

pulation bedroht. Als Einzelfallabwägung müssen die rationalen Grundlagen der jeweiligen Situation entnommen werden, aber die Abwägung darf nicht zur Situationsjurisprudenz verkommen. In besonderem Maße gewinnt deshalb die Kompetenzfrage an Bedeutung. Abwägungen müssen nicht nur im Anwendungsbereich beschränkt, sondern auch in die richtigen Hände gelegt werden. Abwägungen im Verfassungsrecht dürfen nicht dazu dienen, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit den Platz der Fachgerichtsbarkeit einnimmt. Das Bundesverfassungsgericht sollte zu der von ihm selbst entwickelten Heckschen Formel⁷⁴ zurückkehren und diese auch praktizieren. Sie bringt zum Ausdruck, daß nicht jede fragwürdige Wertung des Fachrichters auch ohne weiteres zu einer Verfassungswidrigkeit seines Urteilspruchs führt und eine Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht erfordert. Für Tatsachenwürdigungen ist der Fachrichter institutionell besser gerüstet. Dies sollte bei Abwägungen im Verfassungsrecht mehr Berücksichtigung finden.

74 Vgl. Herzog, aaO (Fußn. 62), S. 433; Schlaich, aaO (Fußn. 61), Rdnr. 272.

Das Bundesverfassungsgericht hat nicht die Aufgabe, jede aus seiner Sicht als ungerecht oder problematisch empfundene fachgerichtliche Entscheidung zu kassieren. Seine Aufgabe ist es, den grundrechtlichen Obersatz aufzubereiten, Grenzen der Schutzbereiche der einzelnen Grundrechte zu ziehen, den Schutzgehalt der Grundrechte zu konkretisieren, allgemeine Maßstäbe und Orientierungen für ihre Anwendung zu entwickeln. Wenn in diese Aufgabe mehr Energien gesteckt werden, dürfte sich die Notwendigkeit von Abwägungen erheblich verringern. Seine ihm von Grundgesetz wegen zugeordnete Führungsaufgabe kann das Bundesverfassungsgericht nur dann behalten, wenn es sich auf die grundsätzlichen Auslegungsfragen beschränkt und nicht die fachrichterlichen Entscheidungen deswegen aufhebt, weil es die Fakten des Einzelfalls anders bewertet, ohne daß die Willkürgrenze überschritten wäre. Nur auf dieser Linie der Arbeitsteilung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit dürften die Unsicherheiten der Abwägung im Verfassungsrecht wieder erträglich werden und die Rechtssicherheit in der einfachen Rechtsordnung zurückgewonnen werden können.

DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Abwägung im Recht

– Symposium und Abschiedsvorlesung aus Anlaß der Emeritierung von Professor Dr. Werner Hoppe –*

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stier, Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Lehrbeauftragter an den Universitäten Münster und Osnabrück, Münster

»Sie sind ein großer Leistungsträger der Westfälischen Wilhelms-Universität«. Mit diesen Worten überreichte Rektor Prof. Dr. Gustav Dieckbeuer (Münster) dem Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, insbesondere Baurecht, Planungs- und Umweltrecht, Prof. Dr. Werner Hoppe, am 30. 6. 1995 vor etwa 500 Gästen aus ganz Deutschland die Emeritierungsurkunde. Der 65jährige Wissenschaftler und Hauptschriftleiter dieser Zeitschrift gab damit nach mehr als 20 Jahren die Leitung seines Lehrstuhls, den er am 1. 4. 1972 gegründet hatte, in die Hände seines Nachfolgers Prof. Dr. Hans D. Jarass (Bochum).

Der Tag stand ganz im Zeichen eines der thematischen Grundanliegen des Jubilars, der »Abwägung im Recht«. Dem »Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip« widmete Hoppe seine Abschiedsvorlesung. »Abwägung im Recht« war auch der Mittelpunkt des ganztägigen Symposiums, das zu Ehren des mit dem Verdienstorden des Landes NW ausgezeichneten Wissenschaftlers in der Aula des Residenzschlosses zu Münster veranstaltet wurde.

