

# 1. Kapitel Das Abwägungsgebot und die Abwägungspflicht

Das Kapitel dient zur Einführung in das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Abwägungsgebot mit seinen Stufen: Erfassen, Bewerten, Einstellen, Abwägen. Die Abschnitte des Erfassens, Bewertens und Einstellens unterliegen als Abwägungsvorgang der vollständigen Kontrolle durch die Gerichte. Bei der Herstellung des Abwägungsergebnisses kommt dem Plangeber ein Entscheidungsspielraum zu. Näheres dazu findet sich im 9. und 10. Kapitel dieses Buches.

## Literatur

- Hoppe*, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie – zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 Bundesbaugesetz, DVBl. 1964, 165
- Hoppe*, Die Schranken der planerischen Gestaltungsfreiheit (§ 1 Abs. 4 und 5 BBauG) – Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.12.1969 zum Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG) und seiner Rechtskontrolle, BauR 1970, 15
- Stich*, Planung als Weg zum Interessenausgleich: Die Bedeutung des Abwägungsgebots, in FS für Gelzer (1991), S. 139
- Gassner*, Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung: Theorie und Praxis abgeleiteter Bewertungsnormen (1993)
- Koch*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in FS für Hoppe (1996), S. 9
- Battis*, Das System der räumlichen Gesamtplanung, in FS für Hoppe (2000), S. 303
- Di Fabio*, Die Struktur von Planungsnormen, in FS für Hoppe (2000), S. 75
- Kloepfer*, Planung und prospektive Rechtswissenschaft, in FS für Hoppe zum (2000), S. 111
- Koch*, Rechtsprinzipien im Bauplanungsrecht – zur normtheoretischen Basis der Abwägung, in Schilcher (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000), S. 245
- Rehrl*, Das Recht auf gerechte Abwägung, VA 2001, 209
- Hoppe*, Entwicklung von Grundstrukturen des Planungsrechts durch das BVerwG, DVBl. 2003, 697
- Mitschang*, Steuerung der städtebaulichen Entwicklung durch Bauleitplanung (2003)
- Buchinger/Pfeiffer*, § 1 BauGB – Erstplanungspflicht der Gemeinde, JA 2004, 522
- Dombert*, Zu den Grenzen des Abwägungsgebotes gemäß BauGB § 1 Abs. 6, AUR 2004, 288
- Hoppe*, Die Abwägung im EAG Bau nach Maßgabe des § 1 VII BauGB. Unter Berücksichtigung von § 2 III, IV BauGB, NVwZ 2004, 903
- Lendi*, Planung und Recht – Reflexionen, UPR 2004, 361
- Stür*, Planungshoheit und Planungspflicht in der Abwägungs- und Rechtsschutzpyramide, NVwZ 2004, 814
- Durmer*, Konflikte räumlicher Planungen (2005)
- Kment*, Zu den Aufgaben und Pflichten des Beamten im Abwägungsvorgang, BauR 2005, 1257
- Müller*, Abschied von der Planrechtfertigung (2005)
- Moench*, Die Planungspflicht der Gemeinde, DVBl. 2005, 676
- de Witt*, Planrechtfertigung, LKV 2006, 5
- Erbguth*, Abwägung auf Abwegen? – Allgemeines und Aktuelles, JZ 2006, 484
- Wickel/Bieback*, Das Abwägungsgebot – Materieellrechtliches Prinzip oder Verfahrensgrundsatz?, Verw 39 (2006), 571
- Happ*, Neues zur Abwägung (§ 1 VII BauGB)?, NVwZ 2007, 304
- Hofmann*, Abwägung im Recht (2007)
- Bernhardt*, Das baurechtliche Abwägungsgebot zwischen richterlicher Rechtsfortbildung und gesetzlicher Regelung, JA 2008, 166
- Erbguth*, Abwägung als Wesenselement rechtsstaatlicher Planung, in Spannowsky/Hofmeister (Hrsg.), Die Abwägung – das Herzstück der städtebaulichen Planung (2010), S. 1
- Labrenz*, Zur neuen Diskussion über das Wesen der Abwägung im Bauplanungsrecht, Verw 2010, 63

- Müller, Abwägung, Datenschutz und öffentliche Kontrolle, NRWVBl. 2010, 343
- Berkemann, Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Planungsrecht, in Erbguth/Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle (2012), S. 11
- Berkemann, Das „Abwägungsmodell“ des BVerwG (BVerwGE 34, 301, 1969) – Entstehungsgeschichte und Legendenbildung, DVBl. 2013, 1280
- Erbguth, Die planerische Abwägung und ihre Kontrolle – aus rechtsstaatlicher Sicht, in: Erbguth/Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle (2012), S. 103
- Kersten, Die Abwägung im Bauplanungsrecht, (Dem Gedenken an Werner Hoppe (1930-2009) gewidmet), Jura 2013, 478
- Deutsch, Fachplanung und Bauleitplanung – Theoretische Fragen und praktische Probleme, in FS für Dolde (2014), S. 511
- Koch, Das Abwägungsgebot in der Rechtsprechung des BVerwG – Grundlegung und Entwicklungslinien, in Kirchhof/Paetow/Uechtritz (Hrsg.), in FS für Dolde, (2014), S. 401
- Quecke/Sturm, Unsicherheit über Abwägung. Zum Konzept der „Abwägung unter Unsicherheit“, Rechtstheorie 2014, 113
- Rubel, Zur Abgrenzung von städtebaulicher Rechtfertigung und Abwägung im Bauplanungsrecht, in FS für Koch (2014), S. 681
- Beckmann, Abwägung als Verfahren, Abwägung als materielles Recht. Zur Dogmatik des Abwägungsgebots, BauR 2016, 1417
- Berkemann, Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, 323
- Kment, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, 331
- Beckmann, Abwägung als Verfahren – Abwägung als materielles Recht. Zur Dogmatik des Abwägungsgebots, BauR 2016, 1417

