

# Verfassung und Verfassungsrechtsprechung

FESTSCHRIFT  
ZUM 25-JÄHRIGEN BESTEHEN  
DES BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOFS

HERAUSGEGEBEN  
VOM BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOF

SCHRIFTLEITUNG:  
SENATSPRÄSIDENT DR. HANS DOMCKE,  
GENERALSEKRETÄR  
DES BAYER. VERFASSUNGSGERICHTSHOFS,  
MÜNCHEN



RICHARD BOORBERG VERLAG MÜNCHEN

(1972)



XP 721-1086

# INHALTSVERZEICHNIS

## I

25 Jahre Bayerischer Verfassungsgerichtshof — Ein Geleitwort zu seinem Jubiläum — <i>von Dr. Georg Bäurle, Oberlandesgerichtspräsident und Präsident des Bayer. Verfassungsgerichtshofs, München</i>	15
Fundamentalsätze der Bayerischen Verfassung <i>von Staatsminister a. D., Prof. Dr. Theodor Maunz, München</i>	21
Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde in Österreich — Entwicklung und gegenwärtiger Stand — <i>von Professor Dr. Hans Spanner, München</i>	33
Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots? <i>von Dr. Erich Eyermann, Präsident des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs, München</i>	45
Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots <i>von Bundesrichter Karl Schweiger, München</i>	55
Die freiheitliche demokratische Grundordnung und ihre Grenzen <i>von Professor Dr. Heinz Laufer, München</i>	73
Zur sozialen Programmatik der Bayerischen Verfassung <i>von Professor Dr. Hans F. Zacher, München</i>	95
Die Geschäftsbereiche und ihre Abgrenzung nach Bayerischem Verfassungsrecht <i>von Ministerialrat Konrad Kruis, München</i>	133
Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts <i>von Professor Dr. Peter Badura, München</i>	157
Landesverfassungsgerichtsbarkeit als Wesenselement des Föderalismus <i>von Professor Dr. Walter Leisner, Erlangen</i>	183

## II

Zur Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit in Bayern <i>von Senatspräsident Karl Streicher, München</i>	195
Berufsrichter und weitere Mitglieder am Verfassungsgerichtshof <i>von Ministerpräsident a. D., Professor Dr. W. Hoegner, München</i>	213
Rechtsprechungsübersicht des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs von 1963—1971 <i>von Oberlandesgerichtsrat Dr. Otto Seidl, München</i>	215
Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Schulrecht <i>von Senatspräsident a. D. Dr. Theodor Meder, München</i>	229

## III

Probleme der Vorfragenkompetenz in der Judikatur des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs <i>von Professor Dr. Peter Lerche, München</i>	247
Die Kassation gerichtlicher Entscheidungen durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof <i>von Ludwig Schäfer, Präsident des Bayerischen Obersten Landesgerichts, München</i>	259
Einwirkungen des Bundesrechts auf die Bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit <i>von Professor Dr. Ekkehard Schumann, Regensburg</i>	281
Zur Fortgeltung der Grundrechte der Bayerischen Verfassung <i>von Senatspräsident Dr. Hans Domcke, München</i>	311
Rechtsverordnungen in der Prüfungszuständigkeit des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs <i>von Oberstaatsanwalt Dr. Dr. Helmut Kalkbrenner, München</i>	329

PETER BADURA

# Das Planungsermessen und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts

## *Übersicht*

1. Der Beschuß des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes vom 23. Juni 1964 (Vf. 101-VI-63)
2. Die gesetzliche Begründung von Planungsermessen im Rahmen der die Nutzung von Grund und Boden gestaltenden exekutivischen Planung
3. Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, rechtsetzendes Ermessen und Planungsermessen
4. Die rechtliche Eigenart der exekutivischen Planung
5. Planungsermessen und Ermessen im System der Rechtsformen des Verwaltungshandelns
6. Die verfassungsstaatlichen Grundlagen des Planungsermessens und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts
7. Ermessen, frei gestaltende Verwaltung und Planungsermessen
8. Die Eigenart des Planungsermessens, abgeleitet aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
9. Das Planungsverfahren
10. Die gesetzliche Regelung des Planungszieles
11. Gesetzliche Grundsätze als Richtlinien der Ausübung des Planungsermessens
12. Die Bindung des Planungsermessens an das rechtsstaatliche Gebot ge-rechter Abwägung

1. Die Verfassungsbeschwerde eines Grundeigentümers, mit der dieser unter Berufung auf die Eigentumsgarantie der Bayerischen Verfassung (Art. 103 BayVerf) es als verfassungswidrig beanstandete, daß die Gemeinde sein Grundstück nicht in ihren Bebauungsplan einbeziehe und als Bau-land ausweise, hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof im Beschuß vom 23. Juni 1964 als unzulässig verworfen<sup>1</sup>. Der Beschwerdeführer könne durch die beanstandete Unterlassung nicht in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt sein, weil die dem Landesrecht vorgehende Bestimmung des § 2 Abs. 9 BBauG einen Anspruch auf Aufstellung, Änderung oder Ergänzung von Bauleitplänen ausschließe. Angesichts der prozessualen Rechtslage sind die Ausführungen des Gerichts zur gemeindlichen Planungshoheit nur ein obiter dictum. Es wird dazu gesagt, daß den Gemeinden bei der Erstellung und Gestaltung der Bebauungspläne ein weiter Ermessensspielraum zukomme, daß dies aber nicht ihrem freien Belieben anheimgegeben sei. Denn die Gemeinden hätten die Pflicht, für die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung zu sorgen, und insoweit treffe sie eine Planungspflicht.

Sieht man von der besonderen durch das Verfassungsprozeßrecht und das Landesrecht bedingten Konstellation ab, fördert dieser Beschuß mit seltener Deutlichkeit zu Tage, wie sehr im Innenbereich der Gemeinden die Nutzung des Grundeigentums zur Funktion der städtebaulichen Planung geworden ist. Die dadurch aufgeworfene, seit Jahrzehnten erörterte<sup>2</sup> und soeben durch das Städtebauförderungsgesetz verschärftes<sup>3</sup> Frage nach Inhalt und Schranken des Grundeigentums im Hinblick auf die planmäßige Ordnung der Bodennutzung soll hier nicht weiter verfolgt werden. Eine Unterstreichung verdient nur, daß neben der bisher im Vordergrund stehenden Erörterung des »Eingriffs« in das Grundeigentum die Beeinträchtigung des Eigentums durch Verzögerung oder Unterlassung der Bauleitplanung noch ge- nauerer Durchdringung harrt.

2. Die städtebauliche Ordnung der Bodennutzung durch Bauleitplanung beruht auf Gesetz<sup>4</sup>. Die Bauleitpläne sind von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen, sobald und soweit es erforderlich ist (§ 2 Abs. 1 BBauG); die in der Regel aus den vorbereitenden Flächennutzungsplänen zu entwickelnden, rechtlich verbindlichen Bebauungspläne werden von den Gemeinden als Satzungen erlassen und unterliegen der nur rechts- aufsichtlichen Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde (§§ 10, 11,

---

1 BayVerfGH DVBl. 1966, 798 mit Anm. von R. Schneider. — Der Beschuß würdigt außerdem das Vorbringen, daß auch der Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1 BayVerf) verletzt sei.

2 Aus der neueren Zeit vgl. W. Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 1964, 165; W. Brohm, Art. Städtebau (III), Recht, Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. 11, 1970, Sp. 339; V. Götz, Bauleitplanung und Eigentum, 1969.

3 K. Meyer, Betrachtungen über das Städtebauförderungsgesetz im Spannungsfeld des Grundgesetzes, AÖR 97, 1972, S. 12.

4 §§ 1ff. BBauG, ergänzend — vgl. § 2 Abs. 10 BBauG — die Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) in der Fassung vom 26. November 1968.

6 Abs. 2 bis 4 BBauG). Das Verfahren der Bauleitplanung richtet sich nach den Vorschriften des Bundesbaugesetzes und des landesrechtlichen Gemeinde-rechts. Das Bundesbaugesetz gibt auch an, welche Darstellungen und Fest-setzungen im Rahmen der Bauleitplanung zulässig und geboten sind (§§ 5, 9, 30). Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung und Landes-planung anzupassen (§ 1 Abs. 3 BBauG), und die Bauleitpläne benachbar-ter Gemeinden sollen aufeinander abgestimmt werden (§ 2 Abs. 4 BBauG)<sup>5</sup>. Schließlich stellt das Bundesbaugesetz einige materiellrechtliche Regeln auf, die der Gemeinde bei der Bauleitplanung eine verbindliche Orientierung geben sollen (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG).

Die gesetzlich begründeten und geregelten Aufgaben und Befugnisse der Gemeinden bei der Bauleitplanung werden als »Planungshoheit« bezeichnet. Der Begriff der Planungshoheit der Gemeinde bezieht sich auf zwei ver-schiedene Fragestellungen. Erstens wird damit der Zusammenhang der kom-munalen Aufgaben und Befugnisse bei der Bauleitplanung mit dem verfas-sungsrechtlich gewährleisteten Recht der Gemeinde auf Selbstverwaltung und Autonomie hergestellt und betont. Hierher gehören nicht nur die staats-rechtlichen Probleme, ob die Planungshoheit der Gemeinde ein Bestandteil der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der kommunalen Selbstverwal-tung ist und welche Intensität die nach § 1 Abs. 3 BBauG bestehende An-passungspflicht der Gemeinde durch Art und Reichweite der verbindlichen Ziele und Programme der Landesplanung annehmen darf, sondern auch die Sicherung der eigenen Verantwortung der Gemeinde bei der Bauleitplanung durch die Beschränkung der staatlichen Genehmigungsvorbehalte auf eine Rechtskontrolle (§§ 6, 11 BBauG), durch die Beteiligung der Gemeinde an Fachplanungen<sup>6</sup>, durch das Erfordernis des kommunalen Einverneh-mens bei planungsrechtlichen Dispensen (§ 31 BBauG) und bei Baugeneh-migungen im Außenbereich (§ 36 Abs. 1 Satz 1 BBauG) und durch die Berücksichtigung des konkretisierten »Planungswillens« der Gemeinde bei Vorhaben im Innenbereich ohne qualifizierten Bebauungsplan (§§ 33, 34 BBauG)<sup>7</sup> und im Außenbereich (§ 35 BBauG)<sup>8</sup>. Auf diese Bedeutung der Planungshoheit in dem Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Staat soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Der Begriff der Planungshoheit der Gemeinde dient zweitens als Grund-lage für bestimmte Folgerungen in dem Verhältnis zwischen der planenden

---

5 L. Wambganz, Die Bauleitplanung, DVBl. 1961, 461, 494, 533; F. Halstenberg, Landes-planungsrecht und kommunale Planungshoheit, Landkreis 61, 323; Ph. Nau, Staatliche Raumordnung und gemeindliche Selbstverwaltung, DÖV 1962, 533; W. Zinkahn, Die Schranken der gemeindlichen Planungshoheit, BiGBWR 1963, 6; W. Bielenberg, Die rechtliche Bindung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landes-planung, DÖV 1969, 376.

6 BVerwGE 31, 263; BVerwG VerwRspr. 20, 605; BVerwG DVBl. 1970, 577; BVerwG DVBl. 1971, 186.

7 BVerwGE 19, 164; 35, 256; OVG Münster VerwRspr. 18, 473.

8 BVerwGE 18, 247; 22, 342/346f.; 26, 287; BVerwG DÖV 1969, 645; OVG Lüneburg DVBl. 1965, 288; OVG Münster DVBl. 1965, 289.