Die große Bandbreite des wissenschaftlichen Wirkens des Jubilars hob der Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaften, Prof. Dr. Dirk Eblers (Münster), hervor: Der am 18. 6. 1930 in Münster geborene Jubilar – so der Dekan – promovierte im Jahre 1958 bei dem ehemaligen Oberstadtdirektor von Münster, Prof. Dr. Karl Zuborn, und Prof. Dr. Hans-J. Wolff über »Die Begriffe Gebietskörperschaft und Gemeindeverband und der Rechtscharakter der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände«. Von 1959 bis 1972 war Werner Hoppe als Rechtsanwalt und seit 1970 als Notar in Münster tätig. Er habilitierte sich im Jahre 1970 bei Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger und Prof. Dr. Hans-J. Wolff mit einer

Schrift über »Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten« an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität und erhielt die Lehrbefugnis für Staatsrecht, Verwaltungsrecht und das Recht der Europäischen Gemeinschaften. Zum 1. 4. 1972 übernahm er den Lehrstuhl für Raumplanung und öffentliches Recht der Universität Münster. Zugleich wurde er Mitglied des Sonderforschungsbereichs »Raumordnung und Raumwirtschaft« der Deutschen Forschungsgemeinschaft, der bis Ende 1981 bestand. Den ehrenvollen Ruf als Nachfolger auf den Ule-Lehrstuhl in Speyer, für den er »*primo et unico loco*« vorgesehen war, hatte der Münsteraner zuvor abgelehnt.

Im Jahre 1974 erfolgte die Wahl zum Prorektor für Forschung und wissenschaftlichen Nachwuchs und ersten Stellvertreter des Rektors. In den Jahren 1980/81 war Hoppe Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster. Seine Hauptgebiete in Forschung und Lehre sind das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Planungs- und Umweltrecht, Verfassungsrecht sowie das Kommunalrecht, Schul- und Schulorganisationsrecht, Straßerecht und Bergrecht. Hoppe führte etwa 100 Doktoranden zur Promotion.

Im Jahre 1980 wurde Werner Hoppe als Nachfolger von Staatssekretär a. D. Prof. Dr. Werner Ernst Geschäftsführender Direktor des Zentralinstituts für Raumplanung an der Universität Münster. Seit 1981 leitet er außerdem als Geschäftsführender Direktor das Freiherr-vom-Stein-Institut, Wissenschaftliche Forschungsstelle des Landkreistages NW an der Universität Münster, das er mitgegründet hatte. Er war Gründungsmitglied und von 1990 bis 1993 Mitdirektor des Zentrums für Umweltforschung der Universität Münster, dessen Konzeption er maßgeblich mitgeprägt hat. Er war Mitglied des Rates von Sachverständigen für Umweltfragen, Mitglied mehrerer Akademien und ist erst jüngst in den Beirat für Raumordnung und in die Kommission zur Novellierung des BauGB (»Schlichter II«) durch den Bundesbauminister Prof. Dr. Klaus Töpfer berufen worden.

* Die bei dem Symposium gehaltenen Vorträge einschließlich der Diskussionen und die Abschiedsvorlesung erscheinen im Herbst 1995 in einer vom Carl Heymanns Verlag herausgegebenen Schrift, Abwägung im Recht, Köln 1995.

Abwägung im Recht

Seine habilitierten Schüler hatten es sich unter Führung von Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling (Osnabrück), der die Verdienste des Jubilars ebenfalls ausführlich würdigte, nicht nehmen lassen, ihn aus diesem Anlaß mit einem ganztägigen Symposium »Abwägung im Recht« für die wissenschaftlichen Leistungen zu ehren, die vor allem in den Bereichen des Bauplanungsrechts und aller Fachplanungsrechte, des Umweltrechts, des Verfassungsrechts sowie des Kommunalrechts liegen.

»Abwägung im Recht« das wurde schon zu Beginn des siebenstündigen Symposiums deutlich, beschränkt sich nicht lediglich auf das Planungsrecht, sondern durchzieht wie ein roter Faden weite Teile der Rechtsordnung vom Verfassungsrecht über das Verwaltungsrecht aber auch das Zivil- oder Strafrecht. »Auch die Hausfrau wägt beim Markteinkauf Äpfel mit Birnen ab«, wußte der ehemalige Präsident des BVerwG, Prof. Dr. Horst Sandler (Berlin), zu berichten. Und er fügte zugleich an den Verfasser von mehr als 200 Zeitschriftenbeiträgen und etwa 30 Büchern gewandt im Hinblick auf seinen ersten Aufsatz zum Abwägungsgebot¹ das Wort von Ebner-Eschenbach hinzu: »Sage Selbstverständliches als erster und du bist unsterblich.«

