

cher Anreize für Produzenten wie Konsumenten sind freilich nötig. Bei der Umsetzung des im KrW-/AbfG enthaltenen Instrumentariums, insbesondere der Verordnungsgebung, wird darauf zu achten sein, daß die im Gesetz angelegte Verstärkung wirtschaftlicher Kriterien auf dem Entsorgungssektor konsequent fortgeführt wird und nicht, wie es in der jüngst vorgelegten Studie des Technikfolgenabschätzungsbüros beim Deutschen Bundestag zum Thema »Abfallvermeidung und Hausmüllentsorgung – Vermeidung und Verminderung von Haushaltsabfällen« anklingt, unter Berufung auf das Leitbild einer abfallarmen Wirtschafts- und Lebensweise letztlich doch dirigistische Strukturveränderungen im Sinne ökologisch ausgeglichener Investitionslenkung angepeilt und eingeleitet werden⁹¹.

91 Bericht vom 16. 3. 1994, BT-Drucks. 12/7093.

In *Dürrenmatts* »Herkules und der Stall des Augias« tauchen die bereits einmal zitierten Parlamentarier in der Schlussszene aus dem Mist auf und mahnen:

»Der Schutt in Herzen und Gassen
Er säubert von selber sich nie
Was heute ihr unterlassen
Verschlingt euch schon in der Früh ...«

Kein Wunder, denn anders als im griechischen und römischen Mythos, wo der abfallwirtschaftliche Erfolg durch individuelle Qualifikation und persönliche Initiative erreicht wurde, basierte der Mißerfolg in der *Dürrenmattschen* Komödie vor allem auf staatsorganisationsstrukturellen Defiziten und vielfältigen Querschüssen einer allgegenwärtigen Administration. Auch für den Entsorgungssektor gilt schließlich die Beobachtung: Bei staatlichen Ingerenzen in marktwirtschaftliche Abläufe ist das Gegenteil von »gut« allzu häufig »gut gemeint«.

Nutzungsvorbereitende Aufwendungen in Gebieten nach §§ 34, 35 BauGB und ihre Entschädigung bei Entwertung durch Bebauungsplan

Von Wissenschaftlicher Assistentin Barbara Remmert, Münster

I. Einleitung

Die §§ 39–42 BauGB gewähren für bestimmte Fälle Entschädigung, in denen durch wirksame planerische Maßnahmen einer Gemeinde zuvor bestehende Nutzungen und Nutzungsmöglichkeiten von Grundstücken beeinträchtigt werden¹. Dabei gleichen die §§ 40–42 BauGB vorrangig² Minderungen der Bodennutzbarkeit und des Bodenwertes aus. § 39 BauGB entschädigt darüber hinausgehend Aufwendungen, die Eigentümer oder sonstige Nutzungsberechtigte³ im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans zur Vorbereitung einer planmäßigen Nutzung getätigt haben und die durch Änderung, Ergänzung oder Aufhebung dieses Planes an Wert verlieren⁴. Derartige Aufwendungen können wirtschaftlich sehr erheblich sein. Deshalb ist es von Interesse, ob auch Eigentümer oder sonstige Nutzungsberechtigte von Grundstücken in Gebieten nach §§ 34, 35 BauGB für solche Aufwendungen zu entschädigen sind, die sie zur Vorbereitung einer rechtmäßigen Nutzung im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der bauplanungsrechtlichen Lage getätigt haben und die durch die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplanes in ihrem Wert beeinträchtigt werden.

Aus dem Wortlaut des § 39 Satz 1 BauGB wird vielfach geschlossen, die Regelung sei abschließend⁵ und für eine erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung bestehe kein Raum⁶. In Gebieten nach §§ 34, 35 BauGB fehle es an einer »spezifischen planerischen Gewährleistungsgrundlage«⁷, die eine Entschädigung für in ihrem Wert geminderte Aufwendungen erfordern oder rechtfertigen könne. Vielmehr seien diese Gebiete gerade grundsätzlich noch einer Planung bedürftig⁸. Im übrigen sei das Vertrauen auf den Fortbestand einer gesetzlichen, noch nicht ins Werk gesetzten Nutzungsmöglichkeit durch die Verfassung nicht geschützt⁹. Die Gegenseite weist auf die Vergleichbarkeit der Interessenlagen bei Aufwendungen im berechtigten Vertrauen auf den Bestand eines Bebauungsplans und bei solchen im berechtigten Vertrauen auf den Bestand der bauplanungsrechtlichen Lage nach §§ 34, 35 BauGB hin¹⁰. In beiden Fällen stelle sich die Nutzungsmöglichkeit eines Grundstücks als Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie dar¹¹. Eine un-

1 Zur Systematik der §§ 39–42 BauGB *Krebs*, in: von Münch/Schmidt-Aßmann, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Aufl. 1995, 4. Abschn. Rdnr. 185; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 4. Aufl. 1994, Vorb. §§ 39–44 Rdnr. 2.

2 § 41 Abs. 2 Nr. 1 BauGB gewährt – wie § 39 BauGB – keine Entschädigung für die Minderung des Bodenwertes, sondern eine Entschädigung für besondere Aufwendungen.

3 Zur Anspruchsberechtigung von Grundstückserwerbem OLG Nürnberg, NVwZ 1991, 1114 (1115 f.), und *Schenkel/Melchior*, NVwZ 1991, 1052 ff.

4 Vgl. zu den ersatzfähigen Aufwendungen *Bielenberg*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Losebl. (Stand: Juni 1994), § 39 Rdnrn. 8 ff.; *Hoppe*, in: *Ernst/Hoppe*, *Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht*, 2. Aufl. 1981, Rdnr. 523.

5 Vgl. *Breuer*, in: *Schrödter*, BauGB, 5. Aufl. 1992, § 39 Rdnrn. 38, 40; *Koch/Hosch*, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht*, 1988, 193; *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17. Vgl. zu § 39j BBauG BGHZ 84, 292 (297); BGHZ 109, 380 (391); *Korbmacher*, *WiVerw.* 1979, 37 (45); *Müller*, *BauR* 1983, 193 (193).

6 So im Ergebnis *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17; *Breuer* (Fußn. 5), § 39 Rdnr. 40; *Koch/Hosch* (Fußn. 5), S. 193 f.; *Gaentzsch*, in: *Berliner Kommentar zum BauGB*, 1988, § 39 Rdnr. 4; *Oldiges*, in: *Steiner*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 1992, Abschn. IV Rdnr. 117; *Dyong*, in: *Cholewa/Dyong/von der Heide/Sailer*, BauGB, 3. Aufl. 1994, Anm. zu § 39.

7 *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17; *ders.*, *Gutachten B zum 49. DJT*, 48 f.; für § 35 BauGB auch *Battis* (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 7.

8 *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17.

9 *Breuer* (Fußn. 5), § 39 Rdnr. 40.

10 H.-J. *Birk*, NVwZ 1984, 1 (4 f.); *Schenke*, DÖV 1987, 45 (bes. 46 f.); *ders.*, *WiVerw.* 1990, 222 (246 ff.).

11 *Schenke*, DÖV 1987, 45 (46).

mittelbare¹² oder analoge¹³ Anwendung des § 39 BauGB auf die hier diskutierten Fälle sei daher ganz¹⁴ oder teilweise¹⁵ geboten.

Für die neuen Bundesländer und für Ost-Berlin gilt derzeit § 246 a I Nr. 9 BauGB. Er hat die hier gestellte Frage im Hinblick auf § 34 BauGB positiv zugunsten des Aufwendenden entschieden. Offen ist aber, ob dies nur der Kompensation der durch § 246 a I Nr. 9 BauGB gleichzeitig angeordneten Reduzierung von Ansprüchen nach § 42 BauGB dient¹⁶, oder ob die Erweiterung der Entschädigung für entwertete Aufwendungen Ausdruck des auch sonst verfassungsrechtlich Gebotenen ist. Es soll deshalb untersucht werden, ob von Verfassungs wegen die Pflicht besteht, parallel zu § 39 BauGB eine Entschädigungsnorm auch für solche Aufwendungen bereitzuhalten, die zur Vorbereitung der Verwirklichung rechtmäßiger Nutzungen in Gebieten nach §§ 34, 35 BauGB getätigt und durch die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplans in ihrem Wert gemindert werden.