Gemeinde und dem von der Planung Betroffenen, besonders dem Eigentümer des Grundstücks, für dessen Nutzung die Bauleitplanung vorbereitende Darstellungen oder verbindliche Festsetzungen ausspricht oder für das die Festsetzungen des Bebauungsplanes die Voraussetzung zu der Ausübung des kommunalen Vorkaufsrechts oder einen ersten Schritt zu einer Enteignung bewirken. In dieser Hinsicht hebt der Begriff der Planungshoheit der Gemeinde hervor, daß die Bauleitplanung Elemente enthält, die »im Grunde eine Frage der Gemeindepolitik, nicht bloße Rechtsanwendung« sind<sup>9</sup>, bei denen der Gemeinde »Ermessen«<sup>10</sup>, ein »Ermessensspielraum«<sup>11</sup>, ein »gestaltendes Ermessen«<sup>12</sup>, »planerisches Ermessen«<sup>13</sup>, »Planungsermessen«<sup>14</sup>, »Gestaltungsfreiheit«<sup>15</sup>, ein »Spielraum der Gestaltungsfreiheit«<sup>16</sup>, »planerische Gestaltungsfreiheit«<sup>17</sup>, »gestalterische Freiheit«<sup>18</sup> zukomme. In diesem Zusammenhang bedeutet die Konstatierung der Planungshoheit der Gemeinde praktisch eine mehr oder weniger weit gehende Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfbarkeit nach den Grundsätzen der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle des Verwaltungsermessens (§ 114 VwGO). Unter diesem Blickwinkel gerät das Planungsermessen in den Verdacht, zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes zu führen, und allgemeiner, in den Konflikt mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Verwaltungshandeln zu geraten<sup>19</sup>.

Das der Gemeinde im Rahmen der Bauleitplanung zugeschriebene und im Wege der Rechtsetzung ausgeübte Planungsermessen ist nicht der einzige Fall, in dem angenommen wird, daß exekutivische Planungsentscheidungen auf Grund Gesetzes und in Ausübung von Ermessen getroffen werden. Das diesen Fällen Gemeinsame ist, daß die gesetzlich begründete und geordnete Gestaltungsbefugnis des Planungsträgers den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsermessens unterworfen wird, obwohl die Rechtslage nicht so beschaffen ist, daß das Gesetz der Exekutive dann, wenn ein bestimmter

---

9 BVerwGE 18, 247/253; VGH Bad.-Württ. ESVGH 17, 101/103.

10 H. Schrödter, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 10, RdNr. 16.

11 BayVGHE 21, 35/36.

12 K. Meyer, Zur gerichtlichen Überprüfung der Bauleitpläne, DVBl. 1968, 492/493.

13 K. H. Friauf, Baurecht und Raumordnung, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1970, S. 365/382.

14 BVerwGE 34, 301; OVG Lüneburg DÖV 1969, 642; K. Meyer a. a. O.

15 BVerwGE 34, 301/304; VGH Bad.-Württ. ESVGH 17, 101/104.

16 BVerwGE 34, 301/304.

17 BVerwGE 18, 247/253; 34, 301/304.

18 BVerwGE 18, 247/254; 19, 82/86.

19 W. Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, 1959; K. Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18, 1960, S. 144/160ff.; R. Bartelsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, 360; W. Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in: Festgabe für Ernst Forsthoff, 1967, S. 133; K. Meyer, Zur gerichtlichen Überprüfung der Bauleitpläne, DVBl. 1968, 492.

Tatbestand gegeben ist, die Ermächtigung zu handeln oder nicht zu handeln oder so oder anders zu handeln einräumt; das Planungsermessen bezieht sich, mit anderen Worten, nicht auf die Verknüpfung eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes mit einer bestimmten Rechtsfolge. Die Erörterung dieser Besonderheit des Planungsermessens soll auf die Fälle beschränkt werden, bei denen die exekutivische Planung die Nutzung von Grund und Boden gestaltet.

Die Aufstellung von Zielen und Programmen der Raumordnung und Landesplanung auf Grund des Raumordnungsgesetzes vom 8. April 1965 und der Landesplanungsgesetze erfolgt durch Ermessensentscheidungen, die an den Aufgaben und Zielsetzungen der Raumordnung orientiert sein müssen und in deren Rahmen eine Abwägung der Raumordnungsgrundsätze stattzufinden hat (§ 2 Abs. 2 ROG)<sup>20</sup>. Ermessensentscheidungen sind weiter die als Verwaltungsakte ergehenden Planfeststellungsbeschlüsse der verschiedenen Fachplanungen, so die Planfeststellungen zum Bau oder zur Änderung von Bundesfernstraßen (§§ 17, 18 BFernStrG)<sup>21</sup> oder von öffentlichen Straßen des Landesrechts<sup>22</sup>, die Planfeststellung zur Anlage oder Änderung von Flughäfen (§§ 8 ff. LuftVerkG)<sup>23</sup>, die Planfeststellung zum Bau und zur Änderung von Anlagen der Deutschen Bundesbahn (§ 36 BBahnG)<sup>24</sup>, die Planfeststellung für die Benutzung eines Verkehrsweges zur Ausführung oder wesentlichen Änderung von Telegraphenlinien (§§ 7 ff. Telegraphenwege-Gesetz)<sup>25</sup>, die Planfeststellung zum Bau und zur Änderung von Straßenbahnen (§§ 28 ff. PersBefG)<sup>26</sup>. Auch hier wird von »Planungsermessen« und von »planerischer Gestaltungsfreiheit« gesprochen<sup>27</sup>. Den Planfeststellungen des Bundesfernstraßenrechts und des Luftverkehrsrechts geht noch eine besondere Planungsentscheidung voraus, die für die Planungsbetroffenen kein selbständiger anfechtbarer Verwaltungsakt ist: die Entscheidung des Bundesministers für Verkehr über die Planung und Linienführung der Bundesfernstraßen (§ 16 BFernStrG) und die Genehmigung von Flugplätzen durch die nach Landesrecht zuständige Behörde (§ 6 LuftverkG). Auch diese Planungsentscheidungen, die als »Element«

---

20 BVerwGE 34, 301/309f. — W. Weber, Raumordnung und Raumplanung, DÖV 1963, 785; W. Ernst, Raumordnung als Aufgabe der planenden Gesetzgebung und Verwaltung, in: J. H. Kaiser (Hrsg.), Planung III, 1968, S. 129; F. Wagener, Von der Raumplanung zur Entwicklungsplanung, DVBl. 1970, 93.

21 BVerwG DVBl. 1968, 342; BVerwG DVBl. 1969, 360; BVerwG VRS 37, 154; BayVGH VerwRspr. 16, 469; OVG Lüneburg DVBl. 1966, 411.

22 Z. B. Art. 36ff. BayStrWG (F. Sieder-H. Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, 2. Aufl., 1972, Art. 36, RdNr. 6).

23 BVerwG DÖV 1969, 283.

24 BVerwGE 26, 338; BVerwG DÖV 1969, 206; BVerwGE 31, 263.

25 BVerwGE 27, 253.

26 BVerwG BayVBl. 1966, 22 und 348.

27 W. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, RdNr. 51, 138ff.

der nachfolgenden Planfeststellung für den Planbetroffenen anfechtbar sind, beruhen auf einer Ausübung von Ermessen<sup>28</sup>.

3. Das Planungsermessen tritt, wie dieser Überblick zeigt, in verschiedenartigen Rechtsformen auf. Seine Ausübung kann sowohl – der klassischen Lehre vom Ermessen entsprechend – Verwaltungsakten, wie bei der Planfeststellung, als auch Rechtsetzungsakten, wie bei der Bauleitplanung, zugrunde liegen. Da Planung in Gestaltung des »Plan-Gesetzes«<sup>29</sup> auch zum Gegenstand der Gesetzgebung werden kann und da es nach einem verbreiteten Sprachgebrauch auch ein »gesetzgeberisches Ermessen« oder eine »Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers« gibt<sup>30</sup>, könnte es naheliegen, auch von einem »Planungsermessen« des Gesetzgebers zu sprechen, etwa bei dem Gesetz über den Ausbauplan für die Bundesfernstraßen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I S. 1189) und dem anschließenden Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstraßen in den Jahren 1971 bis 1985 vom 30. Juni 1971 (BGBl. I S. 873).

An diesem Punkt drängen sich zwei Einwände auf, deren Prüfung eine genauere Erfassung der Besonderheit des Planungsermessens vorbereiten kann. Ermessen ist eine durch Gesetz begründete Fähigkeit einer Behörde der Exekutive, unter bestimmten Voraussetzungen und nach bestimmten Maßstäben zwischen mehreren gleich rechtmäßigen Entscheidungsmöglichkeiten zu wählen. Es mag in Betracht kommen, »Ermessen« auch dem gesetzesgebundenen Richter zuzusprechen<sup>31</sup>. Verwirrend aber ist der seit langem kritisierte Sprachgebrauch vom »gesetzgeberischen Ermessen«; denn durch ihn werden die Grundgegebenheiten der Funktionenteilung im demokratischen Verfassungsstaat verwischt. Die verfassungsrechtliche Grundlage und die Bedingungen der Legitimität, auf die die parlamentarische Gesetzgebung basiert ist, schließen es aus, die politische Gestaltungsfreiheit des Parlaments und die auf Gesetz beruhende Wahlmöglichkeit der Exekutive derselben – auf das administrative Handeln bezogenen – Kategorie des Ermessens einzuordnen.

Damit ist zugleich die Grundlage für die Beurteilung des zweiten Einwandes gewonnen, bei der mit weniger Einmütigkeit der Doktrin gerechnet werden muß, nämlich des Einwandes dagegen, daß die Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers und diejenige der exekutivischen Rechtsetzung einheitlich als Erscheinungsformen eines gleichartigen »rechtsetzenden« oder »normativen Ermessens« oder einer »rechtsetzenden Gestaltungsfreiheit« aufgefaßt werden. Die Lehre von der Gestaltungsfreiheit des Ge-

---

28 BVerwG DVBl. 1969, 307; BVerwG DÖV 69, 283; OVG Lüneburg DVBl. 1966, 411. — Abw. sieht HessVGH DÖV 1968, 737 in der Planungsentscheidung nach § 16 BFernStrG eine nur verwaltungsinterne Maßnahme.

29 K. Huber, Maßnahmengesetz und Rechtsgesetz, 1963, S. 83ff.

30 Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz, 1971, Art. 20, Rand-Nr. 117ff.; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., 1972, S. 226f.; BayVerfGH VGHE n. F. 20 II 51/55 und 21 II 131/138f.

