PROF. DR. MARIO MARTINI UND STUD. IUR. XAVER FINKENZELLER*

Die Abwägungsfehlerlehre

„Abwägen bedeutet, im Leben sich für das Vernünftige zu entscheiden", räsonierte einst Staatspräsident Charles de Gaulle. Abwägung ist ein Prozess des Gegenüberstellens von Entscheidungsalternativen. Vor allem das Planungsrecht lebt von einer Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen. Sie bildet das Herzstück jedes Planungsakts[1]. Die Grundstrukturen einer bauplanerischen Abwägung und ihrer Fehlerlehre sind Gegenstand dieses Beitrags.

I. Einleitung

Wesen der Abwägung ist die Optimierung der Entscheidungsfindung unter möglichst umfassender Berücksichtigung aller entscheidungsrelevanten konfligierenden Aspekte[2]. Ihre Aufgabe ist es, die widerstreitenden Gesichtspunkte nach Maßgabe ihres Gewichts zum Ausgleich zu bringen. Die Konfliktschlichtung erweist sich dabei als eine ständige Herausforderung. Soll eine Abwägungsentscheidung gefällt werden, ist das nicht möglich, ohne dass Interessen zurückstecken müssen.

Dem Gebot gerechter Abwägung kommt dabei Verfassungsrang zu[3]. Es ergibt sich aus dem Wesen rechtsstaatlicher Planung sowie dem verfassungsrechtlichen Gehalt der in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte, etwa der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG, und gilt insoweit allgemein. Wann aber genügt eine gefundene Entscheidung nicht mehr den Anforderungen an eine sachgerechte Abwägung? Das herauszufinden, ist die zentrale Aufgabenstellung der Abwägungsdogmatik. Ihre Fehlerlehre steht als „prozessuales Spiegelbild des Abwägungsgebots"[4] im Blickpunkt vieler Rechtsfragen in Klausur und Praxis. Sie sollen in diesem Beitrag beleuchtet werden. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei neben den allgemeinen Grundsätzen (dazu u. II) den Herausforderungen und Wirrungen, die das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) und die daraus erwachsene Kontroverse um den Wandlungsprozess der Abwägungsfehlerlehre vom materiell-rechtlichen Abwägungsvorgang hin zu einer verfahrensbezogenen Ermittlung und Bewertung ausgelöst haben (dazu u. III).

II. Grundsätze der Abwägungsdogmatik, insbesondere bis zum EAG Bau

Der Vorgang der Abwägung lässt sich nach der in Rechtsprechung[5] und Literatur[6] entwickelten Dogmatik grundsätzlich in vier Phasen gliedern: Das *Ermitteln* des abwägungsrelevanten Materials (*erste Phase*), das *Einstellen* der Belange in die Abwägung (*zweite Phase*), die *Gewichtung* der einzelnen Belange (*dritte Phase*) und zu guter Letzt der *Ausgleich* konfligierender und konkurrierender Belange bei der (Plan-)Entscheidung (*vierte Phase*)[7]. Wie das planungsrechtliche Konfliktschlichtungsprogramm dabei zu bewältigen ist, gibt für das Bauplanungsrecht die Vorschrift des § 1 VII BauGB als zentrale Steuerungsnorm vor: Alle erheblichen öffentlichen und privaten Belange sind gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Damit verbindet sich ein anspruchsvolles Entscheidungsprogramm, bei dem ein vielschichtiges Variablenbündel in einen komplexen Erkenntnisprozess einzustellen ist. Abwägung ist somit eher ein Vorgang der Feststellung als der Festsetzung.

1. Determinanten des Abwägungsprozesses

Abwägungserheblich sind dabei alle von der Planung betroffenen Belange, soweit sie objektiv nicht geringwertig, als abwägungserheblich erkennbar und schutzwürdig sind, sei es, weil sie im Planungsverfahren vorgebracht wurden, sei es, weil sie sich der planenden Gemeinde aufdrängen mussten. Den Vorgang der Abwägung steuern und konkretisieren Planungsleitlinien, die § 1 VI BauGB in einem Beispielskatalog auflistet, allen voran die Anforderungen an gesunde Wohn- oder Arbeitsverhältnisse (Nr. 1), die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung (Nr. 3) sowie die Belange des Umweltschutzes (Nr. 7). Den Inhalt sachgerechter Abwägung determinieren ferner allgemeine Planungsgrundsätze. Die Abwägung muss danach insbesondere für eine Trennung unverträglicher, vor allem immissionsträchtiger und schutzbedürftiger Nutzungen sorgen (Trennungsgrundsatz, § 50 BImSchG); die von einem Bauleitplan ausgelösten Interessenkonflikte dürfen darüber hinaus im Planungsakt nicht unbewältigt bleiben, sondern müssen grundsätzlich im Bebauungsplan selbst angemessen ausgeglichen werden, soweit sie nicht im nachfolgenden Genehmigungsverfahren beigelegt werden können (Gebot der Konfliktbewältigung)[8].

