilung, sondern ein enteignungsgleicher Eingriff zu sehen, der den Eigentümer in der Ausnutzung seines Grundstücks rechtswidrig beeinträchtigt<sup>45</sup>.

Baufreiheit ist ein Zurechnungsprinzip und ein Ordnungsgrundsatz. Baufreiheit ist nicht das Recht der grundsätzlich freien baulichen Nutzung jedes Grundstücks. Zum Inhalt des Grundeigentums und damit der Baufreiheit gehören die sachgerechten und verhältnismäßigen Bindungen, die den Anforderungen des Gemeinwohls und der städtebaulichen Ordnung und Entwicklung entspringen und die in konkreter Hinsicht aus der „Situationsgebundenheit“ des Grundstücks hervorgehen<sup>46</sup>.

Das wesentliche Instrument, mit dem die städtebaulichen Bindungen des Grundeigentums zur Geltung gebracht werden, ist die kommunale Bauleitplanung. „Durch den Bebauungsplan wird die eigentumsrechtliche Situation im Plangebiet gestaltet“<sup>47</sup>. Grundeigentum und Baufreiheit gehen in die planerische Abwägung als einer der zu berücksichtigenden privaten Belange ein. Die gesetzliche Planungsermächtigung räumt jedoch den öffentlichen Belangen nicht von vornherein Vorrang gegenüber kollidierenden privaten Belangen ein. Durch das Grundrecht ist es vielmehr vorgegeben, daß im Verhältnis zwischen der Bauleitplanung und den durch sie betroffenen individuellen Positionen die von der Planung ausgehende Eigentumsbeschränkung rechtfertigungsbedürftig ist und keineswegs gleichsam bis zum Beweis des Gegenteils ihre Rechtfertigung schon in sich trägt<sup>48</sup>.

Die Planung kann auf ein Grundstück treffen, bei dem sie wegen eines vorhandenen Nutzungsbestandes oder wegen einer vorhandenen Nutzungsqualität eigentumsrechtliche private Belange respektieren muß; insoweit darf sie ein Sonderopfer nur nach Enteignungsgrundsätzen auferlegen. Das gilt für eine vorhandene Bebauung und bauliche Nutzung einschließlich eines besonderen „Bestandsschutzes“ und für eine schon

---

<sup>44</sup> Für Vorhaben im Außenbereich: BVerwG BayVerwBl. 64, 18; BVerwGE 18, 247; BGH DVBl. 71, 464.

<sup>45</sup> BGH DVBl. 71, 464.

<sup>46</sup> PrOVGE 100, 261; BVerwGE 3, 28; BVerwG DVBl. 64, 186, BGH WM 73, 1215.

<sup>47</sup> BVerwG NJW 75, 841/845.

<sup>48</sup> BVerwG DVBl. 74, 767 – Floatglas; BVerwG NJW 75, 841 – Großparkplatz.

vorher durch Planungsakte oder sonstige „Grundstückssituation“ erworbene „Baulandqualität“ einschließlich einer „eigentumskräftig verfestigten Anspruchsposition“<sup>49</sup>.

Der verfassungsrechtlich gebotene Eigentums- und Vertrauensschutz einschließlich der Plangewährleistung geht allerdings nicht so weit, daß jede zulässige bauliche Nutzbarkeit zeitlich unbegrenzt geschützt wäre, auch wenn sie nicht ins Werk gesetzt wird<sup>50</sup>. Die Novelle zum BBauG will deshalb § 44 BBauG dahin ändern, daß eine erworbene Nutzbarkeit nur vier Jahre lang und im übrigen nur eine verwirklichte und ausgeübte Grundstücksnutzung bei Planänderung zu entschädigen wäre<sup>51</sup>.