31 H.-G. Warda, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962.

setzgebers hat ihren Entstehungsgrund und Hauptanwendungsbereich in der verfassungsgerichtlichen Prüfung von Gesetzen am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, 118 Abs. 1 BayVerf.) und stellt das Pendant der Auffassung dieses Grundrechts, soweit es auf die Bindung des Gesetzgebers ankommt, als Willkürverbot dar. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat diese Lehre, anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in feste Formeln geprägt: Der Gleichheitssatz verlangt keine schematische Gleichbehandlung, sondern lässt Differenzierungen zu, die durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt sind. Er verbietet Willkür. Es bleibt aber dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen, zu entscheiden, in welcher Weise dem allgemeinen Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen ist. Nur wenn die äußersten Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, wenn für die getroffene Regelung jeder sachlich einleuchtende Grund fehlt, ist der Gleichheitssatz verletzt. Die Anwendung des Gleichheitssatzes beruht stets auf dem Vergleich von Lebensverhältnissen, die nie in allen, sondern nur in einzelnen Elementen gleich sind. Es ist in dem bezeichneten Rahmen Sache des Gesetzgebers, nach seinem Ermessen zu entscheiden, welche Elemente der zu ordnenden Lebensverhältnisse er dafür als maßgebend ansieht, daß sie im Recht gleich oder verschieden beachtet werden<sup>32</sup>. Dieselben Grundsätze verwendet das Gericht bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen<sup>33</sup>. In ganz ähnlicher Weise bestimmt der Bayerische Verfassungsgerichtshof das »normative Ermessen« des Verordnungsgebers, dem er zugleich – im Falle einer schulrechtlichen Organisationsverordnung – einen »organisatorischen und planerischen Spielraum« zumäßt<sup>34</sup>.

Die parlamentarische Gesetzgebung und die stets eines Gesetzes bedürftige und insofern abgeleitete exekutivische Rechtsetzung stimmen nur darin überein, daß sie Rechtsquellen des positiven Rechtes sind. Ihre durch das Verfassungsrecht definierte Qualität, der Modus, in dem sie zur Entwicklung der Rechtsordnung beitragen, ist wegen der verschiedenen in ihnen wirk samen Subjekte der Rechtserzeugung durchaus unterschiedlich. Die exekutivische Rechtsetzung ist Ausübung der vollziehenden Gewalt, nicht Gesetzgebung. Deswegen müssen auch die besonderen Erwägungen, die für das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zur parlamentarischen Gesetzgebung gelten, nicht ohne weiteres auch für die verfassungsgerichtliche Kontrolle der exekutivischen Rechtsetzung maßgeblich sein.

Zieht man diese in der verfassungsrechtlichen Stellung der parlamentarischen Legislative einerseits und der nach den Grundsätzen des parlamentarischen Regierungssystems und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vom Parlament abhängigen Exekutive andererseits begründete schärfere Grenze zwischen der parlamentarischen Gesetzgebung und der exekutivischen Rechtsetzung, erscheint es nicht ausgeschlossen, daß es ein

---

32 BayVerfGH VGHE n. F. 20 II 51/55; 21 II 131/138f.

33 BayVerfGH VGHE n. F. 19 II 35/40; 19 II 42/47; 20 II 73/78.

34 BayVGH BayVBl. 1971, 473.

heitliche verwaltungsrechtliche Grundsätze für die exekutivische Planung geben könnte — also auch ein gleichartiges Planungsermessen —, trete diese Planung nun in Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakten oder sonstigen Rechtsakten in Erscheinung. Dabei braucht nicht so weit gegangen zu werden, etwa Rechtsverordnungen und Verwaltungsakte allgemein denselben Ermessensregeln zu unterwerfen<sup>35</sup>. Vielmehr kann die Frage, ohne erneut in abstrakten Formalismus zu verfallen, nur so gestellt werden, ob in der exekutivischen Planung ein aus der Staatsaufgabe der planmäßigen Ordnung der Bodennutzung ableitbarer Verwaltungszweck der lenkenden Verwaltung zu Tage tritt, für den ohne Rücksicht auf die Rechtsformen der Planung spezifische verwaltungsrechtliche Kategorien und Grundsätze maßgebend sind; ein Beispiel dafür wäre die Rechtsfigur des »Planungsermessens«.

4. »Planung erfordert eine Auseinandersetzung mit den Bedürfnissen, zu deren Befriedigung die zu planende Maßnahme dienen soll, mit den natürlichen Gegebenheiten, den verfügbaren Mitteln und den privaten und öffentlichen Interessen, auf die sich die Maßnahme auswirken wird. Die Erfassung und Wertung aller Planungselemente setzt je nach der Art des zu gestaltenden Lebensbereichs technische, wirtschaftliche, rechtliche, soziologische, politische Kenntnisse und Erfahrungen voraus.«<sup>36</sup> In dieser die Materie der planerischen Gestaltungsfreiheit so deutlich umreißenden Beschreibung wird nicht nur die für die sozialstaatliche lenkende und leistende Verwaltung allgemein und für die administrative Planungstätigkeit im besonderen charakteristische Sachzugewandtheit der heutigen öffentlichen Verwaltung<sup>37</sup> sichtbar gemacht, sondern darüber hinaus Planung als eine Art schöpferischen Urvorgangs aufgefaßt, der vor und jenseits aller rechtlichen Erfassung stattfindet und nur gewissermaßen nachträglich in eine rechtliche Ausdrucksform gebracht werden muß. Mit diesem Deutungsschema einer Doppelwelt des Rechtlich-Formalen und des Zweckmäßig-Technischen können Planung und Planungsermessen als rechtliche Erscheinungen nicht erfaßt werden, weil dem nicht eine juristische Fragestellung zugrunde liegt. Die juristische Fragestellung muß für die exekutivische Planung davon ausgehen, daß die Ausübung auch planender Verwaltung auf Gesetz beruht, durch das Auftrag, Grundsätze und Verfahren der Planung festgelegt werden. Das ist nicht anders, soweit die Planungstätigkeit Ausübung von Ermessen einschließt; denn die Ausübung von Ermessen ist ebenso wie die nur subsumierende Rechtsanwendung eine Form der Rechtsverwirklichung. Es muß also nicht nach der irgendwie faktischen, sondern nach der rechtlichen Eigenart der Planung und des Planungsermessens gefragt werden. Die Besonderheit des Planungsermessens im Verhältnis zum Verwaltungsermessen überhaupt, auf die schon öfter aufmerksam gemacht

---

35 M. Zuleeg, Die Ermessensfreiheit des Verordnungsgebers, DVBl. 1970, 157.

36 K. Kodal, Straßenrecht, 2. Aufl., 1964, S. 511.

37 P. Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, 446/452f.

worden ist<sup>38</sup>, kann nur aus rechtlich wesentlichen Besonderheiten der Planung gegenüber der Verwaltungstätigkeit im allgemeinen abgeleitet werden.

Planung ist eine Aufgabe »gestaltender Verwaltung«<sup>39</sup>, eine besondere Form der lenkenden Verwaltung, deren Eigenart darin besteht, daß sie auf dem Boden längerfristiger Überlegungen systematisch und losgelöst vom Einzelfall die gewünschte Gestaltung eines Sozialbereichs, wie etwa der Bodennutzung in einem bestimmten Raum, konzipiert. Der Plan ist auf einen in der Zukunft liegenden und zu verwirklichenden Zustand gerichtet und wird durch die Herstellung dieses Zustandes erfüllt. Er ist deshalb nicht eine für denkbare Tatbestände bereitgestellte Ordnung, sondern hat programmatischen Charakter. Weil er alle beteiligten Interessen und alle für das Planungsziel erheblichen Umstände berücksichtigen soll, liegen ihm Abwägung und Ausgleichung<sup>40</sup> zugrunde, für die bestimmte Maßstäbe erforderlich sind. Die »Koordinierung von Einzelakten«<sup>41</sup> ist gegenüber dem zentralen Abwägungs- und Ausgleichungsvorgang nur die verfahrensmäßige und äußerliche Wirkung des Planes. Dem exekutivischen Plan als einem Instrument der Rechtsverwirklichung kann auch nicht in Kontrastierung zur »formalen Gleichheit« eine außerrechtliche »räumlich-geometrische Rationalität«, eine »zweckrationale dezisionistische Folgerichtigkeit« zugeschrieben werden<sup>42</sup>, die der Arbeitsplatz des Planungsermessens wären.

Ein die Bodennutzung ordnender Plan läßt sich in seinen rechtlichen Wirkungen, nicht aber in seinen Voraussetzungen isoliert betrachten. Die Bau- leitplanung und die bodenbeanspruchenden Fachplanungen sind nicht nur untereinander und mit der überörtlichen Raumordnung und Landesplanung korreliert, sondern sind Bestandteil größerer finanzieller, wirtschaftspolitischer und selbst gesellschaftspolitischer Zusammenhänge. Als Element der strukturpolitischen Entwicklungsplanung wird die Raumplanung zu einer aktiv gestaltenden und nicht nur die bodennutzende Privatinitiative ordnenden Planung<sup>43</sup> und tritt hier, ebenso wie bei der Stadt-

---

38 M. Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18, 1960, S. 113/130ff.; W. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, 1971, RdNr. 148ff.; K. Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757/760f.

39 Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht III, 1966, § 158 I a.

40 Hans J. Wolff a. a. O., § 158 I b.

41 Imboden a. a. O., S. 123. — Dazu der Diskussionsbeitrag von Bachof ebendort, S. 192f.

42 Imboden a. a. O., S. 123ff. — Vgl. dazu den Diskussionsbeitrag von Kaiser, ebendort S. 194f., sowie BVerwGE 11, 4; BVerwG DVBl. 1969, 276; P. Balscheit, Die Rechtsnatur des Planes, 1969, S. 53ff.

43 K. H. Friauf, Baurecht und Raumordnung, in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1970, S. 365/435; P. Badura, Wirtschaftsverwaltung, ebenda, S. 235/246; Wagener a. a. O. (Anm. 20); R. Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 117ff.

entwicklung und -sanierung nach dem Städtebauförderungsgesetz, in Verbindung mit finanz- und wirtschaftspolitischen Maßnahmen. Diese Interdependenz der Planungen und Programme wirkt sich auf die Frage aus, welche öffentlichen Belange bei der Ausübung des Planungsermessens im Rahmen der Ordnung der Bodennutzung berücksichtigt werden müssen und dürfen.

5. Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt ist die Formenvielfalt der Planungen und der Pläne in erster Linie daraufhin analysiert und systematisiert worden, ob nur verwaltungsinterne oder vorbereitende Wirkungen eintreten oder aber rechtlich verbindliche Festsetzungen und Verpflichtungen begründet werden und ob verbindliche Pläne als Rechtsnormen oder aber als Verwaltungsakte zu betrachten sind. Mit welchen Wirkungen und in welcher Rechtsform ein Plan auftritt, hängt von seiner gesetzlichen Grundlage und von dem mit der Planung verfolgten Zweck ab und kann nicht allgemein gesagt werden. Ein wesentliches Moment dürfte sein, welche Stelle als Planungsträger eingesetzt ist. Die durch Gesetz oder auf Grund Gesetzes erfolgende Bestimmung des jeweiligen Subjektes der Planung, die ja notwendig Folgerungen für das Verfahren und die Rechtsformen der Planung nach sich zieht, muß rechtsstaatlichen und demokratischen Kriterien entsprechen und ist verfassungsrechtlich wie politisch der Angelpunkt der Ordnung des Planes im Verfassungsstaat. Auf der Seite der Planbetroffenen ist der ausschlaggebende Vorgang die Einbeziehung ihrer Rechtspositionen in eine konkrete Planung, durch die sie auf Grund der Ziele und Merkmale des Planes zu einer »rechtlichen Schicksalgemeinschaft« zusammengeschlossen werden<sup>44</sup>. Das zeigt, daß die bodenordnende Planung, auch wenn sie in der Form des Verwaltungsaktes (mit Drittirkung) stattfindet, nicht als eine zweiseitige Beziehung der Subordination oder ein Bündel solcher Beziehungen verstanden werden darf; denn der Plan will nicht nur individuelle Verhaltensweisen, sondern vielmehr kollektive Wirkungen erreichen. Diese Eigentümlichkeit erhebt den Planungs-Verwaltungsakt zu einer von dem klassischen Verwaltungsakt, der aus Polizeiverfügung und Steuerbescheid verallgemeinert ist, unterschiedenen Kategorie und verweist dementsprechend auf die Eigenart des Planungsermessens gegenüber dem herkömmlichen Verwaltungsermessen, dessen Theorie mit der klassischen Lehre vom Verwaltungsakt verbunden ist. Die Eigenschaft kollektiver Wirkung kommt Planungs-Verwaltungsakten, wie Planfeststellungen, zu, aber auch Verwaltungsakten, die auf Planungsakten beruhen, wie der bauplanungsrechtliche Dispens und die Baugenehmigung, soweit sie die Bauleitplanung verwirklicht. Das klingt in dem Gedanken an, daß der baurechtlichen Nachbarklage ein »Planbefolungsanspruch des Nachbarn« zugrunde liegen kann<sup>45</sup>. Bei der Entscheidung über einen bauplanerischen Dispens handelt es sich also auch um Ausübung von Planungsermessen, obwohl der Dispens selbst nicht ein Planungsakt ist.