II. Art. 14 GG

Wirkte die durch die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplans verursachte Wertminderung nutzungsvorbereitender Aufwendungen als Enteignung i. S. des Art. 14 Abs. 3 GG, bedürfte es zu ihrer Rechtmäßigkeit u. a. einer gesetzlichen Grundlage, die Art und Ausmaß einer Entschädigung regelt. Der Gesetzgeber wäre dann verpflichtet, die hier besprochenen Fälle in § 39 BauGB einzubeziehen oder einen entsprechenden Tatbestand zu schaffen. Andernfalls liefe er Gefahr, daß Bebauungspläne, die eine derartige Wirkung entfalten, rechtswidrig wären. Das setzt jedoch voraus, daß die Wertbeständigkeit von Aufwendungen zur Vorbereitung einer nach §§ 34, 35 BauGB zulässigen Bodennutzung eine eigentumsfähige Rechtsposition ist, die dem Schutz des Art. 14 GG unterfällt¹⁷. Enthält ein Bebauungsplan nachteilige Festsetzungen in bezug auf die Nutzbarkeit eines Grundstücks, kann – unabhängig von ihrer Qualifikation als Inhalts- und Schrankenbestimmung oder als Enteignung¹⁸ – eine Beeinträchtigung von Grundeigentum i. S. des Art. 14 GG bzw. der Baufreiheit vorliegen¹⁹. Keinerlei Auswirkungen auf die Bodennutzbarkeit hat es dagegen, wenn durch solche Festsetzungen nut-

zungsvorbereitende Aufwendungen entwertet werden. Eine Beeinträchtigung des Grundeigentums oder der Baufreiheit i. S. des Art. 14 GG liegt hierin nicht.

Soweit nutzungsvorbereitende Aufwendungen zum Erwerb vermögenswerter Rechtspositionen führen, werden auch sie in keiner den Schutz des Art. 14 GG auslösenden Weise rechtlich beeinträchtigt. Gemeint sind z. B. die Rechte eines Grundeigentümers an dem von einem Architekten gegen Honorar entworfenen Bauplan. Art. 14 GG schützt derartige Positionen in ihrem jeweiligen Bestand an *rechtlichen* Befugnissen²⁰. Diese werden durch einen erstmals aufgestellten Bebauungsplan rechtlich nicht verkürzt. Er modifiziert vielmehr ausschließlich das rechtliche Können und Dürfen in bezug auf die betroffenen Grundstücke. Er ändert zwar gleichzeitig auch den Rahmen, innerhalb dessen die durch die Aufwendungen erworbenen Sachen oder Rechte verwendet werden können. Eine vorteilhafte, den späteren tatsächlichen Gebrauch einer Rechtsposition begünstigende Rechtslage, auf die sich ein Privater beim Erwerb dieser Position eingestellt hat, ist aber nur eine *tatsächliche* Rahmenbedingung der Freiheitsausübung²¹. Vor solchen nachteiligen Veränderungen tatsächlicher Gegebenheiten und Chancen schützt Art. 14 GG regelmäßig²² nicht²³.

Die eintretende tatsächliche Nutzlosigkeit einer mit Hilfe von Aufwendungen erworbenen, grundrechtlich geschützten Rechtsposition kann allenfalls als mittelbare, faktische Grundrechtsbeeinträchtigung zu werten sein. Es ließe sich etwa argumentieren, die Festsetzungen eines Bebauungsplans beeinträchtigen mittelbar die grundrechtlich geschützte Stellung eines Bauherrn aus einem Architektenvertrag, indem sie die Bodennutzbarkeit so verändern, daß die vertraglichen Leistungen tatsächlich nicht mehr verwertbar sind. Eine rechtlich relevante Beeinträchtigung liegt hierin aber nur, wenn sie von solcher Qualität und Intensität ist, daß sie in ihren Wirkungen einem normativen Befehl ähnelt²⁴. Die Einwirkungsintensität²⁵ legt das auf den ersten Blick nahe. Fragt man dagegen, ob der mittelbar verursachte Verlust tatsächlicher Verwendungsmöglichkeiten Ausdruck gerade der Gefahr ist, gegen die

12 So wohl H.-J. Birk, NVwZ 1984, 1 (4 f.).

13 Schenke, DÖV 1987, 45 (46); ders., WiVerw. 1990, 226 (247, 248, 267); vgl. auch Battis (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 7.

14 H.-J. Birk, NVwZ 1984, 1 (4 f.); Schenke, DÖV 1987, 45 (46); vgl. stärker differenzierend auch dens., WiVerw. 1990, 226 (247 ff.).

15 Vgl. Battis (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 7.

16 Vgl. in diesem Sinne Bielenberg, DVBl. 1990, 1314 (1319); Krebs (Fußn. 1), Rdnr. 189.

17 Für Aufwendungen, die dem Anwendungsbereich des § 39 BauGB unterfallen, wird das z. T. angenommen, vgl. Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 185 ff. und bes. 209 ff. zu § 44 Abs. 2 BBauG; dens. (Fußn. 5), § 39 Rdnrn. 24 ff.; wohl auch Battis (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 1.

18 Ob ein Bebauungsplan überhaupt Enteignung i. S. des Art. 14 Abs. 3 GG sein kann, ist umstritten. Dafür z. B. Erbguth, Bauplanungsrecht, 1989, Rdnr. 235; ablehnend Peine, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl. 1993, S. 223 f.; differenzierend Steinberg/Lubberger, Aufopferung – Enteignung und Staatshaftung, 1991, S. 117 f.

19 Vgl. dazu noch V 2. Für die damit regelmäßig verbundenen Minderungen des Bodenwertes enthalten die §§ 40–42 BauGB bestimmte Entschädigungstatbestände.

20 Vgl. BVerfGE 70, 191 (201): »Die Reichweite der Eigentums-garantie bemißt . . . sich danach, welche Befugnisse einem Eigentümer zum Zeitpunkt der . . . Maßnahme konkret zustehen.« Ähnlich z. B. BVerfGE 31, 275 (284); 58, 300 (323); 68, 193 (222).

21 Vgl. dazu RGZ 139, 177 (bes. 186 f.); BGHZ 45, 83 (87); BGH, DÖV 1968, 360 (360 f.); BGH, DÖV 1990, 1065 (1066 f.); BVerfGE 45, 142 (173); BVerfGE 78, 249 (284).

22 Etwas anderes gilt, wenn ausnahmsweise ein besonderer Rechtsanspruch auf Erhaltung bestimmter tatsächlicher Rahmenbedingungen begründet wurde. Dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 1991, S. 319 ff.; Steinberg/Lubberger (Fußn. 18), S. 82, 90 ff.

23 Z. B. BVerfGE 28, 119 (142); 39, 210 (237); 51, 193 (221 f.); 74, 129 (148).

24 Vgl. Krebs, in: Ehlers, Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990, S. 205 (219); Knuth, JuS 1986, 523 (529); Erichsen, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VI, 1989, § 152 Rdnr. 80, sowie die Nachw. bei W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994, S. 46 f.

25 Zur Relevanz dieses Kriteriums Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 2. Aufl. 1992, Art. 14 Rdnr. 23, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 21. Das BVerfG hält den Ausschluß von tatsächlichen Gegebenheiten und Chancen aus dem Schutz des Art. 14 GG nur für »so lange bedenkenfrei, als dadurch der Kern des Eigentumsrechts nicht angetastet wird«, BVerfGE 45, 142 (173), dem folgend BGH, DÖV 1990, 1065 (1065).