Soweit also eine bauliche Nutzung oder Nutzbarkeit von Rechts wegen besteht oder Bestands- oder Vertrauensschutz genießt, ist sie der städtebaulichen Planung eigentumsrechtlich vorgegeben. In den anderen Fällen aber ist die Baufreiheit trotz ihrer Verankerung in der Eigentumsgarantie eine nur virtuelle Größe und nicht eine sachenrechtlich oder baurechtlich definierte Rechtsposition. Die Baufreiheit tritt hier in den gesetzlichen und rechtsstaatlichen Bindungen der kommunalen Planungsgewalt in Erscheinung und kann nur mittelbar über deren Verletzung individuelle Verteidigungsrechte des Grundeigentümers begründen<sup>52</sup>.

Diese Rechtslage rechtfertigt es, der Bauleitplanung eine „Zuteilungsfunktion“ zuzusprechen<sup>53</sup>. Der „zuteilende“ Charakter der Bauleitplanung überformt die Privatnützigkeit des Grundeigentums. Er bestimmt die verwaltungsrechtliche Ausgestaltung der zwingenden Erfordernisse einer sinnvollen Nutzungsordnung des Bodens durch die städtebauliche Planung und damit auch die normativen Elemente der „Situationsgebundenheit“ des Grundstücks. Auf die Zuteilungsfunktion läßt sich auch die in der neueren Rechtsprechung anerkannte Vertrauensposition kraft „Situationsberechtigung“ in dem durch planerische Akte geschaffenen nachbarlichen Verbundenheits- und „Austauschverhältnis“ zurückführen<sup>54</sup>. In der Zuteilungsfunktion findet schließlich der schon in Art. 155 Abs. 3 WeimRVerf ausgesprochene Gedanke seine Rechtfertigung, daß planungsbedingte Bodenwerte als „unverdiente Bodenrente“ abgeschöpft werden dürfen<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> BVerwGE 26, 111/117; BVerwG DVBl. 72, 219; BVerwG DVBl. 75, 501; BGH BB 59, 469 Nr. 2; BGH WM 73, 1215; BGH DVBl. 74, 432.

<sup>50</sup> Verfassung Städtebau Bodenrecht, GEWOS-Schriftenreihe, 1969, S. 92 ff.

<sup>51</sup> Vgl. die Erläuterung im Städtebaubericht aaO. S. 59.

<sup>52</sup> W. Hoppe, Bauleitplanung aaO. S. 166.

<sup>53</sup> E.-W. Böckenförde, Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft 1972, S. 215/221 ff.

<sup>54</sup> BVerwG DVBl. 70, 57 und 71, 754.

<sup>55</sup> BVerfGE 34, 139 betr. Erschließung.

## 2. Das sozialgebundene Grundeigentum

Die gesetzliche Regelung der städtebaulichen Planung einschließlich der damit verbundenen zuteilenden Wirkungen fügt sich somit in den verfassungsrechtlichen Vorbehalt ein, daß Inhalt und Schranken des Eigentums durch das Gesetz bestimmt werden. Sie steht prinzipiell auch im Einklang mit der Auffassung, wonach die notwendigen Ausübungsschranken des Eigentums zu dessen Inhalt zu rechnen sind<sup>56</sup>.

Die in Art. 14 Abs. 2 GG in Anlehnung an Art. 153 Abs. 3 WeimRVerf ausdrücklich betonte Direktive der Sozialgebundenheit des Eigentums ist ein gerade für das Grundeigentum erhebliches Richtmaß für die Aufgabe des Gesetzgebers, „das Kräfte- und Opferverhältnis zwischen Einzelpersonen und Staat so abzugrenzen, daß der sozialen Gerechtigkeit Genüge geschieht“<sup>57</sup>. Dies kann nicht nur durch Beschränkungen der privatautonomen Nutzungsinitiative und Disposition, sondern auch durch die Auferlegung von Nutzungspflichten geschehen<sup>58</sup>.