---

44 H. P. Ipsen, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 18, 1960, S. 181f.

45 Redeker, DVBl. 1968, 7; BVerwG DÖV 1969, 753.

Vor allem Forsthoff<sup>46</sup> hat deutlich gemacht, daß die rechtsstaatliche Formtypik des Verwaltungsrechts, deren Hauptstücke der Gesetzesbegriff und die Lehre vom Verwaltungsakt sind, auf die Trennung von Normsetzung und Normvollzug gegründet ist. Diese Bedingung des Systems der Rechtsformen des Verwaltungshandelns, das im Allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelt worden ist, hat mit dem Fortgang vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat an Wirksamkeit verloren<sup>47</sup>. Der konstitutionelle Grundschematismus von Normsetzung und Normvollzug hat seine systemleitende Funktion eingebüßt<sup>48</sup>. In der Diskussion um das »Maßnahme-Gesetz« ist dieser Befund klar sichtbar geworden, die exekutivische Planung ist ein anderes Feld dieses Phänomens. Dabei handelt es sich nicht nur um die Einsicht, daß etwa die Bauleitplanung sich ihrer Natur nach niemals auf bloße Normvollzug beschränken könne und deshalb stets ein Moment schöpferischer Gestaltung enthalte<sup>49</sup>. Entscheidend für die prinzipielle Fragestellung ist, daß die gesetzlichen Grundlagen der exekutivischen Planung nicht Tatbestände für von der Verwaltung nach Ermessen auszusprechende Rechtsfolgen normieren und daß die Pläne nicht eine gesetzliche Regelung für einen bestimmten Anwendungsfall »vollziehen«. Dementsprechend kann das Planungsermessen nicht einfach den Regeln des als Rechtsfolgeermessen definierten Verwaltungsermessens unterworfen werden. Für diese Abschwächung der führenden Rolle der klassischen Formtypik ist es auch aufschlußreich, daß das Raumordnungsgesetz für die verbindliche Festsetzung von Zielen der Landesplanung eine bestimmte rechtliche Form nicht vorschreibt und daß die Landesplanungsgesetze für diese Festsetzungen und die Begründung der kommunalen Anpassungspflicht (§ 1 Abs. 3 BBauG) zum Teil bloße Beschlüsse undefinierter Rechtsform genügen lassen<sup>50</sup>. Das Gesetz gibt der exekutivischen Planung eine richtlinienartige Orientierung durch Zielsetzung und Abwägungsgrundsätze, und der von diesen Richtlinien geleitete Plan, gleich welcher Rechtsform, bezweckt primär die Verwirklichung eines bestimmten Zustandes<sup>51</sup>.

6. Die exekutivische Aufstellung und Festsetzung eines Planes ist von einer Anzahl von Vorentscheidungen über Zuständigkeit und Verfahren, über Ziel und Grundsätze der Planung und über die rechtliche Wirkung des Planes abhängig. Das verfassungsstaatliche Grundproblem, häufig in mißverständlicher Vereinfachung als Frage nach dem Sitz der »Planungsgewalt«

---

46 Vgl. z. B. den Diskussionsbeitrag VVDStRL 18, 1960, S. 176.

47 P. Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; ders., Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967.

48 U. Scheuner, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DÖV 1969, 585/589. — Speziell für den Plan betont Imboden a. a. O. (Anm. 38), S. 138, daß er den »zwei Grundstufen der Rechtsverwirklichung ›Rechtssatz und Verfügung‹« nicht folge.

49 Friauf a. a. O. (Anm. 43), S. 382.

50 W. Bielenberg, Die rechtliche Bindung der Bauleitplanung an die Ziele der Raumordnung und Landesplanung, DÖV 1969, 376/382; BayVGHE 23, 56.

51 H. Harnischfeger, Strukturprobleme planender Verwaltung, ArchfKommWiss. 10, 1971, S. 211/224; Blümel a. a. O. (Anm. 19), S. 143.

formuliert, ist, in welchem Umfang die Vorentscheidungen einer konkreten exekutivischen Planung der administrativen Gestaltung durch Festlegungen seitens der Faktoren des parlamentarischen Systems, des Parlaments oder der Regierung, vorgegeben werden müssen. Bei dieser Zuordnung von Politik und Verwaltung nach den Grundsätzen der parlamentarischen und rechtsstaatlichen Demokratie kommt es institutionell auf das parlamentarische Regierungssystem<sup>52</sup> und funktionell auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung an.

Dem klassischen Vorbehalt des Gesetzes liegen bestimmte Vorstellungen über die Staatsaufgaben, den Gesetzesbegriff und die typischen Verwaltungszwecke und -tätigkeiten zugrunde. Das Gesetz, als abstrakt-generelle Regel, gibt der Verwaltung des liberalen Rechtsstaates »Ermächtigungen« zum Vollzug im Einzelfall durch konkret-individuelle »Verwaltungsbefehle« in Gestalt von Geboten, Verboten, Erlaubnissen und Konkretisierungen von Rechten und Pflichten. Der administrative Gesetzesvollzug spricht feststellend oder gestaltend Rechtsfolgen beim Vorliegen der gesetzlich vorgesehenen Tatbestände aus. Die Lehren des Allgemeinen Verwaltungsrechts über den Verwaltungsakt und über das Ermessen sind ebenso auf dieses konstitutionelle Modell bezogen wie die prozessuale Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Die Auseinandersetzung darüber, welche Folgerungen aus dem mehr oder weniger weitgehenden Wegfall der Voraussetzungen des konstitutionellen Modells im Verfassungsrecht und in der Staatspraxis für die juristische Doktrin zu ziehen sind, beschäftigt die Staats- und Verwaltungsrechtslehre seit langem<sup>53</sup>. Die Reichweite des im Gange befindlichen Umbaues hat Scheuner mit konzentrierter Anschaulichkeit dargestellt<sup>54</sup>. Es gilt, »sich zu lösen sowohl von einer allzu formalen ausschließlichen Verwendung der Vorstellung, daß staatliche Aktion sich in Normsetzung und Normvollzug teile und mit diesem einfachen Schema die Aufgliederung der komplizierten modernen Tätigkeit des Gemeinwesens ausreichend bewältigt werden könne, wie von der Neigung der deutschen staatsrechtlichen Tradition zur Umdeutung der Gewaltenteilung in eine mehr oder weniger starre Aufteilung abstrakt definierter Staatsfunktionen«. Das Gesetz bedeutet, wie Scheuner hervorhebt, für die Verwaltung Ermächtigung (soweit der Gesetzesvorbehalt reicht), Schranke (entsprechend dem Vorrang des Gesetzes) und vor allem Auftrag – Auftrag, bestimmte vom Gesetz festgelegte Ziele nach gesetzlich niedergelegten Richtlinien zu verwirklichen. Die administrative Ausführung des Gesetzes ist stets eine gesetzesgebundene Wirksamkeit, aber zu ihr gehört »ein wesentliches Element der Mitgestaltung und ergänzenden Konkretisierung«, das Gesetz bedarf oft »eines erheblichen Moments aktiver Ergänzung, Vorbereitung, Planung und Verdeutlichung durch die Verwaltung«. Scheuner unterstreicht etwa für das Baurecht, daß dort eine »mit-

---

52 P. Badura, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in: *Festschrift für Karl Michaelis*, 1972, S. 9.

53 O. Bachof-W. Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30, 1972.

54 U. Scheuner, *Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung*, DÖV 1969, 585.

gestaltende Arbeit der Verwaltung« gefordert ist, »die weit mehr als bloße Anwendung fester Normen ist«, und betont, daß gerade für den Bereich der Planung, »in dem das Einzelinteresse sich notwendig in ein Gefüge von Gemeininteresse, Nachbarinteressen und finanziellen Grenzen einfügen muß«, neue Formen und Begriffe entwickelt werden müssen. Brohm hat zu Recht ebenfalls in der fortschreitenden Unverbindlichkeit der früher systemleitenden Unterscheidung »generell-abstrakter Verhaltensregelung« und »punktuerer Verhaltenskorrektur«, von »Zwecksetzung und Vollzug«, den strategischen Punkt für eine Neuorientierung der Verwaltungsrechtslehre gesehen, wobei er in der Ausarbeitung der »Gestaltungsfunktion der Verwaltung« einen neuen Ansatz vorschlägt<sup>55</sup>. Alle diese Erwägungen und Erkenntnisse sind seit Forsthoffs Anstoß von 1938 und dessen Aufnahme nach dem Kriege Elemente einer erst in Umrissen sichtbaren Theorie von Staat und Verwaltung.

Der Entwicklungsstand der Verwaltungsrechtslehre ist nicht nur eine Frage der befriedigenden Übersichtlichkeit eines akademischen Systems. Er ist eine wesentliche Bedingung für den rechtsstaatlichen Charakter der öffentlichen Verwaltung. Da es dabei nicht allein darauf ankommt, die unablässige Produktion des Gesetzgebers systematisch evident zu halten und so für die Erfassung des Rechtsstoffes eine nützliche Hilfe bereitzustellen, sondern auch darauf, den Rechtsstoff nach Grundsätzen zu ordnen und den Zusammenhang mit den Prinzipien zu sichern, kann es auf die Dauer nicht genügen, wenn die Fortentwicklung der Grundsätze und Begriffe des Verwaltungsrechts und die Wahrung des dafür wesentlichen Einflusses des Verfassungsrechts in beträchtlichem Maße auf die verfassungs- und verwaltungsgerichtliche Kasuistik übergegangen ist. Der Schauplatz der Rekonstruktion, die in der Verwaltungsrechtslehre seit dem Zerfall des Otto Mayerschen Systems stattfindet, ist das Allgemeine Verwaltungsrecht. Der »Allgemeine Teil« des Verwaltungsrechts, einst die systematische Basis und Klammer des gesamten verwaltungsrechtlichen Stoffes, hat an Folgerichtigkeit und Überzeugungskraft verloren. Die starke Abhängigkeit der verwaltungsrechtlichen Doktrin von der Gerichtspraxis, die ihrerseits einer sehr fallbezogenen Billigkeitsrechtsprechung zuneigt, hat zu einer unübersichtlichen, vielfach kasuistischen Zerfaserung der Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts geführt; daneben steht eine üppige Vielfalt von Einzeluntersuchungen und eine technisch hochentwickelte Kommentarliteratur. Die theoretische Schwäche des Verwaltungsrechts ist auch dadurch nicht behoben worden, daß wesentliche verwaltungsrechtliche Grundsätze in das Verfassungsrecht verlagert worden sind und überhaupt das Verfassungsrecht, vor allem die Grundrechte und die Verfassungsprinzipien, einen maßgeblichen Einfluß auf die verwaltungsrechtliche Argumentation gewonnen haben. Denn die Staatsrechtslehre ist in einer eher noch gravierenderen Grundlagenkrise als die Verwaltungsrechtslehre. Das zeigt sich nicht nur darin, daß die Dogmatik wichtiger Grundprobleme in die Unsicherheit formelhaft ausgetragener Meinungskämpfe verstrickt ist, sondern auch darin, daß die Verdeutlichung der Verfassungsprinzipien der Demo-

---

55 Brohm, Dogmatik a. a. O. (Anm. 53), besonders Leitsätze 7, 13 und 20.

kratie und des Sozialstaates und von Grund und Ausmaß der politischen, sozialen und individuellen Freiheit der Jurisprudenz überhaupt streitig gemacht wird.