Art. 14 GG schützen will²⁶, stellt sich die Bewertung anders dar. Art. 14 GG bezweckt die Gewährleistung eines Freiheitsraumes im vermögensrechtlichen Bereich, der dem Bürger die eigenverantwortliche, privatautonome Gestaltung seines Lebens ermöglicht²⁷. Dieser Freiheitsraum ist gegenüber unbeschränktem staatlichen Zugriff gesichert, nicht aber gegen Risiken, die typischerweise gerade mit der Freiheitsausübung verbunden bzw. ihre Folge sind. Betrachtet man die hier diskutierten Fälle unter diesem Aspekt, so stellen sich die Verluste tatsächlicher Gebrauchsmöglichkeiten vorrangig als typisches Risiko privatautonomem Rechtserwerbes dar: Das Verwendungsrisiko liegt regelmäßig beim Erwerber²⁸. Nimmt man hinzu, daß die staatliche Einwirkung auf die in Rede stehenden Rechtspositionen nicht final²⁹ erfolgt, spricht mehr gegen als für die Annahme einer rechtlich relevanten Grundrechtsbeeinträchtigung.

Damit läßt sich die durch die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplanes verursachte Wertminderung Nutzungsvorbereitender Aufwendungen nur als reiner Vermögensschaden qualifizieren³⁰. Ist »Eigentum« i. S. des Art. 14 GG gerade nicht das Vermögen schlechthin, sondern nur jede vermögenswerte Rechtsposition³¹, dann ist die Wertbeständigkeit dieser Aufwendungen durch Art. 14 GG nicht geschützt. Also zwingt Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG den Gesetzgeber nicht, für sie eine Entschädigungsnorm bereitzuhalten. Nichts anderes ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Man könnte zwar erwägen, ob Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG mit Hilfe der sog. entschädigungspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung³² den zur Bauleitplanung ermächtigenden Gesetzgeber verpflichtet, für die hier diskutierten Fälle eine Entschädigung vorzusehen. Es fehlt jedoch schon an der Beeinträchtigung einer grundrechtsrelevanten Position i. S. des Art. 14 Abs. 1 GG.

26 Zu diesem Kriterium *Ramsauer*, *VerwArch.* Bd. 72 (1981), 89 (102 f.).

27 Vgl. *BVerfGE* 50, 290 (339); 79, 292 (303 f.); 81, 208 (220); 88, 366 (377).

28 Vgl. *RGZ* 139, 177 (186 f.): Wer »seine geschäftlichen Maßnahmen auf den jeweiligen Stand der allgemeinen Gesetzgebung aufbaut ... übernimmt damit naturgemäß das Wagnis, daß spätere Gesetze ... seine geschäftlichen Pläne stören«.

29 Zur Finalität als Kriterium *BVerwGE* 71, 183 (189 ff.); *Krebs* (Fußn. 24), S. 205 (219 f.). Kritisch *Lübbe-Wolff*, *NJW* 1987, 2705 (2710); *Jarass* (Fußn. 25), Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 21.

30 Ebenso z. B. *Steinberg/Lubberger* (Fußn. 18), S. 118; vgl. auch *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 4; *Schenke*, *DÖV* 1987, 45 (47) bzgl. nach § 39 BauGB ersatzfähiger Aufwendungen.

31 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Losebl. (Stand: 1994), Art. 14 Rdnr. 150; *Bryde*, in: von Münch/Kunig, GGK I, 4. Aufl. 1992, Art. 14 Rdnr. 23; *Ehlers*, *VVDStRL* Bd. 51 (1992), 211 (216); *BVerfGE* 4, 7 (17); 74, 129 (148); 83, 201 (201); *BGHZ* 83, 190 (194 f.). Für dieses Verständnis, demzufolge Art. 14 GG gerade durch die Zubilligung von Herrschafts-, Nutzungs- und Verfügungsrechten (*BVerfGE* 31, 229 [239]) einen Freiheitsraum im vermögensrelevanten Bereich schaffen will, sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm (dazu *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte – Staatsrecht* II, 10. Aufl. 1994, Rdnr. 974) sowie der Umstand, daß eine Vermögensschutzgarantie kaum über ein allgemeines Gesetzmäßigkeitsgrundrecht hinausgehen könnte.

32 Dazu *BVerfGE* 58, 137 (149 ff.); 79, 174 (192); *BGH*, *NJW* 1993, 2095 (2096); *Schulze-Osterloh*, *NJW* 1981, 2537 ff.; *Hendler*, *DVBl.* 1983, 873 (880); *Steinberg/Lubberger* (Fußn. 18), S. 211 ff.; *Ossenbühl* (Fußn. 22), S. 153 ff.; kritisch *Papier* (Fußn. 31), Art. 14 Rdnrn. 283 ff. I. d. R. kann Art. 14 Abs. 1 GG keine Verpflichtung, dem Verhältnismäßigkeitsgebot gerade durch Entschädigungsnormen Rechnung zu tragen, entnommen werden.

III. Art. 2 Abs. 1 GG

Unterstellt man einmal, Art. 2 Abs. 1 GG schütze vor Rechtsänderungen mit Vergangenheitsbezug³³, dann sind derartige Rechtsänderungen nur rechtmäßig, wenn der mit einer Neuregelung verfolgte Zweck und die durch sie bewirkte Beeinträchtigung Privater in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen³⁴. Wie dieser verhältnismäßige Ausgleich im einzelnen zu finden ist, beantwortet Art. 2 Abs. 1 GG nicht, sondern überläßt die Entscheidung darüber dem Ermessen des Gesetzgebers. Für die Änderung der bauplanungsrechtlichen Lage durch die erstmalige Aufstellung eines Bebauungsplanes hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Regelungen über die Planungsbefugnis der Gemeinden durch eine § 39 BauGB ähnelnde Entschädigungsnorm zu flankieren. Statt dessen beläßt es das Gesetz bei der Regelung des § 1 Abs. 6 BauGB, derzufolge bei der Bauleitplanung »die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen sind«. Dabei ist im Rahmen der privaten Belange³⁵ auch das Interesse an der Wertbeständigkeit und Verwertbarkeit Nutzungsvorbereitender Aufwendungen zu berücksichtigen, die im Vertrauen auf eine bauplanungsrechtliche Situation gemäß §§ 34, 35 BauGB getätigt wurden³⁶. Das Gesetz stellt damit sicher, daß dieses Interesse in der Bauleitplanung angemessen berücksichtigt und einem verhältnismäßigen Ausgleich mit anderen betroffenen Belangen zugeführt werden kann. Sofern man Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt für einschlägig hält, sind seine Anforderungen damit erfüllt. Eine Pflicht, den geforderten Ausgleich gerade mit Hilfe einer Entschädigungsnorm herzustellen, enthält Art. 2 Abs. 1 GG nicht.

IV. Rechtsstaatlicher Grundsatz des Vertrauensschutzes

Sie könnte sich jedoch aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes³⁷ ergeben. Ob ein solcher, über den durch die Grundrechte verwirklichten Vertrauensschutz hinausgehender Grundsatz gilt³⁸, hängt u. a. davon ab, inwieweit man dem Rechtsstaatsprinzip eigenständige Inhalte entnehmen will. Begreift man das Rechtsstaatsprinzip als Entscheidung für einen rechtlich gebundenen und nach Maßgabe des Rechts rational handelnden Staat³⁹, fordert es jedenfalls ein Mindestmaß an Entschä-

33 Dazu den Überblick und die Nachw. bei *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981, 139 ff., sowie *Grabitz*, *DVBl.* 1973, 675 ff. Vgl. auch *Kunig*, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986, 419, 430. Das *BVerfG* beruft sich z. T. ebenfalls auf Art. 2 Abs. 1 GG, *BVerfGE* 70, 1 (27); 72, 175 (196); 87, 48 (62); 88, 384 (403). Das dient aber nur der Versubjektivierung eines im Rechtsstaatsprinzip verorteten Grundsatzes des Vertrauensschutzes.

34 Vgl. *Kunig* (Fußn. 33), S. 419.

35 Zu diesem Begriff *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, *BauGB*, § 1 Rdnr. 101.

36 Vgl. *Schenke*, *DÖV* 1987, 45 (48).

37 Vgl. aus der umfangreichen Literatur zu diesem Grundsatz *Maurer*, in: *Isensee/Kirchhof*, *HdbStR* III, 1988, § 60; *Pieroth* (Fußn. 33); *dens.*, *JZ* 1984, 971 ff.; *dens.*, *JZ* 1990, 279 ff.; *Weber-Dürler*, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, 1983; *Aschke*, *Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem*, 1987; *Muckel*, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, 1989.