## I. Das Abwägungsgebot

### 1. Die Abwägungsformel des Bundesverwaltungsgerichts

- 1 Seit der für die bauleitplanerische Abwägung grundlegenden **Entscheidung des BVerwG v. 12.12.1969** (4 C 105/66)<sup>1</sup> steht gleichsam wie in Stein gemeißelt fest:

*„Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet.*

*Es ist verletzt, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss.*

*Es ist ferner verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (zum Verbot der Abwägungsdisproportionalität s. Rn. 2743 ff.).*

*Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot jedoch nicht verletzt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet. Innerhalb jenes Rahmens ist nämlich das Vorziehen und Zurücksetzen bestimmter Belange überhaupt kein nachvollziehbarer Vorgang der Abwägung, sondern eine geradezu elementare planerische Entschließung, die zum Ausdruck bringt, wie und in welcher Richtung sich eine Gemeinde städtebaulich geordnet fortentwickeln will.“*

Nahezu jede Gerichtsentscheidung, die sich mit der Bauleitplanung und der bauleitplanerischen Abwägung befasst, zitiert diese Kernsätze gleichsam „gebetsmühlenartig“.

1 BVerwG 12.12.1969 – 4 C 105/66 – E 34, 301 = DÖV 1970, 277 = DVBl. 1970, 414.

Die Anforderungen bezieht das BVerwG seit der *Entsch. v. 20.10.1972*<sup>2</sup> sowohl auf den **Abwägungsvorgang** als auch das **Abwägungsergebnis**. 2

Gleichwohl sind noch immer **zahlreiche Fragen offen. Neue Probleme stellen sich**. Vor allem die Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die nationale Gesetzgebung zum Umweltrecht und zum Umweltschutz stellt Planer und Rechtsanwender vor immer wieder neue Probleme. Die vielfältigen Anforderungen, die insbes. bei der Berücksichtigung der vielfältigen öffentlichen Belange zu berücksichtigen sind, haben in zahlreichen Vorschriften z. B. des Umweltrechts ihren Ausdruck gefunden. In der Wissenschaft wurden die Anforderungen zunehmend verfeinert, aufgegliedert und durch Untergebote ergänzt, z. T. mit hochabstrakten Darlegungen über das Wesen der Abwägung und hohem Theorieüberschuss. Für die Praxis kommt es darauf an, sowohl die vorgegebenen Anforderungen und Bindungen als auch die möglichen Planungsspielräume zu erkennen. 3

Der Schwerpunkt bei der praktischen Planungsarbeit und bei der Rechtskontrolle liegt im **Abwägungsvorgang**.<sup>3</sup> Nur wenige Bauleitpläne scheitern wegen materiellrechtlicher Fehler im Abwägungsergebnis. Es war das Ziel des Europa-rechtsanpassungsgesetzes (EAG Bau) von 2004, den Verfahrensaspekt der Abwägung – entsprechend den Zielen der Plan-UP-RL besonders herauszustellen. Im Abwägungsverfahren muss alles in die Abwägung eingestellt werden, was nach Lage der Dinge zum Abwägungsmaterial gehört. Dieses muss vollständig und umfassend und mit den richtigen Methoden ermittelt werden. Zum Abwägungsvorgang gehört auch das fachlich zutreffende Bewerten des abwägungserheblichen Materials (Rn. 279 ff.). Zwar ist die Verletzung von manchen Fehlern im Abwägungsvorgang nach den §§ 214, 215 entweder von vornherein oder nach rügelosem Ablauf einer Jahresfrist unbeachtlich, doch sollte die Planungspraxis nicht hierauf aufbauen, sondern Fehler von vornherein vermeiden. Die §§ 214, 215 sind in erster Linie an die Rechtsprechung gerichtet. Zudem zeichnet sich in der Rspr. des EuGH die Tendenz ab, die Unbeachtlichkeitsregeln restriktiver auszulegen, zumindest wenn es um Anforderungen des Unionsrechts geht.<sup>4</sup> Auch das BVerfG hat Bedenken gegen eine „großzügige“ Auslegung und Anwendung der Vorschriften zur Planerhaltung.<sup>5</sup> Gleichwohl muss die Abwägung im Ergebnis materiellrechtlichen Anforderungen genügen. Materiellrechtliche Fehler sind stets beachtlich (Rn. 2875). 4

Eine Vielzahl von Belangen und sonstigen Gesichtspunkten, die bei der Abwägung berücksichtigt werden müssen, wird im zunehmenden Maße **fachgesetzlich durch Vorschriften des Unionsrechts und des nationalen Fachrechts geregelt und näher ausgeformt**. Dieses – aus der Sicht des Städtebaurechters – „**Nebenrecht**“ hat die Bauleitplanung zu berücksichtigen. Für den Träger der Bauleitplanung wird es immer wichtiger, etwa vorgegebene Bindungen, aber auch bestehende Abwägungsspielräume zu erkennen und zu nutzen. Oft ist unsicher, wie weit die fachliche Einflussnahme reichen darf und inwieweit fachgesetzlich ausgeformte Belange in der bauleitplanerischen Abwägung zurückgestellt werden dürfen. 5

## 2. Die gesetzliche Regelung des Abwägungsgebots

Nach Ansicht des BVerwG ergibt sich das Abwägungsgebot aus dem **Wesen einer rechtsstaatlichen Planung** für alle Bereiche der räumlichen Gesamtpla- 6