Die Dogmatik des Verwaltungsrechts muß an der rechtsstaatlichen Funktion vor allem des Allgemeinen Verwaltungsrechts ausgerichtet sein. Die rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsrechts besteht auch darin, daß in den Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts Ermächtigung und Auftrag für die Verwaltungstätigkeit niedergelegt sind, beschränkt sich aber nicht darauf. Die in Rechtslehre und Rechtspraxis entwickelten und zum Teil in Verwaltungsgesetze aufgenommenen Rechtssätze und Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts verbürgen den einheitstiftenden Zusammenhang des gesamten Verwaltungsrechts und Verwaltungshandelns, verkörpern die an die Verwaltungstätigkeit zu stellenden Anforderungen der Gerechtigkeit, Billigkeit und Sachgemäßheit und vermitteln die Ausübung öffentlicher Verwaltung mit dem Verfassungsrecht<sup>56</sup>. Die Verfassung und die Theorie von Verfassung und Verfassungsrecht steuern die verwaltungsrechtliche Dogmatik in ihrer rechtsstaatlichen Funktion<sup>57</sup>. Das Verfassungsrecht wird in dem Sinne im Verwaltungsrecht »konkretisiert«, daß die bezeichnete Vermittlungsleistung erbracht wird, und nicht nur in dem Sinne, daß ein legaler Ableitungszusammenhang hergestellt und überprüft wird. Dieser methodische Blickwinkel ist für die Lehre vom Ermessen besonders von Jesch<sup>58</sup> und von Rupp<sup>59</sup> bekräftigt worden.

7. Wenn auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung mit einiger Deutlichkeit gezeigt hat, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise das Gesetz der Exekutive die Ausübung von Ermessen zugestehen darf<sup>60</sup>, ist doch bis in die jüngste Zeit die Lehre vom Ermessen, besonders im Hinblick auf den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz, Gegenstand ungewöhnlich lebhafter Kontroversen<sup>61</sup>. Die Verwaltungsgerichtsordnung

56 Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, BTAG Drucks. VI/3080, Tz. 84; P. Badura, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 30, 1972.

57 Für eine anregende, aber eigenwillige Ausarbeitung dieser methodischen Position: P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, bes. S. 595ff.; ders., Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972.

58 D. Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AÖR 82, 1957, S. 163; ders., Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S. 229ff.

59 H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 177ff.; ders., Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273.

60 H. J. Müller, Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1969, 119.

61 K. Stern, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, 1964; H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 184ff.; F. Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618; H. Kellner, Einiges zum behördlichen Ermessen, DÖV 1969, 309; H. H. Rupp, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273; W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969, S. 149ff.; F. Ossenbühl, Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, 84; P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 595ff.; K. Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757.

unterscheidet die Rechtmäßigkeit und die Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO) und läßt den Einfluß der Vorstellung von äußerem und innerem »Grenzen« des Ermessens erkennen (§ 114 VwGO). Diese Regelungen übernehmen die Konstruktion, daß Ermessen eine rechtlich zugelassene Wahlmöglichkeit der Verwaltung zwischen mehreren rechtmäßigen und nur nach Zweckmäßigkeit unterschiedenen Verhaltensweisen sei. Versteht man jedoch die Ausübung von Ermessen als einen Vorgang der gesetzlich begründeten und geregelten Rechtsverwirklichung, wie es auch in der Formel vom »pflichtgemäßem Ermessen« zum Ausdruck kommt<sup>62</sup>, ist die Entgegensetzung von Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit widersprüchlich und könnte nur angenommen werden, daß die gesetzliche Einräumung von Ermessen die Zweckmäßigkeit für bestimmte Entscheidungselemente zum allein maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkt erhebt. Doch auch das führt nur weiter, wenn die dem Ermessen überlassenen Entscheidungselemente nicht als gewissermaßen undurchdringliche »Räume« bloßer Dezision gedacht werden. In jedem Fall beschränkt sich die Heranziehung des Maßstabs der Zweckmäßigkeit, auch als rechtlicher Maßstab verstanden, auf einen Hinweis darauf, worin eigentlich die Ausübung von Ermessen besteht, nämlich in einer durch das Gesetz geleiteten Abwägung von für die zu treffende Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten. Auf diesen Kernpunkt stellt § 73 Abs. 1 SchlH LVwG ab, dem Vorbild des Art. 65 wüEVRO folgend: »Die Behörde entscheidet, soweit Rechtsvorschriften nicht bestimmen, daß oder in welcher Weise sie tätig zu werden hat, im Rahmen der ihr erteilten Ermächtigung nach sachlichen Gesichtspunkten unter Abwägung der öffentlichen Belange und der Interessen des einzelnen über die von ihr zu treffenden Maßnahmen (pflichtgemäßes Ermessen).« Ebenso definiert Lerche Ermessen als ein rechtlich begründetes Vermögen, »nach eigenem Abwägen« zu wählen<sup>63</sup>, und dasselbe sagt Forsthoff, wenn er Ermessen als »wählendes Verhalten im Rahmen einer Wertverwirklichung« bestimmt<sup>64</sup>. Die rechtliche Eigenart der Ausübung von Ermessen bleibt dagegen im dunkeln, wenn in der Einräumung von Ermessen eine Technik gesehen wird, durch »Öffnungen des Gesetzes« eine exekutive Umsetzung der generell-abstrakten Regel in einzelfallbezogene Sachgerechtigkeit zu ermöglichen<sup>65</sup>.

Von Ermessen im strengen Sinne wird nur dort gesprochen, wo eine der Exekutive bei Entscheidungen zukommende Wahlmöglichkeit auf Gesetz oder sonstiger normativer Grundlage beruht und die diesem Handlungsmodus zuzuordnende Entscheidung unmittelbar ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und einem Verwaltungsunterworfenen betrifft. Andere Verwaltungsentscheidungen, die aus einer frei wählenden Willensbildung hervorgehen, aber nur aus dem allgemeinen Auftrag der öffentlichen Ver-

62 BVerfGE 18, 353/363; *Rupp*, Grundfragen. a. a. O., S. 210f.; *Häberle* a. a. O., S. 653.

63 P. *Lerche*, Art. Ermessen, Staatslexikon, 3, 1959, Spalte 12.

64 E. *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966, S. 82.

65 H. H. *Rupp*, Ermessensspielraum und Rechtsstaatlichkeit, NJW 1969, 1273/1276f.

waltung und verwaltungsinternen Bestimmungen abgeleitet sind, ohne individuelle Rechtsstellungen zu berühren, werden aus diesem strengen Begriff ausgeschieden und als Ausübung »gestaltenden Ermessens« oder, in auch terminologischer Abgrenzung, als »frei gestaltende Verwaltung« bezeichnet<sup>66</sup>. Diese zunächst einleuchtend erscheinende Unterscheidung zwischen Ermessen und Gestaltungsfreiheit führt allerdings zu Schwierigkeiten, wenn man mit ihrer Hilfe das Planungsermessen erklären will. Wird in der Lehre vom Ermessen durchgehend an der normstrukturellen Betrachtung, der Norm als konditionaler Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, festgehalten, ist eine einheitliche Konstruktion des Planungsermessens nicht möglich. Einerseits wird dann exekutivische Planung als die der Verwaltung durch das Gesetz anheimgestellte Setzung von Tatbeständen begriffen und demnach als ein Fall frei gestaltender Verwaltung eingeordnet, andererseits wird das Planungsermessen, wo es gesetzlich mit Hilfe unbestimmter Rechtsbegriffe geregelt ist, die auf die Abschätzung zukünftiger Entwicklung verweisen (z. B. »geordnete städtebauliche Entwicklung«), als Gegenstand einer »Einschätzungsprärogative« (eines Beurteilungsspielraums) aufgefaßt<sup>67</sup>. Zu ähnlichen praktischen Ergebnissen dürfte die Anschauung kommen, wonach sich das verwaltungspolitische Ermessen der frei gestaltenden Verwaltung auch in »Begriffsfaktoren« äußert, die bei der Anwendung einzelner unbestimmter Rechtsbegriffe wirksam werden – z. B. »geordnete städtebauliche Entwicklung« – und wonach diese »Begriffsfaktoren« selbst (im Unterschied zu den unbestimmten Rechtsbegriffen) einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegen<sup>68</sup>.

Beide Betrachtungsweisen finden den Kern des Planungsvorganges und die Ausübung des Planungsermessens in einer Gestaltungsermächtigung der Exekutive, die gegenüber dem rechtlich greifbaren Entscheidungsakt isoliert wird. Dariüber hinaus wird das Planungsermessen nicht als ein Fall des Ermessens im strengen Sinne, sondern als Bestandteil der »frei gestaltenden Verwaltung« angesehen. Das steht nicht nur im Widerspruch zu dem Verständnis der Ausübung von Ermessen als einem Vorgang der Rechtsverwirklichung, sondern orientiert sich auch zu sehr an einem Schema der Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Wird in der planmäßigen Ordnung der Bodennutzung ein einheitlicher Verwaltungszweck gesehen, ist ebenfalls eine Differenzierung der Ermessenslehre notwendig<sup>69</sup>, aber als Kriterium dient dabei der Verwaltungszweck der Planung mit der Folge, daß das Planungsermessen als eine besondere Form des Ermessens verstanden wird, die sich in den verschiedenen Erscheinungsweisen des exekutiv-

66 Forsthofer, Lehrbuch, a. a. O., S. 68f.; Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., 1971, § 31 III; Stern a. a. O., S. 15f.; Rupp, Grundfragen, a. a. O., S. 208f.; F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 314f.; ders., Tendenzen und Gefahren, a. a. O., S. 619; ders., Ermessen, a. a. O., S. 89.

67 Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., 1971, § 31 III und § 31 I c 4.