38 Dagegen *Kunig* (Fußn. 33), bes. S. 416 ff.

39 Vgl. in diesem Sinne statt anderer *Schmidt-Aßmann*, in: *Isensee/Kirchhof*, *HdbStR* I, 1987, § 24 Rdnrn. 21 f.

dungsrationalität. Dazu zählen u. a. die Rechtssicherheit⁴⁰ und der Vertrauensschutz⁴¹. Dabei dürfte ein Rückgriff auf den allgemeineren⁴², rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes jedenfalls dann zulässig sein, wenn kein grundrechtlicher Vertrauensschutz greift⁴³. Hält man vorliegend kein Grundrecht für tatbestandlich einschlägig, ist das Fehlen einer § 39 BauGB ähnelnden Regelung daher am rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes zu messen.

Die hier in Rede stehenden Aufwendungen werden zwar durch Aufstellung einer Satzung und somit durch Verwaltungshandeln entwertet. Zur damit verbundenen Rechtsänderung wird die planende Gemeinde aber durch die gesetzlichen Grundlagen des BauGB befugt. Daher liegt es nahe, die aus dem Vertrauensschutzgrundsatz entwickelten Maßstäbe zur Rückwirkung von Gesetzen⁴⁴ heranzuziehen⁴⁵ und zu fragen, ob sie den Gesetzgeber verpflichten, das BauGB um eine Entschädigungsnorm für die hier diskutierten Fälle zu ergänzen. Das BauGB läßt es zu, daß durch Bebauungsplan zuvor getätigte nutzungsvorbereitende Aufwendungen in ihrem Wert gemindert werden. Es ermächtigt also dazu, auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einzuwirken. Das ist nach den Grundsätzen zur Rückwirkung zulässig, wenn feststeht, daß die Notwendigkeit der Anpassung des Rechts an neue Problemlagen einerseits und das Ausmaß des durch die Rechtsänderung verursachten Vertrauensschadens andererseits jeweils im Einzelfall in ein angemessenes Verhältnis zueinander gebracht werden können⁴⁶. Dem kommt das BauGB durch § 1 Abs. 6 BauGB in ausreichender Weise nach⁴⁷. Eine Verpflichtung, den Interessenausgleich gerade durch die Normierung eines Entschädigungstatbestandes sicherzustellen, enthält auch der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht.

V. Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 Abs. 1 GG könnte den Gesetzgeber aber verpflichten, durch Bebauungsplan entwertete nutzungsvorbereitende Aufwendungen über § 39 BauGB hinaus zu entschädigen, wenn andernfalls eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung eintritt. Nach welchen Kriterien sich ihr Vorliegen bestimmt, ist nicht abschließend geklärt⁴⁸. Offen ist u. a., wann sich für eine verfassungsmäßige Ungleichbehandlung nur »irgendein sachlich vertretbarer zureichender Grund«⁴⁹ finden lassen muß, und wann Gründe »von solcher Art und solchem Gewicht bestehen (müssen), daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können«⁵⁰. In jedem Fall muß aber zunächst überhaupt ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ersichtlich sein.

1. *Aufwendungen als Vorbereitung zur Wahrnehmung grundrechtlicher Baufreiheit*

Nutzungsvorbereitende Aufwendungen werden getroffen, um später die geplante Nutzung tatsächlich zu verwirklichen. Ein sachlicher Grund dafür, Aufwendungen zur Vorbereitung planmäßiger Nutzungen entschädigungsrechtlich zu privilegieren, könnte bestehen, wenn das Ins werksetzen planmäßiger Nutzungen grundrechtlich stärker geschützt ist als die Realisierung gesetzlich zulässiger Nutzungen nach §§ 34, 35 BauGB. Aufwendungen zur Vorbereitung planmäßiger Nutzungen hätten dann in besonderer Weise die Funktion, die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheit tatsächlich vorzubereiten und könnten deshalb besonders schutzwürdig sein.

Besteht die durch Art. 14 GG gewährleistete Baufreiheit in allen durch die Rechtsordnung grundrechtskonform ausgestalteten und konkretisierten Nutzungsbefugnissen⁵¹, dann ist die Verwirklichung einer Nutzung grundrechtlich immer dann geschützt, wenn ein entsprechender einfachrechtlicher Anspruch besteht. Das ist der Fall, wenn einer der Tatbestände der §§ 30 ff. BauGB erfüllt ist. Alle begründen in gleicher Weise ein durch Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes subjektiv-öffentliches Recht auf Genehmigung⁵². Daher unterfällt das Ins werksetzen zulässiger Nutzungen immer der Baufreiheit. Insofern haben nutzungsvorbereitende Aufwendungen auch immer die Funktion, die Ausübung grundrechtlicher Freiheit vorzubereiten. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung läßt sich diesem Gedanken deshalb nicht entnehmen⁵³.

2. *Unterschiedliche Reichweite der Baufreiheit*

Nutzungsvorbereitende Aufwendungen werden in der Annahme getroffen, daß die zum Zeitpunkt der Aufwendungen

40 Vgl. z. B. BVerfGE 2, 380 (403); 72, 200 (242); 76, 256 (347); 82, 6 (12); 84, 133 (159); 86, 90 (110); 86, 288 (327); 88, 384 (403).

41 Vgl. z. B. BVerfGE 13, 261 (271); 78, 249 (283); 80, 137 (153); 83, 89 (110); 84, 212 (227); 87, 48 (63); 88, 384 (403 f.).

42 Vgl. dazu, daß auch bei Annahme eigenständiger Gehalte des Rechtsstaatsprinzips zunächst auf die jeweils problemnäheren Verfassungsaussagen zurückzugreifen ist, *Schmidt-Aßmann* (Fußn. 39), Rdnr. 7; *Pieroth*, JZ 1990, 279 (283).

43 Das Verhältnis zwischen grundrechtlichem und rechtsstaatlichem Vertrauensschutz ist umstritten. Für Subsidiarität des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes z. B. *Pieroth*, JZ 1990, 279 (283); *Maurer* (Fußn. 37), Rdnr. 44; *Muckel* (Fußn. 37), S. 64 f.; a. A. *Borgmann*, *Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Ausstiegs aus der Kernenergie*, 1994, S. 371 f. Die Rechtsprechung des BVerfG schwankt. Vgl. dazu *Borgmann*, aaO, S. 371.

44 Das BVerfG unterschied lange zwischen der grundsätzlich unzulässigen echten Rückwirkung und der grundsätzlich zulässigen unechten Rückwirkung. Von dieser Terminologie ist der 2. Senat abgerückt, vgl. z. B. BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241). Ohne große Unterschiede in der Sache differenziert er nun zwischen der grundsätzlich unzulässigen Rückwirkung und der grundsätzlich zulässigen tatbestandlichen Rückknüpfung. Vgl. dazu z. B. die Rechtsprechungsanalyse bei *Pieroth*, JZ 1990, 279 (280 f.).

45 Ähnlich *Schenke*, DÖV 1987, 45 (48).

46 Vgl. BVerfGE 63, 312 (329 ff.); 71, 255 (272 f.); 72, 200 (254); 76, 256 (347 f.).

47 Vgl. III.

48 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG *Maaß*, NVwZ 1988, 14 ff.; *Wendt*, NVwZ 1988, 778 ff.; *Huster*, *Rechte und Ziele*, 1993, S. 45 ff. (bes. S. 62 f.); BVerfGE 88, 87 (96 f.). Aus der Literatur z. B. *Hesse*, in: *Fs. für Lerche*, 1993, S. 121 ff.; *P. Kirchhof*, NJW 1987, 2354 ff.; *Pietzcker*, JZ 1989, 305 ff.; *Robbers*, DÖV 1988, 749 ff.; *Schoch*, DVBl. 1988, 863 ff.

49 BVerfGE 33, 44 (51); vgl. ähnl. z. B. BVerfGE 75, 108 (157).

50 BVerfGE 88, 87 (97); ähnl. z. B. BVerfGE 78, 232 (247); 82, 126 (146).

51 *Krebs* (Fußn. 1), Rdnr. 29; *Ehlers*, VVDStRL Bd. 51 (1992), 211 (217 f.).