Von einem sachgerechten Prozess des Interessenausgleichs und der Entscheidungs*findung* kann dabei nur dann gesprochen werden, wenn das Abwägungsergebnis zu Beginn des Verfahrens noch offen ist; der Ausgang darf noch nicht feststehen (Verbot der Vorwegbindung). Vorabsprachen erweisen sich freilich mitunter als unerlässlich, um Investoren für millionenschwere Infrastrukturvorhaben zu gewinnen. Zulässig sind derartige Vorabsprachen aber nur, wenn die Vor-

* Der Autor *Martini* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; der Autor *Finkenzeller* ist Student der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Die Autoren danken *Corinna Aschenbrenner*, *Julia Oberländer* und *Alexander Schuhmann* für ihre wertvolle Mitarbeit.

1 Vgl. dazu *Stüer*, UPR 2010, 288; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg u. a.*, BauGB, 2010, § 1 Rdnr. 180.
2 *Erbguth*, JZ 2006, 484.
3 Vgl. *BVerwGE* 64, 270 = NJW 1982, 1473; *Stüer*, UPR 2010, 288; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Aufl. (2010), § 74 Rdnr. 51.
4 *Erbguth*, UPR 2010, 281 (284 bzw. 287).
5 Wegweisend *BVerwGE* 34, 301 (309) = NJW 1970, 1285; 45, 309 = NJW 1975, 70 – Flachglas-Urteil.
6 Vgl. statt vieler *Hoppe*, DVBl 1964, 165.
7 Vgl. *Hoppe*, in: *Hoppe/Bönker/Grotefels*, Öff. BauR, 4. Aufl. (2010), § 7 Rdnrn. 32 ff. u. 93 ff. m. w. Nachw.
8 *BVerwGE* 47, 144 (155) = NJW 1975, 841.

wegnahme der Entscheidung ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt ist, die planungsrechtliche Zuständigkeitsordnung gewahrt wird und die vorgezogene Entscheidung inhaltlich nicht zu beanstanden ist[9]. Hier liegen auch die Grenzen für bindende Absprachen im Wege der (immer beliebter werdenden) Mediation[10].

2. Drittschützender Charakter des Abwägungsgebots

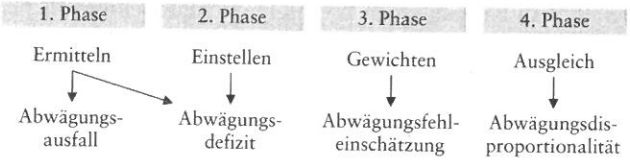
Das Gebot sachgerechter Abwägung begründet nicht nur eine objektiv-rechtliche Verpflichtung, sondern auch einen subjektiv-rechtlichen Anspruch der Planbetroffenen. Das ergibt sich zwanglos aus § 1 VII BauGB. Die Vorschrift schützt als Teil des Abwägungsgebots ausdrücklich nicht nur öffentliche, sondern auch private Belange, soweit sie abwägungserheblich sind[11]. Private Belange umfassen nicht nur die Interessen der Eigentümer der im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegenden Grundstücke, sondern auch schutzwürdige Interessen der Mieter und Pächter[12]. Deren Interessen sind auch durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG verfassungsrechtlich abgesichert. Es entspricht der Komplexität von Abwägungsprozessen, dass öffentliche und private Belange sich dabei nicht nur überlagern können, sondern ein privates Interesse zugleich ein öffentliches sein kann und umgekehrt[13].

3. Gerichtliche Prüfungsdichte

Der Anspruch der Planbetroffenen auf gerichtliche Überprüfung des Planungsvorgangs ist in der Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich verankert und erstreckt sich auf alle abwägungserheblichen privaten Belange. Er tritt unweigerlich in ein Spannungsverhältnis zu der durch die kommunale Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 II GG) abgesicherten Planungshoheit der Gemeinde. Mit einer vollständigen und tiefgehenden gerichtlichen Kontrolle verbindet sich namentlich die Gefahr, dass die Gerichte ihre eigenen Vorstellungen von einer sachgerechten Planung an die Stelle der Erwägungen der gemeindlichen Planungsinstanzen und ihres Gestaltungsermessens setzen. Zur Konkretisierung der planerischen Vorstellungen sind aber zunächst die Gemeinden als Planungsträger berufen, nicht die Gerichte. Wo objektiv gleichrangige öffentliche und/oder private Belange aufeinanderprallen, kommt dem Plangeber dementsprechend eine den Gerichten entzogene Letztgestaltungskompetenz zu[14]. Planung setzt nämlich auf Grund der Multipolarität der Entscheidungsfindung ihrer Natur nach einen autonomen Gestaltungs- und Bewertungsfreiraum voraus, der durch ein geringeres Maß gesetzlicher Programmierung und richterlicher Kontrollbefugnis geprägt ist.