68 Kellner a. a. O., S. 311f.

69 Die auch Redeker a. a. O. fordert.

ischen Planens der Bodenordnung geltend macht. Diese doktrinellen Argumente treffen sich überdies mit dem gegen die exekutive Planung oft erhobenen Einwand, daß bei ihr der Rechtsschutz vielfach zu spät komme, weil Vorentscheidungen bereits vollendete Tatsachen geschaffen hätten<sup>70</sup>. Dafür können eine entsprechende Gestaltung des der rechtsgestaltenden Entscheidung vorausgehenden Planungsverfahrens, vor allem durch Beteiligungsrechte der Betroffenen, oder die Einführung eines besonderen Rechtsschutzverfahrens bei Planungsentscheidungen eine gewisse Abhilfe schaffen<sup>71</sup>. Doch ist die Reichweite dieses Mittels begrenzt, wenn das für die Rechtsstellung der Betroffenen erhebliche Planungsverfahren nur ein Ausschnitt aus dem gesamten Planungsvorgang ist und die diesem Verfahren durch andere Planungsentscheidungen vorgegebenen Prämissen von dem rechtlich greifbaren Geschehen isoliert werden.

8. Die exekutive Planung der Bodennutzung bedarf nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Grundlage in einem Gesetz. Das gilt auch für »vorbereitende« Pläne, soweit diese nicht in jeder Hinsicht unverbindlich sind<sup>72</sup>. Denn diese planerischen Festsetzungen können, auch als bloße Vorentscheidungen, individuelle Rechtspositionen berühren. Da jede Planung durch ihre Zukunftsorientiertheit stets ein antizipierendes Moment enthält<sup>73</sup> und die von der Planung zu erfassende im Wandel begriffene Situation in der Regel die Wahl mehrerer Möglichkeiten (»Planungsalternativen«) offenläßt<sup>74</sup> und da die Planungsentscheidung stets auf einer Abwägung und dem Ausgleich der durch sie berührten Interessen der Allgemeinheit und der Planbetroffenen unter Berücksichtigung der für das Planungsziel erheblichen Umstände beruht<sup>75</sup>, Planung ohne Gestal-

---

70 P. Lerche, Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 1961, 486/490; E. Forsthoff, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 18, 1960, S. 183f.; Blümel a. a. O. (Anm. 19).

71 K.-H. von Koehler, Fragen des Eigentums im Verwaltungsrecht, DVBl. 1958, 191/196; Imboden a. a. O. (Anm. 38), S. 136; W. Brohm, Art. Städtebau (III), Recht, Staatslexikon, 6. Aufl., 11, 1970, Spalte 339/345; ders., Dogmatik, a. a. O. (Anm. 53), Leitsätze 12 und 14.

72 Eine derartige Unverbindlichkeit hat z. B. der BayVGH (VGHE 23, 56) für das landesplanerische Gutachten nach Art. 10 des — jetzt durch das Bayerische Landesplanungsgesetz vom 6. Februar 1970, GVBl. S. 9, abgelösten — Gesetzes über die Landesplanung vom 21. Dezember 1957, GVBl. S. 323, angenommen.

73 Hoppe, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 157.

74 K. Meyer, Zur gerichtlichen Überprüfung der Bauleitpläne, DVBl. 1968, 492/493. — Der gesetzmäßig und sachgerecht gebildete und ausgedrückte Planungswille des Planungsträgers, etwa, wie und in welcher Richtung sich eine Gemeinde städtebaulich geordnet fortentwickeln will, wo und in welchem Umfang in einer Gemeinde Gewerbegebiete ausgewiesen werden oder wie die Streckenführung (Trassierung) und technische Ausgestaltung einer öffentlichen Straße beschaffen sein soll, ist hinzunehmen, auch wenn eine andere planerische Lösung denkbar und unter dem Gesichtspunkt öffentlicher Belange gleich »gut« sein sollte (BVerwGE 18, 247; BVerwG BayVBl. 1966, 348; BVerwGE 34, 301/309). Es ist nicht Sache des Gerichts, zu entscheiden, ob ein gesetzmäßiger und sachgerechter Planakt die zweckmäßigste und wirtschaftlichste Lösung des Planungsvorhabens ist (BVerwG DVBl. 1969, 307; BVerwG VRS 37, 154).

75 BVerwGE 34, 301/304, 309; BVerwG DVBl. 1971, 186; Hoppe, Rechtsschutz, a. a. O., RdNr. 158.

tungsfreiheit also »ein Widerspruch in sich« wäre<sup>76</sup>, bedeutet die gesetzliche Zuweisung einer Planungsaufgabe und der zu ihrer Erledigung erforderlichen Befugnisse notwendig auch die Einräumung eines Planungsermessens. Es liegt in der Natur der Bauleitplanung wie auch anderer Planungen, daß sie keiner vorgehenden gesetzlichen Regelung zugänglich sind, deren Anwendung im Einzelfall zwingend zu einer ganz bestimmten Lösung führen würde<sup>77</sup>. Der in der Rechtsfigur des Planungsermessens ausgedrückte Vorgang der antizipierenden und programmatischen Abwägung und Ausgleichung hat, soweit in ihn private Belange eingehen, die durch das Planungsvorhaben zu einer Gruppe verbundenen Grundstückseigentümer und sonst Verfügungs- und Nutzungsberichtigten zum Gegenstand. Da die der Planung zugrundeliegende Gesetzesnorm dem normstrukturellen Schema der mit einem Tatbestand verknüpften Rechtsfolge nicht entspricht<sup>78</sup>, kann die an diesem Schema ausgerichtete Lehre von Rechtsfolgeremessen und Beurteilungsspielraum zum Verständnis des Planungsermessens nichts beitragen. Die in der das Planungsermessen begründenden gesetzlichen Regelung festgelegten Grundsätze und Begriffe wird man vielmehr als Richtlinien für die Ausübung des Planungsermessens, als »Ermessensdirektiven«<sup>79</sup>, verstehen müssen. Die formelhafte Heranziehung der Gesichtspunkte, daß ein Plan die »Grenzen« oder »Schranken« des Ermessens überschreite, wenn er eine willkürliche Sachbehandlung durch die Behörde erkennen lasse<sup>80</sup>, wenn die planende Behörde ihr Ermessen mißbraucht, offensichtlich gefehlt, rechtswidrig gehandelt haben sollte<sup>81</sup> oder wenn die Behörde das Recht und die Pflicht zur Ermessensausübung überhaupt verkannt habe oder wenn dabei entweder sachfremde Gesichtspunkte gespielt haben oder umgekehrt sachlich wesentliche Gesichtspunkte erkennbar außer acht gelassen worden seien<sup>82</sup>, bleibt zu sehr im allgemeinen und geht auf die Eigenart des Planungsermessens nicht ein. Es muß eine besondere Doktrin der Rechtsfehler bei der Ausübung des Planungsermessens entwickelt werden, für die bereits fruchtbare Ansätze vorhanden sind<sup>83</sup>.

Das aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abzuleitende Gebot der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen für die Aus-

76 BVerwGE 34, 301/304.

77 BayVGHE 21, 35/36; *Friauf* a. a. O. (Anm. 43), S. 382.

78 Darauf weist auch *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 149, hin.

79 F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 319; ders., Tendenzen und Gefahren, a. a. O. (Anm. 61), S. 626; ders., Ermessen, a. a. O. (Anm. 61), S. 87.

80 HessVGH DÖV 1965, 345.

81 BGH NJW 1967, 2305; BayVGHE 21, 35/36.

82 BVerwG BayVBl. 1966, 348.

83 BVerwG DÖV 1970, 64 = DVBl. 1969, 697 = NJW 1969, 1868 = BBauBl. 1970, 229; BVerwGE 34, 301; BVerwG DVBl. 1971, 186; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74); *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 173ff.; ders., Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG), BauR 1970, 15.

übung öffentlicher Verwaltung fordert bei der Einräumung von Planungsermessen eine sorgfältige Prüfung seitens der Legislative, welche Vorentscheidungen über die Planungsvoraussetzungen notwendig durch Gesetz zu erfolgen haben. Die »rechtsstaatlichen Anforderungen an das Planungsermessen«<sup>84</sup> sind deshalb zuerst an den Gesetzgeber zu stellen. Art und Umfang der planerischen Eingriffe in individuelle Rechtspositionen dürfen dem Planungsermessen nur insoweit überlassen bleiben, wie das auf Grund der Eigenart der gesetzlich geregelten Planung unumgänglich ist<sup>85</sup>. Zu dem rechtsstaatlichen Minimum einer Planungsermächtigung wird man jedenfalls die Bestimmung des Planungssubjekts (Zuständigkeit), die Ordnung des Planungsverfahrens, die Definition der Planungsaufgabe und die Aufstellung der für die planerische Abwägung maßstäblichen Grundsätze (Richtlinien für die Ausübung des Planungsermessens) rechnen müssen. Abgesehen von der Wahrung der Verfassung, der rechtsstaatlichen Anforderungen an das Planungsverfahren und die abwägende Willensbildung und des Vorranges des Gesetzes ist eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung eines Planes in dem Maße gegeben, als die gesetzliche Planungsermächtigung formelle Bestimmungen und inhaltliche Voraussetzungen und Richtlinien für die Ausübung des Planungsermessens aufgestellt hat. Der Planbetroffene kann, sofern und soweit der Plan seine Rechtsposition berührt, eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der prozessual in Betracht kommenden Verfahrensart herbeiführen.

9. Ausgangspunkt für die gesetzliche Ordnung des Planungsverfahrens ist, daß der Erlaß jedes Planes, der als Rechtssatz oder Verwaltungsakt unmittelbar eine Gestaltung von Rechtspositionen bewirkt, ein förmliches Verwaltungsverfahren voraussetzt. Auch sonstige Planungen müssen, wenn sie verbindlich sein sollen, in einer förmlichen Entscheidung niedergelegt werden; das ist beispielsweise für die Begründung der Anpassungspflicht der kommunalen Leitplanung an Ziele und Programme der Landesplanung (§ 1 Abs. 3 BBauG) anerkannt. Das Gesetz muß ferner regeln, welche Festsetzungen ein Plan vornehmen darf und welche rechtliche Wirkungen ihm zukommen sollen. Für den Bebauungsplan legt § 9 BBauG abschließend fest, welche Festsetzungen zulässig sind<sup>86</sup>. Daraus ergibt sich weiter, daß der Bebauungsplan die vorgesehene Zweckbestimmung der durch Festsetzungen betroffenen Grundstücke, z. B. bei Inanspruchnahme für den Gemeinbedarf, hinreichend präzisieren muß<sup>87</sup>.

Weitere grundsätzlich notwendige Verfahrensregelungen sind Bestimmungen über die Anhörung oder sonstige Beteiligung der Planbetroffenen, über die Beteiligung anderer Planungsträger oder sonst betroffener Verwaltungsstellen und über die Einfügung des Planes in das Gesamtsystem übergeord-

84 *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 168ff.

85 *Friauf* a. a. O. (Anm. 43), S. 382.

86 BayVGHE 21, 35/36, 38; VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/74; K. *Gelzer*, Das neue Bauplanungsrecht, 1964, § 9; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74), S. 493.

87 VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/74f.

neter und abhängiger Pläne, welche die Rechte und Nutzungen des Planbereichs betreffen.