52 Das gilt auch für die Zulässigkeit »sonstiger Vorhaben« i. S. des § 35 Abs. 2 BauGB, BVerfGE 18, 247 (250 f.); MDR 1981, 652; a. A. *Orloff*, NVwZ 1988, 320 ff. Dabei verstärkt sich der Grundrechtsschutz nach Genehmigungserteilung, weil dann rechtsverbindlich festgestellt ist, daß ein konkretes Vorhaben den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt, vgl. *Krebs* (Fußn. 1), Rdnr. 210.

53 Auf ihn stellt *Schenke*, WiVerw. 1990, 227 (247 ff.), maßgeblich ab. Er spricht sich deshalb für eine analoge Anwendung des § 39 BauGB auf die hier diskutierten Fälle aus.

gen im Hinblick auf das jeweilige Grundstück bestehenden Nutzungsbefugnisse unverändert bleiben. Diese Erwartung ist besonders schutzwürdig, soweit der Bestand der Befugnisse unabhängig von ihrer tatsächlichen Realisierung grundrechtlich geschützt ist. Die Verringerung von Nutzungsbefugnissen ist dann nämlich nur unter erschwerten Bedingungen möglich⁵⁴, so daß mit ihr nicht ohne weiteres gerechnet werden muß. Ein sachlicher Grund für die unterschiedliche entschädigungsrechtliche Behandlung nutzungsvorbereitender Aufwendungen besteht daher, wenn in Gebieten nach §§ 34, 35 BauGB der Fortbestand bestehender Nutzungsbefugnisse nicht in gleichem Maße grundrechtlich geschützt ist wie in überplanten Gebieten.

Ist ein Bebauungsplan vorhanden, enthält er gem. § 8 Abs. 1 Satz 1 BauGB die rechtsverbindlichen Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung. Damit regelt er verbindlich, wie jedes im Plangebiet gelegene Grundstück genutzt werden darf. Da Art. 14 Abs. 1 GG als Baufreiheit alle durch die Rechtsordnung grundrechtskonform ausgestalteten Nutzungsbefugnisse gewährleistet, sind die sich jeweils aus den Festsetzungen eines Bebauungsplans ergebenden zulässigen Nutzungen gegen staatliche Einwirkungen geschützt. Veränderungen sind nur unter den erwähnten erschwerten Bedingungen⁵⁵ zulässig. Mit ihnen muß nicht ohne weiteres gerechnet werden.

In Gebieten nach § 34 BauGB fehlt ein Plan, der die Nutzungsbefugnisse konkret ausgestaltet. Statt dessen »hat der Gesetzgeber selbst die einer verbindlichen Bauleitplanung gleichstehende Entscheidung getroffen, daß ein Vorhaben, das sich im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB einfügt, dort zulässig ist«⁵⁶. Das Fehlen von Festsetzungen wird also durch eine planeretzende Regelung des Gesetzgebers kompensiert. Aus ihr läßt sich unbeschadet der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie dem des »Einfügens«⁵⁷ durch einfache Subsumtion entnehmen, welche Nutzungsbefugnisse für welches Grundstück bestehen. Maßstab für den Standort von Vorhaben ist das Vorhandensein eines »im Zusammenhang bebauten Ortsteils«. Der Umfang der Befugnisse erschließt sich aus den in diesem Ortsteil schon ausgeübten Nutzungen. Die so durch § 34 BauGB konkret zugewiesenen Befugnisse sind genau wie die, die sich aus Festsetzungen eines Bebauungsplans ergeben, durch Art. 14 Abs. 1 GG gegen rechtliche Veränderungen⁵⁸ geschützt. Mit Rechtsänderungen muß daher unter diesem Gesichtspunkt in Gebieten nach § 34 BauGB nicht stärker gerechnet werden als in beplanten Gebieten.

54 Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen dem Übermaßverbot genügen.

55 Vgl. bei Fußn. 54.

56 BVerwGE 68, 352 (357). Ähnl. z. B. BVerwGE 68, 311 (315); Krautberger (Fußn. 35), § 35 Rdnr. 74; Schenke, WiVerw. 1990, 226 (247 f.).

57 Ausführl. dazu BVerwGE 55, 369 (381 ff.); vgl. auch etwa BVerwGE 75, 34 ff.

58 Inwieweit die Bodennutzbarkeit auch vor Änderungen geschützt ist, die auf einer Veränderung der planungsrechtlich relevanten Tatsachen beruhen, ist umstritten. Gemeint sind z. B. Fälle, in denen sich eine bislang zulässige Nutzung nach § 34 BauGB infolge zwischenzeitlich genehmigter und verwirklichter Nachbarnutzungen später nicht mehr in die Umgebung einfügt und infolgedessen die Genehmigungsfähigkeit verliert. Für die Einbeziehung dieser Fälle z. B. BGHZ 64, 366 (370 ff.); Schmidt-Aßmann, DVBl. 1976, 170 (171); dagegen z. B. Gaentzsch (Fußn. 6), § 42 Rdnr. 7; Papier (Fußn. 31), Rdnr. 364.

Anders stellt sich die Beurteilung in Gebieten nach § 35 BauGB dar. Betrachtet man zunächst die sog. privilegierten Vorhaben i. S. des § 35 Abs. 1 BauGB, zeigt sich, daß das Gesetz im Hinblick auf sie nicht »selbst sozusagen generell geplant«⁵⁹ hat. § 35 Abs. 1 BauGB weist zwar bestimmte Grundstücksnutzungen generell dem Außenbereich zu, nimmt aber – im Gegensatz zu Festsetzungen eines Bebauungsplans und zu § 34 BauGB – keine konkreten Zuweisungen von Standorten und Nutzungsbefugnissen vor⁶⁰. Vielmehr macht die Norm die Zulässigkeit von Nutzungen von der behördlichen Feststellung im Genehmigungsverfahren abhängig, daß öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Erfüllt ein Vorhaben zu einem bestimmten Zeitpunkt den Tatbestand des § 35 Abs. 1 BauGB, dann besteht zwar in diesem Augenblick ein Anspruch auf Genehmigung⁶¹. Wird sie jedoch nicht beantragt, stellt § 35 Abs. 1 BauGB den momentan gegebenen Anspruch unter den Vorbehalt, daß er entfällt, sobald öffentliche Belange entgegenstehen. Die Zuteilung dauerhafter rechtlicher Befugnisse erfolgt hier also nicht schon durch Gesetz, sondern erst durch Genehmigung. Daher existiert ohne sie kein durch die Rechtsordnung ausgestalteter, fest begrenzter Bestand zulässiger Nutzungen, der durch Art. 14 Abs. 1 GG vor künftigen Beeinträchtigungen geschützt werden kann. Gleiches gilt in bezug auf § 35 Abs. 2 BauGB. Er gewährleistet die Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens, das zu einem bestimmten Zeitpunkt öffentliche Belange nicht beeinträchtigt, ebenfalls nicht auf Dauer⁶². Der Fortbestand einer in einem bestimmten Augenblick gegebenen Nutzungsbefugnis aufgrund von § 35 BauGB stellt sich dementsprechend nur als grundrechtlich nicht gesicherte Chance dar⁶³. Die Erwartung, die planungsrechtliche Lage werde sich nicht ändern, ist hier daher weniger schutzwürdig als in beplanten Gebieten und als in Gebieten nach § 34 BauGB. Das ist ein sachlicher Grund dafür, nutzungsvorbereitende Aufwendungen, die in dieser Erwartung getätigt und durch Aufstellung eines Bebauungsplanes entwertet werden, nicht zu entschädigen.

Geht man davon aus, daß nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht schon jeder beliebige sachliche Grund eine Differenzierung rechtfertigt, ist festzustellen, ob der sachliche Grund auch von hinreichendem Gewicht ist. Dafür spricht, daß es auch für den Bürger erkennbar ist, daß § 35 BauGB den Fortbestand konkreter, momentan genehmigungsfähiger Nutzungen nicht garantiert. Die Leitvorstellung des Gesetzes ist offensichtlich von dem Bestreben getragen, den Außenbereich von baulichen Nutzungen freizuhalten⁶⁴. Auch da, wo Vorhaben ausnahmsweise durch § 35 Abs. 1 BauGB dem Außenbereich generell zugewiesen sind, hat das Gesetz ihre konkrete Zulässigkeit von einem in besonderer Weise durch Abwägung⁶⁵ gekennzeichneten Genehmigungsverfahren abhängig gemacht. Nimmt man die Schwere der durch die Ungleichbehandlung bewirkten Nachteile als Kriterium hinzu, stellt man fest, daß es zum Teil in der Hand des Bauwilligen liegt, durch eine rechtzeitige Bauvoranfrage den Schaden gering zu halten.