2 BVerwG 20.10.1972 – 4 C 14/71 – E 41, 67 = DÖV 1973, 345 = DVBl. 1973, 42.

3 Zur dienenden Funktion des Abwägungsvorgangs im Hinblick auf das Abwägungsergebnis Beckmann BauR 2016, 1417.

4 Vgl. EuGH 7.11.2013 – C-72/12 – Altrip – DVBl. 2013, 1597 = NuR 2013, 878 = UPR 2014, 19.

5 Vgl. BVerfG 16.12.2015 – 1 BvR 685/12 – Bremer Weserquerung – DVBl. 2016, 307.

nung, unabhängig von einer gesetzlichen Regelung.<sup>6</sup> Das BVerwG misst dem Planungsermessen und der planerischen Abwägung sogar Verfassungsrang zu.<sup>7</sup> Der Ausgleich zwischen den betroffenen öffentlichen und privaten Belangen muss im Ergebnis dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.<sup>8</sup>

- 7 Für den Bereich der **Bauleitplanung** ist das Abwägungsgebot bereits seit dem BBauG 1960 gesetzlich festgelegt. Es ist derzeit im BauGB an verschiedenen Stellen geregelt. **Grundnormen** sind:
- § 1 Abs. 7: Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen (Abwägungsgebot). Die Vorschrift betrifft seit dem EAG Bau die **Abwägung im materiellrechtlichen Sinne**. Der Bauleitplan muss im Ergebnis gerecht abgewogen sein.
  - § 2 Abs. 3: Die im konkret anstehenden Planungsfall abwägungserheblichen Belange sind zu ermitteln und zu bewerten. Diese „Verfahrensgrundnorm“<sup>9</sup> betrifft den verfahrensrechtlichen Aspekt der Abwägung, d. h. die Ermittlung und Bewertung des Abwägungsmaterials, früher bezeichnet als Zusammenstellung des Abwägungsmaterials.
  - § 214 Abs. 3 Satz 1: Maßgebend für die Abwägung ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bauleitplan.
- 8 Die Grundnormen werden durch folgende Vorschriften ergänzt:
- § 1a Abs. 2 Satz 3: Die Vorschrift stellt klar, dass die Grundsätze der Bauleitplanung nach § 1a Abs. 2 Satz 1 und 2 in der Abwägung zu berücksichtigen sind.
  - § 1a Abs. 3 Satz 1: Die Vermeidung und der Ausgleich voraussichtlich erheblicher Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes sowie der Leistungs- und Funktionsfähigkeit des Naturhaushalts in seinen in § 1 Abs. 6 Nr. 7 Buchst. a bezeichneten Bestandteilen (Eingriffsregelung nach dem BNatSchG) sind in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 zu berücksichtigen (Rn. 2209 ff.).
  - § 2 Abs. 2: Die Vorschrift betrifft die Abwägung bei der **interkommunalen Abstimmung**, sofern von der anstehenden Bauleitplanung benachbarte Gemeinden betroffen werden (Rn. 2371 ff.).
  - § 2 Abs. 4: Sind Umweltbelange nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 betroffen, ist nach Maßgabe des § 2 Abs. 4 und der Anl. 1 zum BauGB eine UP durchzuführen, in der die voraussichtlichen erheblichen Umweltauswirkungen ermittelt werden und in einem Umweltbericht beschrieben und bewertet werden. Das Ergebnis der UP ist in der Abwägung zu berücksichtigen. § 2 Abs. 4 ist im Verhältnis zu § 2 Abs. 3 ein spezialisierter Unterfall.
  - § 4a Abs. 1: Die Vorschriften über die Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligung dienen insbes. der vollständigen Ermittlung und zutreffenden Bewertung der von der Planung berührten Belange. Zum Begriff „Öffentlichkeit“ s. Rn. 256.
  - § 214 Abs. 1: Fehler im Abwägungsvorgang sind unbeachtlich, wenn entgegen § 2 Abs. 3 die von der Planung berührten Belange, die der Gemeinde bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen, in wesentlichen Punkten nicht zutreffend ermittelt oder bewertet worden sind und wenn der Mangel

6 BVerwG 30.4.1969 – 4 C 6/68 – DÖV 1970, 64 = DVBl. 1969, 697 = BRS 22 Nr. 3; ebenso BVerwG 20.10.1972 – 4 C 14/71 – E 41, 67 = DÖV 1973, 345 = DVBl. 1973, 42; seitdem st. Rspr.

7 So zur Fachplanung BVerwG 14.2.1975 – 4 C 21/74 – B 42 – E 48, 56 = DÖV 1975, 605 = DVBl. 1975, 713; BVerwG 23.1.1981 – 4 C 4/78 – E 61, 295 = DÖV 1981, 758 = DVBl. 1981, 932.

8 Hierzu Beckmann BauR 2016, 1417.

9 Begr. des RegE – BT-Drs. 15/2250, S. 42.

- offensichtlich und auf das Ergebnis des Verfahrens von Einfluss gewesen ist.
- § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1: Mängel, die Gegenstand der Regelung in § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sind, können nicht als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden.
  - § 214 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2: „Im Übrigen“ sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind.
  - 215 Abs. 1: Eine nach § 214 Abs. 1 Nr. 1 beachtliche Verletzung von § 2 Abs. 3 sowie nach § 214 Abs. 3 Satz 2 beachtliche Mängel des Abwägungsvorgangs werden unbeachtlich, wenn sie nicht innerhalb eines Jahres seit Bekanntmachung des FPlans oder der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts geltend gemacht worden sind.
  - § 214 Abs. 4: Mängel im Abwägungsvorgang sowie Mängel des Abwägungsergebnisses können unter bestimmten Voraussetzungen durch ein ergänzendes Verfahren behoben werden. Der betr. FPlan oder BPlan kann rückwirkend in Kraft gesetzt werden.