10. Die Grundbestimmung der gesetzlichen Regelung einer Planungsaufgabe ist die Definition des Planungszieles, des spezifischen Planungsauftrages. Durch sie, die jeweilige planungsrechtliche Generalklausel, wird die wesentliche Leitlinie für die Ausübung des Planungsermessens vorgeschrieben. Wie die komplexe Regelung in § 1 ROG zeigt, kann die Festlegung des Planungszieles (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ROG) gesetztechnisch mit den bei seiner Verwirklichung maßgeblichen Grundsätzen verbunden sein. Eine ausdrückliche Bezeichnung des Planungszieles kann auch fehlen, wenn die einem Planungsverfahren gestellte Aufgabe aus dem größeren Zusammenhang, in den die Planungsregelung eingefügt ist, im Wege der Auslegung ermittelt werden kann; eine ausdrückliche Formulierung dürfte allerdings, nicht zuletzt im Interesse des Rechtsschutzes, vorzuziehen sein. Für die straßenbaurechtliche Planfeststellung beispielsweise könnte als Planungsaufgabe angesehen werden, ein dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis genügendes, die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs gewährleistendes und den Bedürfnissen der verkehrsmäßigen Erschließung genügendes Straßennetz zu bauen, zu unterhalten, zu erweitern oder sonst zu verbessern. Aus diesem Ziel können als Bindungen des Planungsermessens etwa die unabdingte Wahrung der Sicherheit des Verkehrs<sup>88</sup> und die Einhaltung allgemeingültiger Regeln der Straßenbaukunst<sup>89</sup> abgeleitet werden.

Das Planungsziel der Bauleitplanung ist die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung in Stadt und Land durch Bauleitpläne, die von den Gemeinden in eigener Verantwortung aufzustellen sind, sobald und soweit es erforderlich ist (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 BBauG). Dieses Ziel und das implizierte Planungsermessen betreffen die Aufstellung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen, aber auch andere bauplanerische Entscheidungen, welche die normativen Darstellungen und Festsetzungen der Bauleitplanung verwirklichen oder ergänzen, z. B. die Bodenverkehrsgenehmigung für die Teilung eines Grundstückes im Außenbereich, für die der Maßstab die »geordnete städtebauliche Entwicklung« ist (§ 20 Abs. 1 BBauG)<sup>90</sup>.

Die Ordnung der städtebaulichen Entwicklung ist bei der Bauleitplanung das »allem anderen übergeordnete Ziel«<sup>91</sup>, das »städtische Ordnungsprinzip«<sup>92</sup>, das die Ordnung und Lenkung der baulichen und sonstigen Nutzung des Gemeindegebiets beherrscht<sup>93</sup>. Dieses Prinzip fordert, daß überhaupt (hinreichend gewichtige) städtebaulich beachtliche Allgemein-

---

88 BVerwG DVBl. 1968, 342; BVerwG DVBl. 1969, 360.

89 OVG Lüneburg DVBl. 1966, 411.

90 BVerwGE 19, 82/86.

91 BVerwGE 34, 301/307.

92 L. Wambganz, Die Bauleitplanung, DVBl. 1961, 533.

93 BayVGHE 21, 52/53; Meyer a. a. O. (Anm. 74), S. 495.

belange für eine bestimmte Planung sprechen<sup>94</sup>. Das ist dann nicht der Fall, wenn ein Bebauungsplan ohne Zusammenhang mit einem Ordnungskonzept lediglich die Bebaubarkeit einzelner Grundstücke regelt<sup>95</sup>. Das städtebauliche Planungsziel fordert darüber hinaus inhaltlich, durchdachte und den Bedürfnissen modernen Städtebaues entsprechende Ordnungsvorstellungen zu entwickeln, also nicht etwa die unerwünschte Gemengelage von Wohnbebauung und gewerblicher Bodennutzung zu fördern<sup>96</sup> oder eine den alltäglichen Lebens- und Wohnbedürfnissen nicht genügende Splittersiedlung zu ermöglichen<sup>97</sup>. Aus der gesetzlichen Planungsaufgabe folgt schließlich, daß die Aufstellung eines Bauleitplanes nur zulässig ist, wenn ein derartiger Plan nach dem Maßstab der Ordnung der städtebaulichen Entwicklung erforderlich ist, um die Bodennutzung zu lenken<sup>98</sup>. Umgekehrt trifft die Gemeinde eine Planungspflicht, wenn diese Voraussetzung gegeben ist<sup>99</sup>. Bei anderen Planungen ist das Planungsermessen nicht durch eine derartige Planungspflicht gebunden, so bei der strassenbaurechtlichen Planfeststellung<sup>100</sup>, es können dort aber abgeleitete Planungspflichten für einzelne Planelemente bestehen, z. B. nach § 17 Abs. 4 und 5 BFernStrG<sup>101</sup>.

In einem Zusammenhang mit dem gesetzlichen Planungsauftrag müssen die Bindungen des Planungsermessens gesehen werden, die durch Anpassungspflichten zugunsten anderer Pläne bestehen. Die kommunalen Bauleitpläne sind den Zielen und Programmen der Landesplanung (§§ 1 Abs. 3 BBauG, 5 Abs. 4 ROG)<sup>102</sup> und den übergeordneten Fachplanungen (§§ 38 BBauG, 16 Abs. 2 Satz 3 BFernStrG, u. a.)<sup>103</sup> anzupassen. Die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden sollen aufeinander abgestimmt werden (§ 2

---

94 BVerwGE 34, 301/305.

95 OVG Saarland BBauBl. 1966, 463; BayVGHE 21, 52; OVG Lüneburg BRS 22 Nr. 9 S. 22; OVG Saarland BRS 22 Nr. 5.

96 OVG Lüneburg BRS 22 Nr. 9; VG Gelsenkirchen DVBl. 1971, 832.

97 OVG Lüneburg DVBl. 1967, 391 (Revisionsentscheidung; BVerwGE 34, 301).

98 VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/74 und 14/IV, 197/199; OVG Saarland BRS 22 Nr. 5 S. 15; *Friauf* a. a. O. (Anm. 43), S. 382; H. *Schrödter*, Bundesbaugesetz, 2. Aufl., 1969, § 2, RdNr. 2.

99 BGH DVBl. 1969, 209; BayVerfGH DVBl. 1966, 798; VGH Bad.-Württ. ESVGH 14/IV, 197/199f.; *Schrödter* a. a. O.

100 BayVGH VerwRspr. 16, 469/480ff.

101 HessVGH DÖV 1965, 345.

102 OVG Lüneburg DÖV 1969, 642; W. *Zinkahn*, Die Schranken der gemeindlichen Planungs-  
hoheit, BlGBWR 1963, 6; R. *Stich*, Umfang und Grenzen der Planungshoheit der  
Gemeinden, BlGBWR 1966, 121/122; R. *Breuer*, Die hoheitliche raumgestaltende Planung,  
1968, S. 212ff.; W. *Bielenberg*, Die rechtliche Bindung der Bauleitplanung an die Ziele  
der Raumordnung und Landesplanung, DÖV 1969, 376; J. *Weitzel*, Anpassung, Kon-  
kretisierung und Ermessen im Planungsrecht, DÖV 1971, 842.

103 BVerwG DVBl. 1971, 186; R. *Breuer* a. a. O., S. 197ff.

Abs. 4 BBauG)<sup>104</sup>. Durch »Raumordnungsklauseln« (z. B. § 16 Abs. 1 BFernStrG) sind die Fachplanungen verpflichtet, die Erfordernisse der Raumordnung und die landesplanerischen Festlegungen zu berücksichtigen<sup>105</sup>.

11. Die Verwirklichung der Planungsaufgabe in einer konkreten Planung und damit die Ausübung des Planungsermessens werden durch das Gesetz an Grundsätze gebunden, die als Richtlinien und Maßstäbe der planerischen Abwägung dienen. Die Detailliertheit dieser Grundsätze ist unterschiedlich; äußerstens kann sich die gesetzliche Richtlinie auf den Maßstab des »öffentlichen Interesses« oder der »öffentlichen Belange« beschränken und so die Auslegung und auch die verwaltungsgerichtliche Kontrolle des Planungsermessens in sehr komplexe Erwägungen verwickeln<sup>106</sup>. Die Abwägungsrichtlinien geben an, welche Belange und Interessen in die Abwägung einzubeziehen sind, in welcher Weise und mit welcher Gewichtung sie in der Abwägung zu berücksichtigen sind und welche Kriterien die Einbeziehung von Rechtspositionen in eine konkrete Planung bestimmen sollen. Die Eigenart der Planung bringt es mit sich, daß besonders Vorzugsregeln, die das Gewicht einzelner Belange im Rahmen einer konkreten Planung bindend festlegen, im Regelfall nicht gesetzlich vorgegeben werden können, weil die betroffenen Planungssituationen zu vielgestaltig sind, so daß diese Frage der Abwägung überlassen bleibt. Darauf ist noch zurückzukommen. Für das Maß der gesetzlichen Bestimmtheit der Abwägungsrichtlinien spielt auch eine Rolle, wer Subjekt der Planung ist. Die strengsten Anforderungen werden bei Planungen zu stellen sein, die im Verfahrensverfahren der Bürokratie durchzuführen sind, während bei Planungsentscheidungen oberster Bundes- oder Landesbehörden die Grundsätze des parlamentarischen Regierungssystems und bei Planungen von kommunalen Gebietskörperschaften die Einrichtungen der Selbstverwaltung für die Legitimierung der politischen Willensbildung und die notwendige Bindung des Planungsermessens ins Gewicht fallen<sup>107</sup>.

Von besonderer Ausführlichkeit sind die Grundsätze für die Ausübung des Planungsermessens bei Raumordnung und Landesplanung (§§ 1, 2 ROG; ggf. zusätzliche Grundsätze des Landesrechts gem. § 2 Abs. 3 ROG)<sup>108</sup>. Diese Regelungen lassen es unmittelbar deutlich werden, daß planerische Abwägungsrichtlinien nicht als subsumtionsfähige Tatbestandsmerkmale verstanden werden können; es hängt vom konkreten Planungsvorhaben ab, welche Grundsätze einschlägig sind und wie die unter Umständen widerstreitenden Folgerungen aus den Grundsätzen im konkreten Plan abzugleichen sind.

104 OVG Lüneburg DVBl. 1971, 322; *Zinkahn* a. a. O., S. 8ff.

105 E. Forsthoff-W. Blümel, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, 1970; E. A. Marshall, Bundesfernstraßengesetz, 3. Aufl., 1971, § 16, RdNr. 1 bis 4.

106 P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, bes. S. 595ff.

107 Vgl. den Hinweis von O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, 1967, Nr. 400.

108 Bielenberg a. a. O. (Anm. 102), S. 379.

Für die Bauleitplanung sind die maßstäblichen Abwägungsrichtlinien in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG normiert. Diese Bestimmungen sind »Grundregeln«<sup>109</sup>, »Leitsätze«<sup>110</sup>, »Zielpunkte«<sup>111</sup>, »Grundsätze und Richtlinien«<sup>112</sup> der Bauleitplanung, in denen »Wertvorstellungen des Gesetzgebers«<sup>113</sup> zum Ausdruck kommen. Ob die planende Gemeinde Inhalt und Bedeutung dieser Richtlinien allgemein und im Hinblick auf die Gegebenheiten des konkreten Planungsvorhabens zutreffend verstanden und bei der Ausübung des Planungsermessens berücksichtigt hat, unterliegt – wie auch bei den Abwägungsgrundsätzen anderer Planungen – der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Überprüfung<sup>114</sup>. Diese Bindung des Planungsermessens betrifft vor allem die vollständige Erfassung aller für die konkrete Planung erheblichen Belange<sup>115</sup> und die richtige Einschätzung, welche Bedeutung für das Planungsvorhaben, also nach den Umständen des konkreten Planes<sup>116</sup>, die betroffenen öffentlichen und privaten<sup>117</sup> Belange haben.