59 So aber noch BVerwGE 28, 148 (150). Diese Rechtsprechung ist seit BVerwGE 68, 311 (314 f.) modifiziert.

60 Vgl. BVerwGE 68, 311 (315).

61 Vgl. schon oben V 1.

62 BVerwG, NVwZ 1984, 434 (435).

63 Vgl. Bielenberg (Fußn. 4), § 42 Rdnrn. 35 ff.

64 BVerwGE 28, 148 (151).

65 Bei der Beurteilung, ob öffentliche Belange entgegenstehen, hat eine Abwägung stattzufinden. Dazu BVerwGE 28, 148 (151); DVBl. 1972, 685 (686).

Schließlich stellt das Gesetz sicher, daß das grundrechtlich gar nicht geschützte⁶⁶ Interesse an der Wertbeständigkeit Nutzungsvorbereitender Aufwendungen bei der Aufstellung eines Bebauungsplans als privater Belang im Rahmen des § 1 Abs. 6 BauGB Berücksichtigung findet. Damit ist die unterschiedliche Schutzwürdigkeit der Erwartungen in den Fortbestand von Nutzungsbefugnissen auch unter strengeren Kriterien ein hinreichender sachlicher Grund i. S. des Art. 3 Abs. 1 GG.

Festzuhalten ist, daß die ungleiche entschädigungsrechtliche Behandlung von Aufwendungen zur Vorbereitung einer planmäßigen Nutzung und von solchen zur Vorbereitung einer Nutzung nach § 35 BauGB nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Im Hinblick auf Aufwendungen zur Vorbereitung einer Nutzung nach § 34 BauGB wurde hingegen bislang kein die Differenzierung rechtfertigender Grund gefunden.

3. Unterschiedliche Planungsbedürftigkeit

Wenngleich wie gerade festgestellt sowohl in beplanten Gebieten als auch in solchen nach § 34 BauGB nicht ohne weiteres mit einer Änderung der Rechtslage gerechnet werden muß, könnte die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsänderung in Gebieten nach § 34 BauGB doch höher sein als in beplanten Gebieten. Das ist der Fall, wenn Gebiete nach § 34 BauGB grundsätzlich noch einer Planung bedürfen⁶⁷. Dann wäre dort regelmäßig mit der erstmaligen Aufstellung eines Bebauungsplanes zu rechnen. Ein Vertrauen auf den Fortbestand der bauplanungsrechtlichen Situation wäre dementsprechend weniger schutzwürdig. Folglich bestünde für die entschädigungsrechtliche Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund i. S. des Art. 3 Abs. 1 GG.

Gem. § 1 Abs. 1 BauGB ist es gerade Aufgabe der Bauleitplanung, die Grundstücksnutzung vorzubereiten und zu leiten. Angesichts des damit im Gesetz angelegten Planmäßigkeitsprinzips⁶⁸ könnte dem BauGB die Vorstellung eines durch Bebauungsplan lückenlos überplanten Gemeindegebietes zugrunde liegen. Dem steht jedoch § 5 Abs. 1 BauGB entgegen. Danach besteht in bezug auf den Flächennutzungsplan ausdrücklich die Pflicht, die Art der Bodennutzung in den Grundzügen für das ganze Gemeindegebiet darzustellen. Für die Bebauungsplanung ist eine entsprechende, auf das gesamte Gemeindegebiet bezogene Pflicht dagegen nicht normiert. Zudem reichen nach § 1 Abs. 3 BauGB Planungsbefugnis und -pflicht der Gemeinde nur so weit, als es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist also zugleich Rechtfertigung und Grenze der Bauleitplanung⁶⁹. Das legt den Schluß nahe, daß die Sicherstellung der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung nicht ausschließlich auf der Grundlage von Bebauungsplänen erfolgen muß, sondern auch – solange dies ausreicht – auf anderen Grundlagen beruhen darf.

Fraglich ist, ob dazu auch die Regelung des § 34 BauGB zählt. Zweck des § 1 Abs. 3 BauGB ist die Sicherstellung einer geordneten städtebaulichen Entwicklung und Ordnung. Solange und soweit eine auf § 34 BauGB beruhende Genehmigungspraxis zu einer Ordnung und Entwicklung eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils führt, die mit

der städtebaulichen Gesamtkonzeption der Gemeinde⁷⁰ in Einklang steht, wird dieser Zweck auch ohne Bebauungsplanung erreicht. Das spricht dafür, sie in diesen Fällen nicht für »erforderlich« i. S. des § 1 Abs. 3 BauGB zu halten. Dem BauGB liegt demnach nicht die Zielvorstellung einer lückenlosen Überplanung des Gemeindegebietes zugrunde⁷¹. Für dieses Verständnis lassen sich auch § 34 Abs. 3 und Abs. 4 BauGB heranziehen. § 34 Abs. 3 BauGB enthält einen befreiungsähnlichen⁷², zusätzlichen Genehmigungstatbestand für andernfalls gem. § 34 Abs. 1, 2 BauGB unzulässige Vorhaben⁷³. § 34 Abs. 3 BauGB trägt dem Umstand Rechnung, daß in Einzelfällen einerseits der Zulässigkeitsrahmen von § 34 BauGB unzureichend sein kann, um grundsätzlich erwünschte Vorhaben im Zusammenhang mit schon bestehenden Nutzungen genehmigen zu können, andererseits aber die Aufstellung eines Bebauungsplanes im übrigen nicht erforderlich ist⁷⁴. Das Gesetz will also die Gemeinde nicht unbedingt zur Bebauungsplanung verpflichten, sondern ihr ein weitreichendes Handeln innerhalb des Rahmens des § 34 BauGB ermöglichen. Dieselbe Intention steht hinter der Regelung des § 34 Abs. 4 BauGB⁷⁵. Sie ermächtigt die Gemeinde, teils deklaratorisch (§ 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB), teils konstitutiv (§ 34 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2, 3 BauGB) auf den Anwendungsbereich des § 34 BauGB einzuwirken und bezweckt damit ebenfalls, die Gemeinde von einer sonst erforderlichen Bebauungsplanung zu entlasten.

Wenn also ein erheblicher Anteil der im Zusammenhang bebauten Ortsteile nicht überplant ist⁷⁶, so ist das u. a.⁷⁷ Folge der gesetzlichen Aufwertung der gemeindlichen Innenentwicklung mit Hilfe des § 34 BauGB. Ein Bebauungsplan ist dort nur aufzustellen, sobald das i. S. des § 1 Abs. 3 BauGB nach der Konzeption der Gemeinde für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Das entspricht gerade den Kriterien, unter denen ein bestehender Bebauungsplan gem. §§ 2 Abs. 4, 1 Abs. 3 BauGB zu ändern ist. Auch unter dem Aspekt der Planungsbedürftigkeit muß also in Gebieten nach § 34 BauGB nicht ohne weiteres mit der Aufstellung eines Bebauungsplanes und einer daraus resultierenden Beschränkung von

70 Auf sie kommt es bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer Planung i. S. des § 1 Abs. 3 BauGB maßgeblich an, vgl. statt anderer BVerwG, DVBl. 1971, 759 (762); OVG Saarl., BauR 1994, 77 (77); Schröder, in: ders., BauGB, 5. Aufl. 1992, § 1 Rdnr. 33.

71 Wie hier Krautzberger (Fußn. 35), § 1 Rdnr. 22; Schmidt-Aßmann (Fußn. 68), § 1 Rdnr. 39.

72 Vgl. Schlichter, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 1988, § 34 Rdnr. 4.

73 Befristet bis zum 31. 12. 1997 (§ 20 BauGBMaßnG) erweitert § 4 Abs. 2 BauGBMaßnG den Anwendungsbereich des § 34 Abs. 3 BauGB noch erheblich.