Aber was ist dieses Selbstverständliche, was sind die übergreifenden Strukturen des Abwägungsgebotes? Oder gilt es gerade umgekehrt zu differenzieren und nicht alles in einen »Abwägungseintopf« zu werfen, wie Vorsitzender Richter am BVerwG Dr. Günter Gaentzsch (Berlin) forderte? Das Symposium »Abwägung im Recht« stellte sich diesen Fragen mit einer wissenschaftlichen Feldforschung in vier exemplarischen Bereichen: Auf der Grundlage einer normtheoretischen Basis wurden die Felder des Verfassungsrechts, des Verfahrensrechts und des Verwaltungsrechts untersucht, um hierdurch rechtliche Schneisen in das »Abwägungsdickicht« zu schlagen, das in seinen Verästelungen und unterschiedlichen Ausprägungen in den einzelnen Rechtsgebieten selbst von Insidern kaum noch zu überblicken ist.

Prof. Dr. Hans-Joachim Koch (Hamburg), der die normtheoretische Basis der Abwägung behandelte, bezeichnete die Abwägung als in allen Bereichen der Rechtsanwendung unvermeidlichen Entscheidungsmodus. An konkreten Beispielen aus dem Verfassungsrecht, dem Planungsrecht, der Ermessensbetätigung sowie der »einfachen« Gesetzesauslegung verdeutlichte Koch, daß regelmäßig Zielkonflikte abwägend zum Ausgleich zu bringen seien. Hinsichtlich der normtheoretischen Erklärung des Abwägungserfordernisses stellte der Planungsrechtler einen Paradigmenwechsel fest: An die Stelle der verwaltungswissenschaftlichen Unterscheidung von Final- und Konditionalprogrammen, die den Blick auf die übergreifende Abwägungsaufgabe eher verstellt als erhellt habe, trete zunehmend die Differenzierung zwischen Regeln und Prinzipien. Die vor allem von Dworkin begründungstheoretisch gestützte Differenzierung, die maßgeblich von Alexy in die jüngere deutsche Debatte für das Verfassungsrecht eingeführt worden sei², werde neuerdings auch im Planungsrecht aufgegriffen, führte der Rechtstheoretiker unter Hinweis auf Hoppe³ aus. Prinzipien seien Rechtssätze, die optimierbare Zustände ausdrückten und durch Vorschriften mit der gleichen Eigenschaft eingeschränkt werden könnten, ohne daß einer der beiden Vorschriften ein abstrakter Vorrang zukomme. Rechtsregeln seien demgegenüber Normen, die nicht mehr oder weniger verwirklicht, sondern nur erfüllt oder nicht erfüllt werden könnten. Jedoch wiesen auch Rechtsregeln vielfach Elemente auf, die sie den Prinzipien annäherten. Prinzipienkollisionen seien durch Abwägung dahin gehend zu lösen, daß alle zur Verwirklichung aufgegebenen Zustände möglichst weitgehend realisiert werden. Das bedeute, daß teilweise dem einen, teilweise dem anderen Prinzip Vorrang einzuräumen sei. Dafür seien fallgruppenspezifische Vorrangregeln zu finden und zu rechtfertigen. Unter diesen Vorrangregeln, die einer Abwägung nach Maßstäben und damit Gleichbehand-

lung und Rechtsicherheit gewährleisten, sei der jeweilige Sachverhalt zu subsumieren. Abwägung und Subsumtion seien demgemäß – so machte Koch deutlich – keine Alternativen, sondern einander ergänzende Elemente der Rechtsfindung und Rechtsanwendung.

»Nirgendwo wird soviel gezaubert wie im Verfassungsrecht. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat sich dabei zu einer überwältigenden Zauberformel entwickelt.« Diese Erkenntnis stand für Prof. Dr. Fritz Ossenbühl (Bonn) am Beginn seiner Eröffnungsbilanz über »Abwägung im Verfassungsrecht«⁴. Wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich aus den Niederungen des Polizeirechts bis in die Höhen des Verfassungsrechts habe entwickeln können und selbst in Europa zu einem Exportschlager geworden sei, dann sei dafür vor allem die Abwägung verantwortlich, die sich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu einem überwältigenden Strukturprinzip der Rechtsgewinnung verbunden habe. Bei der Abwägung im Verfassungsrecht geht es allerdings nicht – wie bei der planerischen Abwägung – um Gestaltung nach Sachzielen, sondern um eine Methode der Rechtsgewinnung, machte der Staatsrechtslehrer klar.