12. Das Gebot, die von einer Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, ergibt sich aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung; es ist ein dem Wesen rechtsstaatlicher Planung innewohnender Grundsatz<sup>118</sup>. Denn es geht bei der Planung durchweg um einen Ausgleich mehr oder weniger zahlreicher, in ihrem Verhältnis zueinander komplexer Interessen, die überdies meist in eigentümlicher Weise miteinander verschränkt sind, so daß dem einen Interesse nichts zugestanden werden kann, ohne in einer Art Kettenreaktion zahlreiche andere Interessen zu berühren<sup>119</sup>. Der zur Aufstellung eines konkreten Planes in der Regel erforderliche Ausgleich, das erforderliche Kompromiß, bedingt, daß häufig dem einen Bedürfnis nicht zugestanden werden

---

109 BVerwGE 34, 301/304f.

110 BVerwGE 34, 301/308; *Gelzer* a. a. O. (Anm. 86), § 11.

111 BVerwGE 34, 301/307.

112 BayVGHE 21, 35/36. — Vgl. auch OVG Lüneburg DVBl. 1967, 391; K. *Meyer-R. Stich-H.-J. Tittel*, Bundesbaurecht, 1966, § 1, RdNr. 9; *Stich* a. a. O. (Anm. 102), S. 122f.

113 OVG Lüneburg DÖV 1969, 642.

114 BVerwGE 34, 301/308.

115 BVerwGE 34, 301/309; W. *Hoppe*, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 1964, 165/169, 172; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74), S. 495; W. *Ernst-W. Zinkahn-W. Bielenberg*, Bundesbaugesetz, 1971, § 1, RdNr. 61. — Dieser Grundsatz gilt für jede Planung; siehe für die Planfeststellungen: *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 144.

116 VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71; OVG Lüneburg BRS 22 Nr. 9.

117 VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/76f.; VGH Bad.-Württ. ESVGH 17, 101/105; VG Gelsenkirchen DVBl. 1971, 832; *Hoppe*, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115).

118 BVerwG NJW 1969, 1868; BVerwGE 34, 301/307; BVerwG DVBl. 1971, 186; K. *Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, 757/761.

119 BVerwG NJW 1969, 1868.

kann, was nicht zugleich einem anderen Bedürfnis genommen wird; in der damit geforderten Entscheidung über Vorzugswürdigkeit und Priorität äußert und bewährt sich die Planung in ihrer Eigenart<sup>120</sup>. Das der Ausübung von Planungsermessens immanente rechtsstaatliche Abwägungsgebot stellt ein rechtliches Prinzip dar, das die Verwirklichung des Planungszieles nach den jeweiligen Abwägungsgrundsätzen beherrscht. Es ist für die Raumordnung und Landesplanung in § 2 Abs. 2 ROG<sup>121</sup> und für die Bauleitplanung in § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG<sup>122</sup> ausdrücklich ausgesprochen. Die Bindung des Planungsermessens durch das Abwägungsgebot ist eine rechtliche, und ein konkreter Plan ist auf die Einhaltung dieses Gebots verwaltunggerichtlich kontrollierbar.

Das Abwägungsgebot wird verletzt, wenn die nach den konkreten Umständen des Planungsvorhabens aufgegebene Abwägung unterbleibt<sup>123</sup> und wenn die für das Planungsvorhaben erheblichen tatsächlichen Umstände nicht ausreichend ermittelt werden<sup>124</sup>. Es bindet das Planungsermessen vor allem an die Wahrung willkürfreier Sachgerechtigkeit<sup>125</sup> und verlangt die Einhaltung des Übermaßverbots<sup>126</sup>. Der Grundsatz der willkürfreien Sachgerechtigkeit verweist auf das Planungsziel und die Abwägungsgrundsätze<sup>127</sup>, deren Handhabung damit an einer allgemeinen Maxime orientiert wird, und bezieht auch die dem bodenordnenden Planungsrecht in erster Linie zugrundeliegenden Verfassungsrechtssätze des sozialen Rechtsstaates und der Eigentumsgarantie in die planerische Willensbildung ein<sup>128</sup>. Er verbietet Ermessensmißbrauch durch Berücksichtigung sachfremder Gesichtspunkte<sup>129</sup>. Die Bedeutung dieses Grundsatzes beschränkt sich nicht auf die Abwägung der Belange für eine gegebene Planungssituation, sondern erstreckt sich auch auf die Abgrenzung des Planungsvorhabens und der planbetroffenen Rechtspositionen, z. B. im Falle der abschnittsweisen Plan-

---

120 BVerwGE 34, 301/309.

121 *Bielenberg* a. a. O. (Anm. 102), S. 380; *Friauf* a. a. O. (Anm. 43), S. 439.

122 BVerwGE 34, 301 (dazu W. *Hoppe*, BauR 1970, 15); VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71; VGH Bad.-Württ. ESVGH 17, 101; *Gelzer* a. a. O. (Anm. 86), §§ 15, 16; *Hoppe*, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115).

123 BVerwGE 34, 301/309; *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 60.

124 *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 62; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74) S. 495.

125 O. *Groschupf*, Rechtsprechung zum Bundesbaugesetz, BB Beilage 8/1968, S. 4; *Hoppe*, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115), S. 172; ders., Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 173ff.

126 VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/76f.; OVG Lüneburg DVBl. 1966, 411; *Friauf* a. a. O. (Anm. 43), S. 382; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74), S. 495; *Stich* a. a. O. (Anm. 102), S. 123; *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 184.

127 *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 58.

128 *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 50.

129 BVerwG VRS 37, 154; *Meyer* a. a. O. (Anm. 74), S. 495.

feststellung<sup>130</sup>. Das Gebot der sachgerechten Abwägung gibt vor allem dem Planungsermessen eine rechtliche Richtlinie für die Beurteilung der Gewichtigkeit der betroffenen, abzuwägenden und auszugleichenden Belange und Interessen im Rahmen eines konkreten Planungsvorhabens<sup>131</sup>. Die Gewichtigkeit der betroffenen Belange und Interessen muß in den durch das Planungsvorhaben hergestellten Relationen unter dem Blickwinkel des Planungszieles und der Planungsgrundsätze eingeschätzt werden, und diese Einschätzung ist, soweit derartige Standards bestehen, eine Rechtsfrage. Eine »gerechte« Abwägung (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG) setzt voraus, daß die objektiv geringerwertigen Interessen hinter den objektiv vorzugswürdigen Interessen zurückzutreten haben<sup>132</sup>, daß dem Vorzug des einen vor dem anderen Interesse ein entsprechender Vorrang des vorgezogenen Interesses zugrundeliegt, die öffentlichen Interessen an der vorgesehenen Planung also schwerer wiegen als die etwa entgegenstehenden privaten Belange der Betroffenen<sup>133</sup>, und daß betroffene private Belange nicht ohne sachliche Rechtfertigung ungleich belastet werden<sup>134</sup>. Das Gewicht, das dem den Festsetzungen eines Bebauungsplanes entgegenstehenden privaten Interesse objektiv zukommt, ist entscheidend für die Anforderungen, die an die Bedeutung der für die Festsetzungen in Betracht kommenden öffentlichen und privaten Belange gestellt werden müssen<sup>135</sup>. »Das fundamentale Rechtsproblem der Planung liegt in der Vereinbarkeit der spezifisch planenden Auslese mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsgleichheit<sup>136</sup>.«

Das Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit und das Übermaßverbot sind Bestandteile des übergreifenden Abwägungsgebotes und bilden deshalb zusammenhängende Abwägungsgesichtspunkte. Als Element planerischer Abwägung besitzt das Übermaßverbot nicht die Schärfe, die ihm als Maßstab für eine Enteignung zukommt, bei der – anders als bei der planerischen Entscheidung – ein zweiseitiges Subordinationsverhältnis vorliegt. Außerdem ist die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht für alle Planungen gleich. Während bei der straßenbaurechtlichen Planfeststellung die »auf die Planung bezogene Elemente« des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit das Planungsermessen binden, also nicht erst im Rahmen der ja an den Planfeststellungbeschuß gebundenen Enteignung zur

---

130 Blümel a. a. O. (Anm. 19), S. 148ff.

131 BVerwGE 34, 301/309; VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/75, 77 und 14/IV, 197/200 und 17, 101/104, 109; OVG Saarland BRS 22 Nr. 5 S. 15; Hoppe, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115), 168ff.; ders., Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 185; ders., Schranken, a. a. O. (Anm. 83), S. 17. — Das Abwägungsgebot gilt auch beim Zusammentreffen divergenter Planungen (BVerwG DVBl. 1971, 186).

132 Hoppe, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115), S. 169.

133 VGH Bad.-Württ. VerwRspr. 20, 158; VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/75.

134 VGH Bad.-Württ. VerwRspr. 20, 158/163; VGH Bad.-Württ. ESVGH 13/I, 71/77.

135 VGH Bad.-Württ. ESVGH 17, 101.

136 Imboden a. a. O. (Anm. 38), S. 142.

Geltung kommen<sup>137</sup>, läßt die bei der Bauleitplanung in der Regel ungleich komplexere Abwägungs- und Ausgleichslage die Geltung des am zweiseitigen Subordinationsverhältnis orientierten und für eine Enteignung zwingenden Prinzips nicht zu, daß die Inanspruchnahme der betroffenen Rechtsposition das letzte Mittel sein muß<sup>138</sup>. Bei der Bauleitplanung ist der Grundsatz des Übermaßverbotes ungleich deutlicher als bei einer Fachplanung in den dem Planungsermessen eigentümlichen Vorgang der Abwägung und des Ausgleichs aufgenommen<sup>139</sup>. Wenn aber auch bei der städtebaulichen Planung die Abwägung nicht in dem Sinne dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliegt, daß von dem planunterworfenen Eigentümer nur das an Planung hingenommen zu werden brauchte, was der Sicherung der funktionsgerechten privaten Nutzung dient<sup>140</sup>, so reduziert sich doch der Schutz privater Rechtspositionen gegenüber der Bauleitplanung nicht »weithin auf ein Diskriminierungsverbot«<sup>141</sup>. Die dem Planungsermessen aufgegebene Aktualisierung der Situationsgebundenheit des städtebaulich betroffenen Grundeigentums muß die private Rechtsposition abwägend und ausgleichend berücksichtigen<sup>142</sup>; denn die Verfassung sichert das Eigentum nicht nur in seinem Wert, wie er in einer Entschädigungsleistung realisiert wäre, sondern auch in seinem Bestand<sup>143</sup>.

---

137 BVerwG DVBl. 1969, 360; BVerwG DVBl. 1970, 583; BVerwG DVBl. 1971, 186, BayVGH VerwRspr. 16, 469; *Hoppe*, Rechtsschutz, a. a. O. (Anm. 38), RdNr. 190ff.

138 BVerwG NJW 1969, 1868; BGH NJW 1967, 103; BGH NJW 1967, 2305; BayVGHE 21, 35/36; *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 64.

139 *Gelzer* a. a. O. (Anm. 86), § 10; *Hoppe*, Bauleitplanung, a. a. O. (Anm. 115), S. 169.

140 *Ernst-Zinkahn-Bielenberg* a. a. O. (Anm. 115), § 1, RdNr. 53.

141 W. Brohm, Art. Städtebau (III), Recht, Staatslexikon, 6. Aufl., Bd. 11, 1970, Sp. 339/346.

142 V. Götz, Bauleitplanung und Eigentum, 1969, S. 45f.

143 BVerfGE 24, 367.