76 Vgl. BT-Drucks. 10/4630, 87.

75 Bis zum 31. 12. 1997 (§ 20 BauGBMaßnG) tritt § 4 Abs. 2 a BauGBMaßnG hinzu.

76 Nach Argast/Scharmer/Wollmann, Rechtsstatistik zur Baugenehmigungspraxis, 1985, S. 21, sollen bis 1982 in der Bundesrepublik Deutschland nur rund 50 % aller im Zusammenhang bebauter Ortsteile überplant gewesen sein. In den neuen Bundesländern und in Ost-Berlin dürften Bebauungspläne immer noch in weitem Umfang fehlen.

77 Ein weiterer Grund liegt darin, daß Gemeinden ihrer Planungspflicht häufig nicht ausreichend nachkommen. Das kann für eine Gemeinde u. a. vorteilhaft sein, weil sie so nicht Gefahr läuft, sich Entschädigungsansprüchen nach §§ 39 ff. BauGB auszusetzen. Zudem kann sie bei Fehlen eines Bebauungsplanes im Wege von Einzelfallentscheidungen die Zulässigkeit von Bauvorhaben überaus fein und flexibel steuern.

66 Vgl. oben II-IV.

67 So Bielenberg (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17.

68 Vgl. statt anderer Schmidt-Aßmann, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BBauG, Losebl. (Stand: 1986), § 1 Rdnr. 13.

69 Gaentzsch (Fußn. 6), § 1 Rdnr. 15.

Nutzungsbefugnissen gerechnet werden. Ein Vertrauen auf den Fortbestand der bauplanungsrechtlichen Lage ist auch aus diesem Grund nicht per se weniger schutzwürdig als in beplanten Gebieten.

4. Unterschiedliche Vertrauensgrundlage

Ein Unterschied liegt jedoch in der Grundlage des jeweiligen Vertrauens. Im einen Fall gründet es sich auf einen gemeindlichen Plan. Im anderen Fall scheint dagegen lediglich ein generelles Vertrauen auf den Fortbestand bestimmter, sich aus dem Gesetz ergebender Rechtsfolgen vorzuliegen. Es besteht weitgehende Einigkeit⁷⁸ darüber, daß Planvertrauen nicht prinzipiell in der Weise schutzwürdig ist, daß die Existenz eines allgemeinen Plangewährleistungsanspruchs⁷⁹ angenommen werden müßte. Dennoch könnte das Vertrauen auf den Inhalt eines Bebauungsplanes schutzwürdiger sein als das auf den Fortbestand einer planungsrechtlichen Lage nach § 34 BauGB.

Eine Änderung eines Bebauungsplanes setzt nach §§ 2 Abs. 4, 1 Abs. 3 BauGB voraus, daß sie nach der planerischen Gesamtkonzeption der Gemeinde für die städtebauliche Ordnung und Entwicklung erforderlich ist. Planänderungen finden daher vor allem⁸⁰ statt, wenn die Gemeinde ihre planerische Gesamtkonzeption ändert. Damit muß aber grundsätzlich nicht gerechnet werden, denn durch die Aufstellung eines Bebauungsplanes bringt die Gemeinde gerade erkennbar zum Ausdruck, daß sie sich längerfristig für eine städtebauliche Leitlinie entschieden hat. Pläne sind nämlich prinzipiell nicht auf alsbaldige Änderung, sondern auf Planverwirklichung angelegt. Dementsprechend verfolgt die Bauleitplanung als Zielprogramm der städtebaulichen Entwicklung die Intention, durch plankonforme Nutzung des beplanten Gebietes tatsächlich umgesetzt zu werden⁸¹. Die Gemeinde schafft deshalb mit Aufstellung eines Bebauungsplans einen Vertrauensstatbestand mit dem Inhalt, daß es ihr auf die Verwirklichung der planmäßigen Nutzungen längerfristig ankommt. Trifft ein Privater daraufhin Nutzungsvorbereitende Aufwendungen, befolgt er damit eine typische Zielsetzung des Plans, der insofern die Aufwendungen geradezu mitveranlaßt⁸².

In Gebieten nach § 34 BauGB ist zu differenzieren. Besteht ein einfacher Bebauungsplan oder eine Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 2, 3 BauGB mit Festsetzungen nach §§ 34 Abs. 4 Satz 3, 9 Abs. 1, 2, 4 BauGB, hat die Gemeinde bzgl. der Nutzungsbefugnisse, die sich aus Festsetzungen ergeben, in gleicher Weise wie bei Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplanes einen Vertrauensstatbestand gesetzt. Deshalb unterfällt – dem Wortlaut der Norm entsprechend – auch ein einfacher Bebauungsplan dem Anwendungsbereich des § 39 BauGB⁸³.

Fehlen Festsetzungen, liegt keine ausdrückliche Festlegung der Gemeinde auf eine längerfristig angestrebte städtebauliche Zielvorstellung vor. Daher wird oft vertreten, insofern fehle es – im Gegensatz zu überplanten Gebieten – an einer vergleichbaren »planerischen Gewährleistungsgrundlage«⁸⁴. Wie erwähnt⁸⁵ kann die Gemeinde jedoch die städtebauliche Ordnung und Entwicklung nicht unbegrenzt mit Hilfe des § 34 BauGB steuern. Vielmehr darf sie von einer Bebauungsplanung nur absehen, solange und soweit eine auf § 34 BauGB beruhende Genehmigungspraxis zu einer Ordnung und Entwicklung des Ortsteils führt, die mit ihrer städtebaulichen Zielvorstellung zu vereinbaren ist. Andernfalls setzt die Planungspflicht des § 1 Abs. 3 BauGB ein. Geht man davon aus, daß Gemeinden ihrer Planungsverpflichtung aus § 1 Abs. 3 BauGB regelmäßig auch nachkommen, dann erklärt eine Gemeinde durch das Unterlassen der Aufstellung eines Bebauungsplanes konkludent, eine städtebauliche Gesamtkonzeption zu verfolgen, die derjenigen entspricht, die sich mit Hilfe einer auf § 34 BauGB beruhenden Genehmigungspraxis erreichen läßt. Dem planerischen Unterlassen einer Gemeinde in Gebieten nach § 34 BauGB ist daher doch die Festlegung auf eine bestimmte städtebauliche Konzeption zu entnehmen.

Fraglich ist allerdings, ob das Unterlassen auch als Festlegung auf gewisse Dauer verstanden werden kann. Das ist zu bejahen, wenn die Gemeinde über das bloße Unterlassen hinausgehend zum Ausdruck bringt, daß sie § 34 BauGB längerfristig planerisierend einsetzen will. Das ist der Fall, wenn die Gemeinde für ein Gebiet Satzungen nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1–3 BauGB aufstellt. Hier wird in einer den Festsetzungen eines Bebauungsplanes vergleichbaren Weise positiv zum Ausdruck gebracht, daß man längerfristig an einer durch § 34 BauGB geprägten städtebaulichen Leitlinie festhalten wird. Das Vertrauen auf den Fortbestand dieser Leitlinie und somit das auf den Fortbestand der nach § 34 BauGB begründeten Nutzungsbefugnisse ist deshalb ebenso schutzwürdig wie das auf den Fortbestand planmäßiger Nutzungen. Ein sachlicher Grund für eine entschädigungsrechtliche Ungleichbehandlung von Nutzungsvorbereitenden Aufwendungen, die in einem solchen Vertrauen getätigt wurden, besteht daher für diese Fallgruppen nicht.