Seit seinem Lüth-Urteil⁵ habe das BVerfG den »geradezu gefährlichen Begriff der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte« entwickelt, »vor dem auch die Privatautonomie zu schmelzen« beginne. Wer die Grundrechte nicht nur als objektive Wertordnung verstehe, sondern ihnen über Generalklauseln auch Eingang in die Privatautonomie gestatte, der dürfe sich nicht wundern, daß durch diesen »Einriß von Mauern« ein »Dammbruch« verursacht werde, der das Privatrecht verfassungsdirigiert und damit für subjektiven Dezisionismus der Verfassungsrichter verfügbar mache. Auch das Apothekenurteil mit der Dreistufentheorie⁶, das Lebach-Urteil⁷, die Soldatenmörder-Entscheidung⁸ bis hin zum Stasi-Spionage-Beschluß⁹ stünden in dieser eher »unheiligen Allianz« einer Abwägung verschiedener Rechtsgüter auf Verfassungsebene.

Der Verhältnismäßigkeitsgrund und die Güterabwägung auf seiner dritten Stufe entwickle sich so zu einem weitgespannten Rechtsgewinnungsgrundsatz, vor dem keiner mehr sicher sein könne. Zugleich warnte der Verfassungsrechtler davor, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Güterabwägung über echte staatliche Eingriffsentscheidungen als allgemeinen verfassungsrechtlichen Ausbalancierungsgrundsatz zu verstehen, wobei er als warnendes Beispiel das Mietrecht nannte. Wenn das BVerfG den Mieter zum Eigentümer avanciert habe¹⁰, dann sei das vor allem deshalb fragwürdig, weil dadurch die eigenständigen Konturen unterschiedlicher Rechts- und Interessenssphären nicht mehr klar abgegrenzt werden könnten. Die Entscheidung werde nicht mehr an abgrenzbaren Individualrechtsgütern ausgerichtet, sondern nach einem eher verschwommenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz getroffen, in dem sich eine kaum trennbare Gemengelage verschiedener Interessen und Belange wiederfinde. »Dies führt nicht nur zu einem Mangel an Vorhersehbarkeit, sondern auch zu einer Flucht in die Einzelfallentscheidung«, beklagte Ossenbühl die Kompetenzverschiebung. Das BVerfG dränge sich so vor allem im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit in die Rolle einer Superrevisionsinstanz, für die es nicht ausgerüstet sei. Zugleich riet Ossenbühl dem BVerfG zu mehr Zurückhaltung. »Die Tatsachenwürdigung muß dem abschließenden Urteil der Fachgerichte unterliegen und darf vom BVerfG nicht über einen

4 Abgedruckt in diesem Heft, S. 904 ff.

5 BVerfG, Urteil vom 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 –, DVBl. 1958, 425 = BVerfGE 7, 198.

6 BVerfG, Urteil vom 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 –, DVBl. 1958, 500 = BVerfGE 7, 377.

7 BVerfG, Urteil vom 5. 6. 1973 – 1 BvR 536/56 –, BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1227.

8 BVerfG, Beschluß vom 25. 8. 1994 – 1 BvR 1432/92 –, NJW 1994, 2943 = JR 1995, 159.

9 BVerfG, Beschluß vom 15. 5. 1995 – 2 BvL 19/91 – (unveröffentlicht).

10 BVerfG, Beschluß vom 26. 5. 1993 – 1 BvR 208/93 –, NJW 1993, 2035; Urteil vom 18. 10. 1993 – 1 BvR 1335/93 –, NJW 1994, 41 = ZMR 1994, 10.

1 Hoppe, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie. Zum Abwägungsgebot des § 1 Abs. 4 Satz 2 BBauG, DVBl. 1964, 165.

2 Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie 1979 (Beiheft 1), S. 59 ff., 76 ff., 80 f.

3 Hoppe, Die Bedeutung von Optimierungsgeboten im Planungsrecht, DVBl. 1992, 853.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und eine Gemeinwohlabwägung in Frage gestellt werden«, befand der Bonner Hochschullehrer. »Nichts deutet darauf hin, daß eine Kammer des BVerfG hinsichtlich der Sachverhaltsbewertung über mehr Sachverstand als die Fachgerichte verfügen« meinte *Ossenbühl* und warnte davor, eine verfassungsrechtliche Situationsjurisprudenz an die Stelle fachgerichtlicher Überprüfung treten zu lassen. Das BVerfG müsse sich wieder auf Grundsatzfragen des Verfassungsrechts konzentrieren und dürfe sich nicht ungefragt als Fachinstanz in allen Rechtsgebieten verstehen. Nur bei einer solchen Arbeitsteilung könne die erforderliche Rechtssicherheit im einfachen Recht wieder zurückgewonnen werden.