### 3. Abwägungsgebot und Planungsermessen

a) **Planungsermessen als Bezugspunkt des Abwägungsgebots.** Wesensmerkmal jeder Planung ist das Planungsermessen. Mit der Erteilung des Planungsauftrags und der darin eingeschlossenen Planungsbefugnis ist den Gemeinden ein **Planungsermessen**, d. h. **Freiraum an Gestaltungsmöglichkeiten** im Rahmen der Zweckbindung der Bauleitplanung eingeräumt.<sup>10</sup>

Der Ausübung dieses Ermessens setzt das Abwägungsgebot eine rechtliche Schranke.<sup>11</sup> Das Abwägungsgebot ist damit notwendig auf das Planungsermessen bezogen. Es ergibt sich nach Auffassung des BVerwG unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung aus dem Wesen der rechtsstaatlichen Planung und gilt und demgemäß universal.<sup>12</sup>

**Bedeutung und Inhalt des Planungsermessens für die Bauleitplanung** hat das BVerwG in seinem Urt. v. 12.12.1969<sup>13</sup> wie folgt beschrieben: *„Planungsermessen bedeutet: Erstens, dass die Befugnis zur Planung einen mehr oder weniger ausgedehnten Spielraum an Gestaltungsfreiheit einschließt und einschließen muss, weil Planung ohne Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre. Zweitens, dass sich diese planerische Gestaltungsfreiheit nicht auf einen bestimmten geistig-seelischen Vorgang zurückführen lässt, sondern verschiedene Elemente – insbes. des Erkennens, des Wertens und des Bewertens sowie des Wollens – umfasst. Drittens, dass sich in Richtung auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Planung aus der Verbindung von Planung und Gestaltungsfreiheit unabweisbar die Beschränkung darauf ergibt, ob im Einzelfall die ge-*

10 Allg. zum Planungsermessen Badura in FS für BayVerfGH (1972), S. 157; Rubel Planungsermessen – Norm- und Begründungsstruktur (1982) Sandler in FS für Schlichter (1995), S. 55; Ossenhühl, Abwägung im Verfassungsrecht, in Abwägung im Recht, herausgegeben von Erguth, Oebbecke, Rengeling und Schulte (1996), S. 25; Bartlspenger in Abwägung im Recht, herausgegeben von Erguth, Oebbecke, Rengeling und Schulte (1996), S. 79, 103; Ingold, Erstplanungspflichten im System des Planungsrechts (2007), S. 22; vgl. auch Erguth in Spannowsky/Hofmeister, Die Abwägung – das Herzstück der städtebaulichen Planung (2010), S. 1, 5; kritisch zum Begriff „Planungsermessen“ Berkemann in Erguth/Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle (2012), S. 11, 12 ff.; zum Zusammenhang zwischen Planungsbefugnis und Planungsermessen BVerwG 14.2.1975 – 4 C 21/74 – E 48, 56 = DÖV 1975, 605 = DVBl. 1975, 713.

11 So bereits Hoppe ÖffBauR, 2. Aufl. (1998) § 13 Rn. 1 ff.

12 BVerwG 20.10.1972 – 4 C 14/71 – E 41, 67 = DÖV 1973, 345 = DVBl. 1973, 42; BVerwG 14.2.1975 – 4 C 21/74 – B 42 – E 48, 56 = DÖV 1975, 605 = DVBl. 1975, 713; BVerwG 11.12.1981 – 4 C 69/78 – E 64, 270 = NJW 1982, 1473 = NVwZ 1982, 437.

13 BVerwG 12.12.1969 – 4 C 105/66 – E 34, 301 = DÖV 1970, 277 = DVBl. 1970, 414.

setzunglichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit überschritten sind oder von der Gestaltungsfreiheit in einer der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (§ 114 VwGO). Viertens endlich, dass die Planungsbeteiligung anderer Behörden in verschiedenartiger Weise und durchaus auch als eine echte Beteiligung an der jeweils bestehenden Gestaltungsfreiheit vorgesehen sein kann, sich die mit dem Genehmigungserfordernis in § 11 BBauG (1960) angeordnete Beteiligung der höheren Verwaltungsbehörde aber in der Befugnis und Pflicht zur Rechtskontrolle erschöpft (§ 11 S. 3 BBauG, § 6 II BBauG (1960)).“

- 11 b) Rechtsgrundlage für das Planungsermessen.** Grundlage für die Planungsbefugnis und das darin eingeschlossene Planungsermessen ist § 1 Abs. 1.<sup>14</sup> Daneben wird häufig auch auf § 1 Abs. 3 Satz 1 abgestellt, obwohl es sich bei dieser Vorschrift dem Wortlaut nach nicht um eine ermächtigende, sondern um eine schrankensetzende Gebots- bzw. Verbotsnorm handelt. Materiellrechtliche Folgen ergeben sich aus den insoweit unterschiedlichen Auffassungen nicht. In seiner Entsch. v. 17.9.2003 hat das BVerwG hierzu und zum Planungsermessen ausgeführt und insoweit seine frühere Rspr. bestätigt: „§ 1 Abs. 3 BauGB ist systematisch und inhaltlich eng mit Absatz 1 der Vorschrift, der die allgemeine Aufgabe der Bauleitplanung umschreibt, und mit § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB verbunden, der die Bauleitplanung den Gemeinden zur eigenen Verantwortung überweist. § 1 Abs. 3 BauGB setzt voraus, dass der Gemeinde mit der Planungsbefugnis zugleich ein Planungsfreiraum eingeräumt wird (...). Das Planungsermessen der Gemeinde umfasst neben dem ‚Wie‘ auch das ‚Ob‘ und ‚Wann‘ planerischer Gestaltung; Planungsermessen bedeutet Entschließungs- und Gestaltungsermessen.“<sup>15</sup>
- 12** Die Auffassung, mit der Ausformung des Abwägungsgebots durch die Rspr. habe der Begriff des Planungsermessens seine Bedeutung verloren,<sup>16</sup> trifft nicht zu; nach wie vor verwenden das BVerwG, der BGH und die OVGe den Begriff des Planungsermessens, wenn auch zumeist im Hinblick auf § 1 Abs. 3 Satz 1.
- 13 c) Rechtscharakter.** Das Planungsermessen ist ein spezieller Unterfall des Ermessens.<sup>17</sup> Es unterscheidet sich von **Verwaltungsermessen** und vom gesetzgeberischen Ermessen nicht qualitativ, sondern nur graduell.<sup>18</sup> Das Planungsermessen reicht weiter als das den Verwaltungsbehörden eingeräumte Verwaltungsermessen (vgl. § 40 VwVfG). Dieses kann in den meisten Fällen erst ausgeübt werden, wenn gesetzlich normierte Voraussetzungen gegeben sind. Für die Ausübung des Planungsermessens sind im Regelfall nur allg. Ziele vorgegeben. Das BVerwG unterscheidet dementsprechend zwischen dem „einfachen Verwaltungsermessen“ und dem „Planungsermessen“.<sup>19</sup> Folgerichtig hat es im Hinblick auf Planungsfehler nicht die allg. Ermessensfehlerlehre übernommen, sondern eine **eigenständige Abwägungsfehlerlehre** entwickelt.