Sind dagegen keinerlei Satzungen vorhanden, fehlt es in der Tat an der einem Bebauungsplan vergleichbaren »Gewährleistungsgrundlage«. Das Vertrauen auf den Fortbestand der planungsrechtlichen Situation ist daher weniger schutzwürdig. Insofern liegt ein sachlicher Grund vor, Nutzungsvorbereitende Aufwendungen, die in einem solchen Vertrauen getätigt und durch Bebauungsplan in ihrem Wert gemindert wurden, nicht zu entschädigen. Geht man wiederum davon aus, daß eine Ungleichbehandlung nicht schon bei Vorliegen irgend eines sachlichen Grundes vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand hat, ist auch hier zusätzlich festzustellen, ob der sachliche Grund von ausreichendem Gewicht ist. Dafür spricht zum einen die Erkennbarkeit des Fehlens einer positiven planerischen Aussage. Zudem liegt es auch hier in der Hand des Betroffenen, den Schaden durch eine frühzeitige Bauvoranfrage zu begrenzen. Schließlich kann das Interesse des Bauwilligen an der grundrechtlich nicht geschützten Wertbeständigkeit seiner Aufwendungen bei der Planaufstellung in die Abwägungsentscheidung nach § 1 Abs. 6 BauGB einfließen.

78 Vgl. die Einschätzung bei *Ossenbühl* (Fußn. 22), S. 324 m. Nachw.

79 Vgl. dazu zum Überblick *Brohm*, Jura 1986, 617 ff.; *Hoppe*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR III, § 71 Rdnrn. 126 ff.; *Ossenbühl* (Fußn. 22), S. 319 ff. Ausführl. z. B. *Oldiges*, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970; *Egerer*, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; *Schenke*, AöR Bd. 101 (1976), 37 ff.

80 Daneben können Anpassungs- und Entwicklungspflichten die Änderung verursachen.

81 Vgl. *Krebs* (Fußn. 1), Rdnr. 143.

82 Der Gedanke der gemeindlichen Mitveranlassung wird daher oft als hinter § 39 BauGB stehend angesehen, z. B. *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 17; *ders.* (Fußn. 7), S. 48 f.; *Breuer* (Fußn. 5), § 39 Rdnr. 40; *Koch/Hosch* (Fußn. 5), S. 193.

83 *Bielenberg* (Fußn. 4), § 39 Rdnr. 12.

84 Vgl. die Nachw. Fußn. 82.

85 Vgl. V 3.

Festzuhalten ist, daß die ungleiche entschädigungsrechtliche Behandlung von Aufwendungen zur Vorbereitung einer planmäßigen Nutzung und von solchen zur Vorbereitung einer Nutzung nach § 34 BauGB dann nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, wenn für einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil keine Satzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1–3 BauGB aufgestellt wurde. Besteht dagegen eine solche Satzung, gebietet Art. 3 Abs. 1 GG die entschädigungsrechtliche Gleichbehandlung.

VI. Rechtsfolgen

Zum Teil wird versucht, die geforderte entschädigungsrechtliche Gleichbehandlung durch verfassungskonforme Auslegung⁸⁶ oder durch analoge Anwendung⁸⁷ des § 39 BauGB auf die benachteiligten Fallgruppen herzustellen. Angesichts des eindeutigen Normtextes – »Vertrauen auf den Bestand eines rechtsverbindlichen Bebauungsplans« – scheidet eine verfassungskonforme Auslegung jedoch aus⁸⁸. Eine Analogie kommt im Bereich des öffentlichen Rechts⁸⁹ allenfalls in Betracht, wenn feststeht, welche Regelung der Gesetzgeber getroffen hätte, wenn er den zu regelnden Sachverhalt bedacht hätte⁹⁰. Das ist bei Verstößen des Gesetzgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG aber regelmäßig nicht möglich. Die Ungleichbehandlung zweier Gruppen kann vielmehr verschieden behoben werden: Die begünstigte Gruppe kann wie die benachteiligte behandelt werden, die benachteiligte Gruppe kann in die Begünstigung einbezogen werden, oder beide Gruppen können auf eine neue, dritte Art und Weise behandelt werden⁹¹. Schon deshalb scheidet hier eine analoge Anwendung des § 39 BauGB aus.

Ob nun lediglich die verfassungsrechtliche Pflicht besteht, die gebotene entschädigungsrechtliche Gleichbehandlung durch Neuregelung herzustellen, oder ob dar-

über hinaus § 39 BauGB nichtig ist, hängt wesentlich vom zugrunde gelegten Verständnis von Art. 3 Abs. 1 GG ab. Meint man, Art. 3 Abs. 1 GG schließe im Gegensatz zu den Freiheitsgrundrechten keine denkbare Staatstätigkeit generell aus⁹² und könne deshalb nie durch eine einzige Regelung, sondern immer nur durch eine »verfassungswidrige Normenrelation«⁹³ verletzt sein, besteht zwar die Verpflichtung des Gesetzgebers, für eine den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG genügende Rechtslage zu sorgen. § 39 BauGB ist aber nicht nichtig⁹⁴. Art. 3 Abs. 1 GG läßt sich jedoch auch als »modales Abwehrrecht«⁹⁵ mit dem Inhalt begreifen, daß dem Staat jedes ungleich wirkende Handeln untersagt ist. Dann besteht eine Pflicht des Gesetzgebers, den Erlaß gleichheitswidrig begünstigender Gesetze zu unterlassen. Folgt man dem, ist § 39 BauGB – und zwar auch für sich genommen – verfassungswidrig⁹⁶.

86 So wohl H.-J. Birk, NVwZ 1984, 1 (4 f.).

87 Schenke, DÖV 1987, 45 (46); ders., WiVerw. 1990, 226 (247, 248, 267); vgl. auch Battis (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 7.

88 Schenke, DÖV 1987, 45 (46); Battis (Fußn. 1), § 39 Rdnr. 7.

89 Dazu Gern, DÖV 1985, 558 ff.

90 BVerwGE 11, 263 (264); vgl. auch BVerwGE 45, 85 (90).

91 Vgl. statt aller Pieroth/Schlink (Fußn. 31), Rdnr. 529.

92 So u. a. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988, S. 102; Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1994, Rdnr. 367.

93 J. Ipsen, Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 213. In diesem Sinne zuvor schon Maurer, in: Fs. f. W. Weber, 1974, S. 354 ff. Vgl. auch Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 22.

94 Das BVerfG erklärt deshalb in Fällen eines »gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses« das begünstigende Gesetz regelmäßig nur für mit dem GG unvereinbar. Die Unvereinbarerklärung führt regelmäßig zu einem Anwendungsverbot. Vgl. zur Rspr. die Nachw. bei Hein (Fußn. 92), S. 39 ff. Aus der Lit. z. B. Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977, S. 47 f.; Ipsen (Fußn. 96), S. 109, 213; Maurer (Fußn. 93), S. 345 ff.; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1984, S. 190 f.; Hein (Fußn. 93), S. 106, 113 f., jew. auch mit weiteren Begründungsansätzen.

95 Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 23; Sachs, DÖV 1984, 411 (414). Kritisch u. a. Schoch, DVBl. 1988, 863 (868).

96 Die Nichtigkeit ist dann nur ausgeschlossen, wenn man das Nichtigkeitsdogma grundsätzlich in Frage stellt, so z. B. Chr. Böckenförde, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966, bes. S. 23 ff.; Moench (Fußn. 94), bes. S. 115 ff.; Söhn, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?, 1974, bes. S. 14 ff.

DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Die Zweiten Warschauer Gespräche zum Umweltrecht vom 26. bis 30. September 1994 über die Umweltverträglichkeitsprüfung sowie den Umweltschutz in der Landwirtschaft

Von Professor Dr. Christian Koenig, Mainz

I. Zur Veranstaltungsorganisation

Zum zweiten Mal* fanden die Warschauer Gespräche zum Umweltrecht statt, diesmal mit Länderberichten zur Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sowie zum Umweltschutz in der

Landwirtschaft. Die Veranstaltungsleitung lag bei Prof. Dr. Pawel Czechowski (Universität Warschau) und Prof. Dr. Reinhard Hendlner (Universität Regensburg). Mitveranstalter der Konferenz waren das Büro für Europäische Integration und Ausländische Unterstützung beim Amt des polnischen Ministerrates, das polnische Ministerium für Schulwesen, das deutsche Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, die Europäische Rechtsakademie (Trier) und die Ius Europae-Stiftung (Warschau). Die Konferenz wurde vom Bevollmächtigten der pol-

* Vgl. den Bericht über die Ersten Warschauer Gespräche zum Umweltrecht vom 27. bis 29. 9. 1989 von Franz-Joseph Peine, DVBl. 1990, 150 ff.