In der von Prof. Dr. Martin *Schulte* (Dresden) geleiteten Diskussion widersprach Prof. Dr. Peter *Häberle* dem von *Ossenbühl* vorgetragenen Konzept: »Auch der Amtsrichter ist Verfassungsrichter, wenn er über die Ausstrahlungswirkungen des Verfassungsrechts in das Zivilrecht entscheidet«, meinte der Staatsrechtslehrer in seinem teilweise recht launigen Beitrag. Zugleich spannte er einen weiten kulturhistorischen Bogen bis tief hinein in die Antike, in der das Abwägen bereits über eine lange Tradition verfügt habe. So gesehen könne die heutige Zeit nur einige Fußnoten zu einem lange bekannten Problem schreiben. Streckenweise traten aber auch recht praktische Fragen in den Vordergrund, wobei erwartungsgemäß das von *Koch* angesprochene Optimierungsgebot einen Schwerpunkt bildete. Ob jede Abwägung dem Optimierungsgebot verpflichtet sei oder es nur in Teilbereichen gesteigerte Vorrangregelungen gebe, wollte *Hoppe* wissen. Vielleicht müsse – so antwortete *Koch* – ein dreistufiges System entwickelt werden. Neben die einfache Abwägung im Prinzip gleichrangiger Belange auf einer ersten Stufe könne auf einer zweiten Stufe eine relative Vorrangregelung einzelner Belange treten, der sich auf einer dritten Stufe das Gebot maximaler Verwirklichung von bestimmten Belangen anschließen könne. Ob die letztgenannte Stufe im Planungsrecht eingeführt werden solle, ließ *Koch* allerdings offen.

Auch in den Verfahrensordnungen des Zivil- und Verwaltungsprozessrechts spielt die Abwägung eine wichtige Rolle, wie Prof. Dr. Eberhard *Schilken* (Bonn) an zahlreichen prozessualen Einzelschriften darlegte. »Viele Vorschriften des Verfahrensrechts verweisen auf eine Abwägung, die der Richter zu treffen hat«, machte *Schilken* klar. Es gehe dabei zumeist um die Abwägung verschiedener Belange und Interessen. Abwägung fordere das Gesetz nicht nur bei verfahrensrechtlichen, sondern auch bei materiellrechtlichen Vorschriften des Zivilprozess- und Verwaltungsprozessrechts. Dabei machte der Prozessrechtler übergreifende Strukturen in den verschiedenen Verfahrensordnungen vor allem bei Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes aus. Im Zwangsvollstreckungsrecht sei zumeist zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse abzuwägen. Dies gelte sowohl für verfahrensrechtliche Regelungen als auch die inhaltlichen Anforderungen, denen das Recht der Zwangsvollstreckung zu entsprechen habe. Das Gläubigerinteresse an einer Durchsetzung berechtigter Forderungen sei dabei grundsätzlich vorrangig, könne jedoch im Einzelfall durch überwiegende Schuldnerinteressen eingeschränkt werden, wofür *Schilken* als Beispiel auf die Schuldnerschutzvorschriften verwies. Die Abwägung im Verfahrensrecht beinhaltet allerdings zumeist keine planerische, autonome Entscheidung eines der Verfahrensbeteiligten, sondern ist als Teil der Rechtsanwendung eine nachvollziehende Abwägung, die nicht auf einer gesetzlich eingeräumten autonomen Entscheidung beruht.

Im weiteren Verlauf der Beratungen rückte einer der klassischen Standorte des Abwägungsgebotes in den Mittelpunkt. Prof. Dr. Richard *Bartlspurger* (Erlangen) behandelte »Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit«. »Das Abwägungsgebot richtet sich in erster Linie an die Verwaltung und nicht an den Bürger«, beschrieb der Erlanger Verwaltungsrechtler seine Grundposition. Es müsse daher zwischen dem objektivrechtlichen, verwaltungsintern wirkenden Abwägungsgebot einerseits und den Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers andererseits unterschieden werden. Aus dieser Sicht erteilte *Bartlspurger* dem von der Rechtsprechung für das Fachplanungsrecht entwickelten Recht des Betroffenen auf Abwägung seiner eigenen Belange eine klare Absage. Die bisherige Rechtsprechung, die dem eigentums-

rechtlich Betroffenen einen umfassenden Anspruch auf zutreffende Bewertung auch anderer Belange einräumt¹¹, lehnte der Referent ab. Der grundrechtliche Eigentumsschutz verlange nicht, daß der Eingriffsakt in jeder Hinsicht auch nach einfachrechtlichen Vorschriften fehlerfrei sei, sondern nur, daß spezifische verfassungsrechtliche Vorgaben berücksichtigt würden, die einen konkreten Bezug zu dem jeweiligen Eigentum hätten. Der Eigentümer könne sich daher auch bei enteignungsvorwirkenden Planungen nur auf seine eigenen Belange, nicht aber auf die Verletzung anderer Belange berufen.