14 So Bender in FS für Weyreuther (1993), S. 125 ff.

15 BVerwG 17.9.2003 – 4 C 14/01 – Gewerbepark Mühlheim-Kärlich – E 119, 25 = NVwZ 2004, 220 = DVBl. 2004, 239; ebenso BVerwG 30.4.2004 – 4 CN 1/03 – DVBl. 2004, 1044 = NVwZ 2004, 1120 = BauR 2004, 1427; st. Rspr. der OVGe vgl. u. a. OVG Münster 15.5.2013 – 2 D 122/12.NE – JurionRS 2013, 39396.

16 So Berkemann in Erguth/Kluth (Hrsg.), Planungsrecht in der gerichtlichen Kontrolle (2012), S. 11.

17 Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht 5. Aufl. (2009) § 17 Rn. 3.

18 Ibler, Die Schranken planerischer Gestaltungsfreiheit im Planfeststellungsbeschluss (1988), S. 36; für eine völlige Gleichsetzung Rubel, Planungsermessen – Norm- und Begründungsstruktur (1982), S. 48 ff., 60; Koch DVBl. 1983, 1125; Beckmann DÖV 1987, 944; Bartlspenger, in Abwägung im Recht, herausgegeben von Erguth, Oebbecke, Rengeling und Schulte (1996), S. 79, 103 ff.

19 BVerwG 10.2.1978 – 4 C 25/75 – E 55, 220 = DÖV 1978, 410 = DVBl. 1979, 63.

Die Ausübung des Planungsermessens schließt – im phänomenologischen Sinne – **Elemente des Abwägens** ein, wie jede andere Ermessensausübung auch. Der so verstandene Begriff „Abwägung“ beschreibt die Ausfüllung des dem Planungsermessens zugewilligten Freiraums, um zur Planungsentscheidung zu gelangen.<sup>20</sup> Dieses Abwägen darf jedoch nicht notwendig mit der für das Abwägungsgebot maßgeblichen Abwägung im Rechtssinne gleichgesetzt werden. Das in §§ 1 Abs. 7 und § 2 Abs. 3 festgelegte Abwägungsgebot fungiert als rechtlicher Kontrollmaßstab der planerischen Ausübung des Planungsermessens.<sup>21</sup>

**d) Ausübungspflicht.** Der durch § 1 Abs. 1 eingeräumten Planungsbefugnis korrespondiert eine **Pflicht zur Ausübung des Planungsermessens**. Diese wird akut, sobald die Gemeinde einen Bauleitplan aufstellt, ändert, ergänzt oder aufhebt.

**e) Entschließungsermessen.** Das Planungsermessen bei der Bauleitplanung umfasst sowohl das **Entschließungsermessen** als auch das **Auswahlermessen**.

Beim **Entschließungsermessen**<sup>22</sup> geht es darum, **ob** und **wann** ein Bauleitplan aufgestellt, ergänzt, geändert oder aufgehoben werden soll.<sup>23</sup> Diese Entscheidung darf die Gemeinde grds. nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen treffen.<sup>24</sup> So kann die Gemeinde nach planerischem Ermessen entscheiden, ob sie die Realisierung künftiger Bauwünsche für Wohnzwecke unter Verstärkung einer innerörtlichen Gemengelage (Rn. 318) hinnehmen oder ob sie im Anschluss an die bebaute Ortslage ein neues Baugebiet zur Verfügung stellen will.<sup>25</sup> Die Gemeinde darf aber auch planerische Selbstbeschränkung und Zurückhaltung üben und sich je nach den tatsächlichen Gegebenheiten insbes. darauf verlassen, dass die planerisierenden Vorschriften der §§ 34, 35 zur Steuerung der städtebaulichen Entwicklung in Teilbereichen ihres Gebiets ausreichen.<sup>26</sup>

**Das Entschließungsermessen ist eingeschränkt**

- bei der Erst-Aufstellung des FPlans; zu dieser ist die Gemeinde i. d. R. verpflichtet;
- bei Vorliegen einer Planungspflicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1; § 1 Abs. 3 Satz 1 begründet eine objektiv-rechtliche Pflicht der Gemeinden zur Bauleitplanung, sobald und soweit dies „erforderlich“ ist, weil wegen besonderer städtebaulicher Gründe ein qualifizierter städtebaulicher Handlungsbedarf vorliegt;<sup>27</sup>
- bei Vorliegen eines Planungserfordernisses; dieses betrifft die Frage, ob ein Vorhaben wegen seiner Größe oder seiner Auswirkungen im Verhältnis zu seiner Umgebung bewältigungsbedürftige Spannungen erzeugt und damit

20 Erbguth in Spannowsky/Hofmeister, Die Abwägung – das Herzstück der städtebaulichen Planung (2010), S. 1, 7.

21 Zum Abwägungsgebot als rechtlicher Kontrollmaßstab s. Rn. 31 f.

22 Zum Inhalt des Planungsermessens BVerwG 17.9.2003 – 4 C 14/01 – Gewerbepark Mühlheim-Kärlich – E 119, 25 = NVwZ 2004, 220 = DVBl. 2004, 239; BVerwG 30.4.2004 – 4 CN 1/03 – DVBl. 2004, 1044 = NVwZ 2004, 1120 = BauR 2004, 1427; BVerwG 15.6.2004 – 4 BN 14/04 – NordÖR 2004, 284.