Die Sozialbindung des Eigentums ist von einer sozialen oder öffentlichen Instrumentalisierung des Eigentums zu unterscheiden. Auch die dem Grundeigentum spezifische Sozialpflichtigkeit reicht nicht soweit, daß der Gesetzgeber Nutzungsrechte an Grund und Boden nur nach Maßgabe ihrer sozialen oder öffentlichen Nützlichkeit zuteilen könnte. Die verfassungsrechtlich geschützte Privatnützigkeit des Grundeigentums bleibt nur gewahrt, wenn die dem Eigentum gesetzlich auferlegten heteronomen Zweckbindungen inhaltlich definiert und begrenzt sind, mögen sie auch im Einzelfall die Verfügungs- und Nutzungsbefugnis des Eigentümers noch so weit zurückdrängen<sup>59</sup>.

Diese sich in der Zuteilungsfunktion der städtebaulichen Planung ausdrückenden Zweckbindungen können möglicherweise in den städtebaulichen Problemgebieten dazu zwingen, die bauliche Nutzbarkeit abweichend von dem Grundsatz der Baufreiheit als eine planungsrechtliche Befugnis auszugestalten, die dem Grundeigentümer konstitutiv verliehen wird<sup>60</sup>. Ein derartiges Vorgehen des Gesetzgebers würde dem allgemeinen Regulativ entsprechen, das Prinzip der Privatautonomie bei lebenswichtigen knappen Gütern partiell und nach Maßgabe der Erforderlichkeit durch das Prinzip der verwaltungsrechtlichen Zuteilung zu ersetzen<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> J. M. Sontis, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Festschrift für Karl Larenz, 1973, S. 981/988 ff.

<sup>57</sup> H. Westermann, Sachenrecht aaO. S. 118.

<sup>58</sup> Wolff/Raiser aaO. § 52 I 3; Sontis aaO. S. 997.

<sup>59</sup> E. Molitor, Zweck-Bindungen des Eigentums, in: Festschrift für Alfred Schultze, 1934, S. 33/41, 45; F. Baur aaO. S. 214.

<sup>60</sup> Vgl. P. Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, 49. DJT, 1972, T 27 f.

<sup>61</sup> W. Flume aaO. S. 144 f.

Eine solche bodenpolitische Gestaltung folgt allerdings nicht ohne weiteres aus der zuteilenden Funktion der städtebaulichen Planung. Denn indem die Verfassung das Eigentum garantiert, gewährleistet sie auch eine gesetzlich bereitzustellende Ordnung für eine sinnvolle privatnützige Verwendung des Eigentums. Das geschieht auch durch die städtebauliche Planung und Entwicklung, so daß die darin liegende „Leistung“ des Staates und der Gemeinde nicht schlechterdings ein „Geschenk“ an den Grundeigentümer ist, das eine beliebige Beschaffenheit haben und einer restlosen Abschöpfung unterworfen werden könnte<sup>62</sup>. So wie die städtebauliche Planung nicht „von außen“ an das „an sich“ unbeschränkte Eigentum herantritt, sondern im Grundsatz dessen Inhalt bestimmt, so steht auch die städtebauliche Planung in einem Bedingungs- und Wirkungszusammenhang mit dem Grundeigentum, der sich im rechtsstaatlichen Abwägungsgebot zur Geltung bringt.

Soweit Projekten für ein besonderes Nutzungsregime in städtebaulichen Problemgebieten nähergetreten werden sollte, weil dort nur so eine Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse erreichbar erscheint, müßte ein ausschlaggebendes Gewicht auf das rechtsstaatliche und demokratische Prinzip gelegt werden, daß es das Gesetz ist, das Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt. Die für die Einführung, Ausgestaltung und Durchführung des bodenrechtlichen Nutzungsregimes erheblichen Kriterien müssen gesetzlich festgelegt sein. Sie dürfen nicht derart dem Planungsermessen der Gemeinde überantwortet werden, daß eine selbständige kommunale Eigentumspolitik möglich wird. Die staatliche und parlamentarische Bestimmungsgewalt über die Eigentumsordnung ist eine verfassungsrechtliche Grundbedingung auch der Planung und Entwicklung der Bodennutzung im Städtebaurecht.

---

<sup>62</sup> Anhörung von Sachverständigen, Dt. Bundestag, Ausschuß für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Protokoll Nr. 40, S. 44.