Es sei auch zu weitgehend, wenn die Rechtsprechung eine Antragsbefugnis in einem Normenkontrollverfahren bereits dann annehme, wenn Belange des Antragstellers in der Abwägung nachteilig betroffen seien¹². Statt dessen sei erforderlich, die Antragsbefugnis auf die Verletzung von eigenen subjektiven Rechten zu begrenzen und damit der Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO gleichzustellen. Die erweiterte Anfechtungsmöglichkeit gegenüber einem Bebauungsplan führe dazu, daß das Normenkontrollverfahren einem Popularklageverfahren gleichkomme. Im Interesse der Planerhaltung müsse auch das Nichtigkeitsdogma neu überdacht werden. Besser als künstliche Reparaturmaßnahmen sei es allerdings, die Anfechtungsmöglichkeiten auf echte Rechtsbetroffenheiten zu begrenzen. Der Zugewinn an prozessualen Klagemöglichkeiten sei auch nur scheinbar ein Gewinn, weil dann im Interesse der Planerhaltung mit Heilungsvorschriften gegengesteuert werden müsse, was aber aus rechtsgrundsätzlichen und rechtssystematischen Erwägungen nicht zweckmäßig sei.

In der von Prof. Dr. Wilfried *Erbguth* (Rostock) eingeleiteten und von Prof. Dr. Janbernd *Oebbecke* mit einem Schlußwort begleiteten Diskussion trat die Frage in den Mittelpunkt, ob die Abwägung als übergreifendes Prinzip zu verstehen sei oder sich beispielsweise im Zivilrecht und im öffentlichen Recht eigenständige Strukturen der Abwägung herausgebildet hätten. *Gaentzsch* setzte sich dafür ein, »nicht alles in einen Topf zu werfen«, sondern auch innerhalb des öffentlichen Rechts etwa Bauleitplanung und Fachplanung zu trennen. Es müsse überdacht werden, ob die weitgehende Gleichsetzung des Fachplanungsrechts mit dem Bauplanungsrecht¹³ den unterschiedlichen Strukturen dieser Rechtsgebiete gerecht werde. Auch stelle sich die Frage der Abgrenzung des Fachplanungsrechts von dem Recht der Zulassungsverfahren etwa des BImSchG, bei denen es nicht um eine fachplanerische Abwägung, sondern um eine eindimensionale, nicht aber autonome, sondern gesetzgebundene Zulassungsentscheidung gehe. Gerade in diesem Bereich bestehe noch ein nicht unerheblicher Klärungsbedarf der Rechtsprechung.

Auch wurde auf zwei offenbar gegenläufige Tendenzen verwiesen: Einerseits seien Bestrebungen zu beobachten, den Rechtsschutz auf konkrete eigene Betroffenheiten zu reduzieren. Andererseits würden mit der Einführung von Optimierungsgeboten weitere rechtliche Hürden für die Wirksamkeit der Planung eingeführt. Es bestehe die Gefahr, daß die zu beobachtenden gegenläufigen Entwicklungen mehr Verwirrung stiften, als zu einem sachgerechten Interessenausgleich zwischen notwendigem Individualrechtsschutz der Betroffenen und den Anforderungen an eine rechtsbeständige Planung beitragen.

So konnte das Symposium »Abwägung im Recht« zwar keine einfachen Patentrezepte präsentieren. Aber vielleicht war das bei einem Thema, das bereits seit der Antike die Geistesgeschichte bewegt hat, auch nicht anders zu erwarten. Das Symposium ver-

11 BVerwG, Urteil vom 18. 3. 1983 – 4 C 80.79 –, DVBl. 1983, 899 = BVerwGE 67, 74 = *Hoppe/Stüer*, Rechtsprechung zum Bauplanungsrecht (RzB), 1995, Rdnr. 1245 (Wittenberg).

12 BVerwG, Beschluß vom 9. 11. 1979 – 4 N 1.78 –, DVBl. 1980, 233 = BVerwGE 59, 87 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 26 (Normenkontrolle).