23 Zur zeitlichen Dimension BVerwG 19.9.2002 – 4 CN 1/02 – E 117, 58 = DVBl. 2003, 204 = BRS 65 Nr. 20.

24 BVerwG 20.11.1995 – 4 NB 23/94 – DVBl. 1996, 264 = NVwZ 1996, 888 = BRS 57 Nr. 3; BVerwG 17.9.2003 – 4 C 14/01 – Gewerbepark Mühlheim-Kärlich – E 119, 25 = NVwZ 2004, 220 = DVBl. 2004, 239.

25 OVG Münster 25.4.1997 – 7a D 117/94.NE – Juris.

26 BVerwG 17.9.2003 – 4 C 14/01 – Gewerbepark Mühlheim-Kärlich – E 119, 25 = NVwZ 2004, 220 = DVBl. 2004, 239.

27 BVerwG 17.9.2003 – 4 C 14/01 – Gewerbepark Mühlheim-Kärlich – E 119, 25 = NVwZ 2004, 220 = DVBl. 2004, 239; hierzu auch Gierke in Brügelmann BauGB § 1 78. Lfg. Mai 2011) Rn. 141 ff.

einer planerischen Abwägung und Entscheidung bedarf und somit ohne Planung nach § 34 bzw. § 35 nicht zugelassen werden darf. Ein solches Planungserfordernis kann insbes. der Zulassung eines Vorhabens nach § 35 Abs. 2 entgegenstehen.<sup>28</sup> Ein Planungserfordernis kann auch bei Störfalllagen (Rn. 1459 ff.) in Bereichen nach § 34 gegeben sein, falls die dort bestehenden Konflikte im Rahmen einer nachvollziehenden Abwägung nach Maßgabe des Rücksichtnahmegebots nicht bewältigt werden können.<sup>29</sup>

- 19** Die Gemeinde kann grds. auch frei darüber entscheiden, ob sie eine bereits vorhandene Bebauung durch eine verbindliche Bauleitplanung überplanen will, um den bereits entstandenen städtebaulichen Zustand rechtlich festzuschreiben. Das gilt selbst dann, wenn sich die Bebauung weitestgehend nach § 34 Abs. 2 bestimmt. Die Gemeinde ist nicht gehalten, eine bisherige „potenzielle“ Bebaubarkeit aufrechtzuerhalten.<sup>30</sup> Die Gemeinde darf ebenfalls darüber befinden, ob sie ein begonnenes Bauleitplanverfahren zu Ende führt oder abbricht.<sup>31</sup> Im Regelfall steht es der Gemeinde auch frei, ob sie den Fehler eines Bauleitplans im ergänzenden Verfahren nach § 214 Abs. 4 behebt und diesem Plan mit oder ohne Rückwirkung nachträglich Geltung verschafft, oder aber einer inhaltlich veränderten neuen Planung den Vorzug gibt oder es schlicht bei der infolge der Unwirksamkeit des Plans bestehenden Rechtslage nach §§ 34 und 35, belässt. Davon unberührt bleibt die Pflicht, den Rechtsschein eines unwirksamen Bauleitplans zumindest durch ein förmliches Aufhebungsverfahren zu beseitigen.
- 20 f) Auswahlermess.** Das **Auswahlermess** erstreckt sich zum Ersten auf das „Wo“ der Planung, d. h. die Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs eines Bauleitplans.<sup>32</sup> Diese Festlegung ist zu treffen bei der räumlich begrenzten Änderung oder Ergänzung eines FPlans, der Aufstellung, Änderung, Ergänzung und teilweisen Aufhebung eines Teil-FPlans (§ 5 Abs. 2a) sowie der Aufstellung, Änderung, Ergänzung und teilweisen Aufhebung eines BPlans gem. § 9 Abs. 7. Nur bei der Erstaufstellung des FPlans ist der Geltungsbereich durch § 5 Abs. 1 vorgegeben. Die Gemeinde kann unter Beachtung der Grundregeln des § 1 ihre planerische Tätigkeit auf diejenigen Bereiche beschränken, in denen ein akuter planerischer Handlungsbedarf besteht. Dabei darf sie sich auch von Zweckmäßigkeitserwägungen unter Berücksichtigung ihrer Planungs- und Durchführungskapazität und der Finanzierbarkeit der städtebaulichen Maßnahmen leiten lassen.<sup>33</sup> Es ist der Gemeinde grds. nicht verwehrt, unter mehreren für eine bestimmte Planung geeigneten Flächen diejenige Fläche auszuwählen, die in ihrem Eigentum steht, weil sie aus diesem Grunde für die Verwirklichung der Planung einschließlich des Baus der notwendigen Erschließungsanlagen besonders geeignet ist. Eine Gemeinde kann auch für eine Ge-

28 Hierzu BVerwG 26.11.1976 – 4 C 69/74 – NJW 1977, 1978 = BRS 30 Nr. 34 = BauR 1977, 104; BVerwG 11.3.1977 – 4 C 45/75 – DVBl. 1977, 529 = NJW 1977, 1979 = BRS 32 Nr. 1; BVerwG 26.10.1979 – 4 C 22/77 – BRS 35 Nr. 76 = BauR 1980, 51 = DVBl. 1980, 494; BVerwG 12.9.1980 – IV C 77/77 – BauR 1981, 54 = BRS 36 Nr. 95 = ZfBR 1980, 296; BVerwG 24.10.1980 – 4 C 3/78 – E 61, 128 = DVBl. 1981, 401 = BRS 36 Nr. 169; BVerwG 27.6.1983 – 4 B 206/82 – NVwZ 1984, 169 = DÖV 1984, 294 = BRS 40 Nr. 74; BVerwG 6.3.1987 – 4 C 11/83 – E 77, 86 = DVBl. 1987, 901 = DÖV 1987, 967; BVerwG 22.6.1990 – 4 C 6/87 – NVwZ 1991, 64 = BRS 50 Nr. 84 = ZfBR 1990, 293; BVerwG 5.1.1996 – 4 B 306/95 – NVwZ 1996, 597 = BRS 58 Nr. 91; BVerwG 1.8.2002 – 4 C 5/01 – E 117, 25 = BRS 65 Nr. 10 = DVBl. 2003, 62; vgl. auch Gierke in Brügelmann BauGB § 1 (78. Lfg. Mai 2011) Rn. 137 ff. m. w. N.