13 Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 14. 2. 1975 – 4 C 21.74 –, DVBl. 1975, 713 = BVerwGE 48, 56 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 50 (B 42); Urteil vom 21. 5. 1976 – 4 C 80.74 –, DVBl. 1976, 799 = BVerwGE 51, 15 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 108 (Stuttgart-Degerloch); Urteil vom 22. 3. 1985 – 4 C 63.80 –, DVBl. 1985, 896 = BVerwG 71, 150 = *Hoppe/Stüer*, RzB, 1995, Rdnr. 145 (Bebauungsplan Roter Hang).

mittelte aber nicht nur einen ausgezeichneten Eindruck von der aktuellen Umbruchsituation, in der sich die Abwägung offenbar befindet, sondern konnte zugleich verdeutlichen, daß der Begriff der Abwägung in den einzelnen Referenzgebieten des Verfassungs-, Verwaltungs- und Zivilrechts in höchst unterschiedlicher Weise Verwendung findet. Wenn es gleichwohl gelungen ist, über alle Unterschiede hinweg übergreifende Strukturen und Gemeinsamkeiten zu entwickeln, dann ist das nicht zuletzt das Verdienst von Hoppe, der sich seit seinem Vortrag vor dem 32. Anwaltsstag in Goslar¹⁴ diesem Themenbereich verbunden weiß.

Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip

In seiner auf das Symposium folgenden, mehrfach durch langanhaltenden Beifall unterbrochenen Abschiedsvorlesung »Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip« setzte sich Hoppe dafür ein, den Bestand rechtsfehlerhafter Pläne – seien diese Fehler materiellrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Art – ganz oder zumindest teilweise zu erhalten. »Wenn die Bestandsinteressen an der Erhaltung eines Plans überwiegen und die Nichtigkeitsfolge nicht durch gewichtigere Verfassungsprinzipien gefordert wird, kann das Nichtigkeitsdogma ganz oder teilweise außer Kraft gesetzt werden«, lautete der von Hoppe entwickelte Rechtsgrundsatz der Fehlerfolgenbegrenzung. Zugleich räumte der Planungsrechtler ein, daß er in seiner 13jährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt als »Planzerfaserer« oder »Planvernichter« bezeichnet worden sei und es ihm nunmehr darum gehe, vom »Saulus des uneinsichtigen Totengräbers von Plänen« und des »unbedenklich perfektionistischen Planzerstörers« zum »Paulus der Planerhaltungslehre« zu werden.

Den Rechtsgrundsatz der Planerhaltung leitete der Staatsrechtslehrer aus einer Fülle leitender Rechtsgedanken des Verfassungsrechts, des öffentlichen Rechts, des Zivilrechts, aber auch aus eingehenden rechtsgeschichtlichen Untersuchungen ab. »Das Prinzip der Rechtserhaltung ist ein elementares Strukturprinzip, das unsere gesamte Rechtsordnung durchwirkt und den rechtsanwendenden Juristen einschließlich der kontrollierenden Aufsichtsbehörde und des kontrollierenden Richters leiten sollte«, brachte Hoppe seine Grundthese auf einen Nenner. Als Beispiel für einen solchen Grundsatz nannte er die planerhaltende Regelung im Recht der Braunkohlenplanung. »Ich habe Zweifel, ob sich die Koalitionsvereinbarung zu Garzweiler II auf der Grundlage der geltenden Rechtsordnung, vor allem unter dem Aspekt des Planerhaltungsgrundsatzes des § 35 LaPlaG NW, realisieren läßt«, meinte der Umweltrechtler, wobei er den Wortlaut der Vereinbarung der rot-grünen Landesregierung teilweise wörtlich zitierte. Er verwies darauf, daß die Darstellung des Braunkohlenplanes Garzweiler II durch die Bekanntmachung der Genehmigung zum 1. 4. 1995 nach eingehender Überprüfung ihrer Sozial- und Umweltverträglichkeit, die im Genehmigungsverfahren als gewährleistet angesehen worden sei, rechtlich verbindliche, normativ wirkende Ziele der Raumordnung und Landesplanung geworden seien. Es sei daher verfassungsrechtlich bedenklich, wenn die neue Landesregierung weitere Genehmigungen des Rahmenbetriebsplans nach dem BBergG bis zur Entscheidung über

die Organklage der GRÜNEN oder noch einzureichende kommunale Verfassungsbeschwerden ganz zurückstelle oder nur für einen Teil des Braunkohlenplangebietes erteilen wolle. Aus der über zehn Jahre langen Planungszeit und der hiernach erteilten Genehmigung zum Braunkohlenplan ergebe sich vielmehr ein Vertrauensschutz auf den Bestand des Braunkohlenplans, den auch die Landesregierung NW zu beachten habe.