29 Hierzu BVerwG 20.12.2012 – 4 C 11/11 – Mücksch/Merck – E 145, 290 = NVwZ 2013, 719 = ZUR 2013, 278; Hellriegel/Farsbotter NVwZ 2013, 1117.

30 BVerwG 16.1.1996 – 4 NB 1/96 – NVwZ-RR 1997, 83 = BRS 58 Nr. 1 = ZfBR 1996, 223.

31 BVerwG 9.10.1996 – 4 B 180/96 – DÖV 1997, 251 = NVwZ-RR 1997, 213 = BRS 58 Nr. 3.

32 BVerwG 30.4.2004 – 4 CN 1/03 – DVBl. 2004, 1044 = NVwZ 2004, 1120 = BauR 2004, 1427.

33 BVerwG 10.10.2013 – 4 BN 36/13 – ZfBR 2014, 147 = BauR 2014, 57.

meindestraße die Straßenführung (Trasse) auswählen und im BPlan festsetzen.<sup>34</sup>

Die Festlegung der Grenzen eines Plangebiets unterliegt allerdings den sich aus § 1 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 7 ergebenden rechtlichen Schranken. Einerseits darf der BPlan mit seinem räumlichen Geltungsbereich nicht weiter reichen, als dies nach der planerischen Konzeption der Gemeinde erforderlich ist. Andererseits kann es aus Gründen der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung oder zur Bewältigung von Konflikten geboten sein, den Geltungsbereich des Plans auf Flächen auszudehnen, an deren Überplanung die Gemeinde gegenwärtig an sich nicht interessiert ist.<sup>35</sup> So kann die Einbeziehung bislang nicht in den Entwurf aufgenommenen Flächen geboten sein, wenn der BPlan Flächen mit der Folge ausspart, dass konkurrierende Nutzungen aufeinanderstoßen und ein Konflikt entsteht, der entspr. dem Gebot der Problem- und Konfliktbewältigung (s. Rn. 2483 ff.) im Rahmen der Abwägung (§ 1 Abs. 7) hätte gelöst werden müssen.<sup>36</sup> In keinem Fall darf die Abgrenzung willkürlich erfolgen.<sup>37</sup>

Im Rahmen des Auswahlermessens kann der Planungsträger ggf. entscheiden, ob ein städtebauliches Gesamtprojekt auf der Ebene der BPlan ggf. planerisch in **Abschnitte** aufgeteilt werden soll und welcher Planungsabschnitten zunächst Gegenstand der BPlanung sein soll. Eine Abschnittsbildung kommt insbes. bei der (isolierten) Planung von Verkehrswegen in Betracht. Zur Abschnittsbildung s. Rn. 1882 ff. **21**

Das Auswahlermessens bezieht sich zum Zweiten auch auf das „Wie“ der **Planung**, d. h. auf den Inhalt der Planung. Welchen Inhalt und Detaillierungsgrad bauplanerische Festsetzungen letztlich haben sollen oder erforderlichenfalls haben müssen, ist eine Frage des Einzelfalls. Das Maß gebotener Konkretisierung hängt wesentlich von der Art der jeweiligen Festsetzung, von den Planungszielen und insbes. auch von den örtlichen Verhältnissen ab. In dem von § 1 Abs. 3 und § 9 gezogenen Rahmen bestimmt die Gemeinde in planerischer Gestaltungsfreiheit, welches Maß an Konkretisierung von Festsetzungen der jeweiligen Situation angemessen ist. Dabei kann eine gewisse planerische Zurückhaltung (vgl. Rn. 2506) durchaus der Funktion des BPlans entsprechen. So kann die Gemeinde darüber befinden, welche Art der baulichen und sonstigen Nutzung (z. B. Wohnen, Gewerbe, Verkehr, Freiraum- und Grünnutzung) ausgewiesen werden und welche Grundflächenzahl oder welche Geschossflächenzahl maßgebend sein soll. Im Rahmen des Auswahlermessens entscheidet die Gemeinde u. a. auch, in welchem Umfang sie Gemeindegebietsteile zur Unterbringung von Gewerbebetrieben zur Verfügung stellt; wünscht sie an einem bestimmten Standort keine Einzelhandelsbetriebe, Schank- oder Speisewirtschaften sowie Vergnügungsstätten, so kann sie ein Gewerbegebiet unter Ausschluss dieser Nutzungen festsetzen.<sup>38</sup> Die planerische Gestaltungsfreiheit lässt – bei abstrakter Betrachtung – auch unterschiedliche Lösungen zu, ein Plangebiet durch Verkehrsflächen sachgerecht zu erschließen.<sup>39</sup> Soweit zwingende Vorschriften (z. B. aus Gründen des Gesundheitsschutzes) oder das Gebot gerechter Abwägung nicht entgegen steht, kann die Gemeinde auch festlegen, ob und ggf. welche Belastungen den Eigentümern im Plangebiet bzw. in dessen Nachbarschaft zuzumuten sind; sie darf insoweit z. B. die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse konkretisieren. Soweit städtebauliche **22**

34 Vgl. OVG Münster 30.12.1997 – 10a D 41/95.NE – BRS 59 Nr. 2.

35 BVerwG 20.11.1995 – 4 NB 23/94 – DVBl. 1996, 264 = NVwZ 1996, 888 = BRS 57 Nr. 3; BVerwG 30.4.2004 – 4 CN 1/03 – DVBl. 2004, 1044 = NVwZ 2004, 1120 = BauR 2004, 1427.