Nicht nur das öffentliche Recht, sondern auch das Zivilrecht sei von normerhaltenden Ansätzen durchwirkt. Der Rechtswissenschaftler nannte Beispiele: Die teleologische Reduktion von Rechtsnormen im Interesse der Erhaltung fehlerhafter Rechtsgeschäfte oder zur Vermeidung zweck- und sinnwidriger Geschäfte, der Grundsatz »Auslegung vor Anfechtung«, »Einschränkung der Irrtumsanfechtung« oder die nach Maßgabe des § 139 BGB angeordnete Restgültigkeit von fehlerhaften Verträgen. Und auch die gemeinrechtliche Maxime »Utile per inutile non vitiatur« (»Der fehlerfreie Teil wird durch den fehlerhaften Teil nicht zunichte gemacht«) führte Hoppe als Beleg für seine These an, daß der Grundsatz der Planerhaltung sich auf das Strukturprinzip der Erhaltung von fehlerhaften Rechtsakten gründen könne. Auch das Verfassungsrecht bringe dieses Prinzip bei der Auslegung der Verfassung oder bei der Auslegung eines mehrdeutigen Gesetzeswortlauts zum Ausdruck. Selbst der »vernünftige Haushaltsführende« werde sich in der Küche bemühen, einen Teil der Speisen zu erhalten, wenn ein anderer Teil einen Fehler aufweise, etwa angebrannt oder versalzen sei.

Der danach leitende Rechtsgedanke der Planerhaltung bedürfe als »offenes« Prinzip allerdings, um eine normative Verbindlichkeit zu erlangen, der Umsetzung durch richterliche Rechtsfortbildung oder durch Gesetzgebung. Schon heute, so zeigte Hoppe an zahlreichen Beispielen auf, spiele der Gedanke der Rechtserhaltung in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine große Rolle. Dies geschehe zumeist aber unbewußt. Um so wichtiger sei es, dem Rechtsgrundsatz der Planerhaltung auch durch gesetzgeberische Regelungen einen festen Platz zuzuweisen. Dafür hatte das Mitglied der vom Bundesbauminister einberufenen Kommission zur Novellierung des BauGB sogleich einen konkreten Vorschlag parat: »Der Rechtsgrundsatz der möglichen Planerhaltung ist zu beachten.« Dieser Grundsatz – so riet der Planungsrechtler – solle an die Spitze des Abschnitts zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen der städtebaulichen Satzungen gestellt werden. Zugleich machte Hoppe deutlich, daß der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung ein normativer Abwägungsgrundsatz ist, der eine Abwägung zwischen rechtsstaatlichen Kernelementen der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit anordne. Dabei gelte es, die für die Planerhaltung sprechenden Gesichtspunkte mit gegenläufigen Interessen abzuwägen.

»Wir steh'n selbst enttäuscht und seh'n betroffen den Vorhang zu und alle Fragen offen.« Mit diesem von Marcel Reich-Ranicki im »Literarischen Quartett« häufig verwendeten Zitat aus dem Epilog von Bert Brecht »Der gute Mensch von Sezuan« schloß der Jubilar seine Abschiedsvorlesung und stellte sich sozusagen vor den Vorhang der »goldenen Legende« des »Grundsatzes der Planerhaltung«. Da aber das Leben nach einer bekannten Schlägerweisheit erst mit 66 Jahren so richtig anfängt, wird sich der Vorhang gewiß bald zu weiteren Vorstellungen zur »Abwägung im Recht« wieder heben, auf die man schon jetzt gespannt sein darf.

¹⁴ Hoppe (Fußn. 1), DVBl. 1964, 165.

RECHTSPRECHUNG

Entscheidungen

1. Art. 3, 9, 14, 19, 20 GG; § 116 AFG

§ 116 Abs. 3 Satz 1 AFG ist mit dem GG vereinbar. Treten in der Folge dieser Regelung strukturelle Ungleichheiten der Tarifvertragsparteien auf, die ein ausgewogenes Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr zulassen und durch die Rspr. nicht ausgeglichen wer-

den können, muß der Gesetzgeber Maßnahmen zur Wahrung der Tarifautonomie treffen.

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit bedarf der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand hat. Dem Gesetzgeber kommt dabei ein weiter