36 OVG Lüneburg 20.4.2009 – 1 KN 79/05 – BauR 2009, 1425.

37 BVerwG 15.6.2004 – 4 BN 14/04 – NordÖR 2004, 284.

38 BVerwG 11.5.1999 – 4 NB 15/99 – NVwZ 1999, 1338 = BRS 62 Nr. 19 = ZfBR 1999, 279.

39 BVerwG 15.2.1990 – 4 NB 5/90 – Juris.

Gründe dies rechtfertigen, darf die Gemeinde im Wege der Bauleitplanung das Maß hinnehmbarer (Geruchs-)Beeinträchtigungen nach den Maßstäben des Vorsorgegrundsatzes unterhalb der durch § 3 Abs. 1 BImSchG bestimmten Erheblichkeitsschwelle eigenständig gebietsbezogen festlegen.<sup>40</sup>

- 23** Das **Auswahlermessen** erstreckt sich zum Dritten auch auf die **Auswahl der in Betracht kommenden Alternative** (alternative Planbereiche, Standorte oder Trassen, alternative Planinhalte).<sup>41</sup>
- 24** g) **Wahl der Planform und der Verfahrensart.** Entschließt sich die Gemeinde zur Bauleitplanung, kann sie im Rahmen ihres Planungsermessens zwischen verschiedenen **Formen des Bauleitplans** wählen, sofern die gesetzlich zugelassen und die Voraussetzungen für die betr. Planformen gegeben sind.
- 25** Zur Steuerung der Ansiedlung von privilegierten Vorhaben im Außenbereich auf der **Ebene des FPlans** kommen in Betracht:
- Darstellung von „Konzentrationszonen“ gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 durch Ergänzung des gesamtäumlichen FPlans gem. § 5 Abs. 1;
  - Aufstellung eines sachlichen Teil-FPlans i. S. v. § 5 Abs. 2b.
- 26** Die verbindliche Festlegung der baulichen und sonstigen Nutzung auf der **Ebene des BPlans** kann erfolgen durch:
- qualifizierten BPlan i. S. v. § 30 Abs. 1;
  - einfachen BPlan nach § 30 Abs. 3;
  - vorhabenbezogenen BPlan i. S. v. § 12 mit Festsetzungen nach § 12 Abs. 3 (Variante 1) oder nach § 12 Abs. 3a mit typisierten bzw. allg. Festsetzungen (Variante 2);
  - BPlan der Innenentwicklung nach Maßgabe von § 13a;
  - planfeststellungsersetzenden BPlan, soweit ein solcher gesetzlich zugelassen ist.<sup>42</sup>
- 27** Bei der Entscheidung über die zweckmäßige Planform bei der **Straßenplanung** sind die Unterschiede der Planformen, ihre Eignung zur Bewältigung der konkreten Probleme, ihr Regelungsumfang sowie die Rechtswirkungen zu berücksichtigen. Dem Straßenbaulastträger darf gegen seinen Willen durch eine Gemeinde keine Landesstraße aufgedrängt werden. Nach Auffassung des BVerwG<sup>43</sup> steht § 1 Abs. 3 Satz 1 einer kommunalen Planung nicht entgegen, wenn die Gemeinde einen BPlan für den ersten Abschnitt einer Ortsentlastungsstraße für die Ortsdurchfahrt einer Landesstraße als Gemeindestraße aufstellt, wenn absehbar ist, dass nach der Vollendung der Ortsentlastungsstraße diese zur Landesstraße aufgestuft wird. Ist fachgesetzlich die Ersetzung der Planfeststellung durch BPlan zugelassen, z. B. nach § 17b Abs. FStrG, kann die **betreffende Fläche durch Bauleitplanung gesichert** werden, wenn der noch ausstehende Planfeststellungsbeschluss erwartet werden kann.<sup>44</sup>
- 28** Selbst in den Fällen, in denen grds. der „Anstoß“ durch einen privaten Investor erfolgt ist und darum auch ein vorhabenbezogener BPlan nach § 12 möglich

40 BVerwG 28.2.2002 – 4 CN 5/01 – DVBl. 2002, 1121 = ZfBR 2002, 574 = BauR 2002, 1348 = ZUR 2002, 356; im Ergebnis ebenso BVerwG 14.4.1989 – 4 C 52/87 – DÖV 1989, 772 = DVBl. 1989, 1050 = NVwZ 1990, 257.

41 Zur Berücksichtigung von Planungsalternativen im Rahmen der Abwägung s. Rn. 2440 ff.

42 So für Bundesfernstraßen nach § 17b Abs. 2 FStrG, Landesstraßen und planfeststellungsbedürftige Kreis- und Gemeindestraßen nach Maßgabe des jeweiligen Landesstraßengesetzes sowie für Straßenbahnen, Hochbahnen, Untergrundbahnen, Anlagen für den Obusverkehr nach § 28 Abs. 3 PBefG ggf. i. V. m. § 41 Abs. 1 PBefG.

43 BVerwG 28.1.1999 – 4 CN 5/98 – E 108, 248 = DÖV 1999, 730 = DVBl. 1999, 1288.

44 So zur Festsetzung von Flächen für die Straßenbahn OVG Münster 19.2.2001 – 10a D 65/98.NE – NVwZ-RR 2001, 571; zur Sicherung einer Trasse für eine Bundesfernstraße BVerwG 18.10.1985 – 4 C 21/80 – E 72, 172 = DÖV 1986, 696 = BRS 44 Nr. 96.