Auf der anderen Seite darf der Planungsvorgang nicht planungsrechtlicher Willkür und Botmäßigkeit der Gemeinden Tür und Tor öffnen. Die gerichtliche Überprüfung darf daher zwar nicht schrankenlos sein, kommt aber zugleich nicht ohne ein Mindestmaß an inhaltlicher Prüftiefe aus. Darin liegt ein Drahtseilakt. Ihn versuchen die Gerichte mit den von ihnen entwickelten Maßstäben gerichtlicher Prüfungsintensität zu bewältigen. Sie beschränken die gerichtliche Prüfung auf bestimmte Fehler: die Abwägungsfehler, welche Verstöße gegen unverzichtbare Grundelemente des gemeindlichen Planungsermessens markieren. Diese „Balanceformel" des Ausgleichs zwischen kommunaler Planungshoheit (Art. 28 II GG) und effektivem Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) ist das Herzstück der Abwägungsfehlerlehre. Die Kontrolle erstreckt sich danach sowohl auf den Abwägungsvorgang als auch auf das Abwägungsergebnis (§ 214 I 1 Nr. 1, III 2 Halbs. 2 BauGB *e contrario*), beschränkt sich inhaltlich aber darauf, ob der Ausgleich der entscheidungsrelevanten Belange grob ungleichgewichtig erfolgte. Während das *Ermitteln* des abwägungsrelevanten Materials und das *Einstellen* der Belange in die Abwägung grundsätzlich eingehend von den Gerichten geprüft werden können (erste und zweite Phase) – nämlich darauf, ob eine sachgerechte Abwägung überhaupt stattgefunden hat (*Abwägungsausfall*) und alle abwägungserheblichen Belange eingestellt wurden (*Abwägungsdefizit*) –, betreffen die dritte und vierte Phase die *Gewichtung* und den *Ausgleich* des Abwägungsmaterials, die wesentliche Elemente der planerischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinde bilden und damit aus den genannten Gründen nur eingeschränkt einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich sind. Die Grenzen der gemeindlichen Planungsfreiheit sind dabei dort überschritten, wo einer der beteiligten Belange in geradezu unvertretbarer Weise zu kurz kommt, die Gewichtung also entweder verkannt wird (*Abwägungsfehleinschätzung*) oder das Verhältnis zwischen Planinhalt und Belangen bzw. allen sonstigen Gegebenheiten nicht mehr aufgeht, weil der Ausgleich in einer Weise vorgenommen wurde, der zum objektiven Gewicht einzelner Belange außer Verhältnis steht (*Abwägungsdisproportionalität*)[15]. Während die Fehlertypen des Abwägungsausfalls und des Abwägungsdefizits eine erkennbare dogmatische Anleihe bei der *Ermessensfehlerlehre*[16] nehmen, klingt bei den Fehlern der Abwägungsfehleinschätzung und der Abwägungsdisproportionalität die geistige Nähe zum *Verhältnismäßigkeitsprinzip* bereits in der Terminologie unverkennbar an. Daran wird sichtbar, dass – bei allen planungsrechtlichen Spezifika – der Kerngehalt der Abwägungsfehlerlehre eine Anwendung allgemeiner und vertrauter rechtsstaatlicher Prinzipien sachgerechter Inhaltskontrolle ist.

Die Abwägung und ihre Fehler



Die Abwägungsdogmatik und ihre Fehlerlehre sind als Institute in der Rechtsprechung fest verankert. Ihre Dogmatik wurde im Laufe der Jahre verfeinert, ist jedoch in ihrem Bestand bis 2004 im Wesentlichen gleich geblieben.

9 *BVerwGE* 45, 309 (321) = NJW 1975, 70.
10 Vgl. dazu etwa *Martini*, in: *Ziekow/Seok*, Mediation als Methode u. Instrument d. Konfliktmittlung im öff. Sektor, 2010, S. 81 ff. (101 f.).
11 Vgl. *BVerwGE* 107, 215 (221) = NJW 1999, 592; dazu *Martini*, VerwProzR, 5. Aufl. (2010), S. 169; a. A. noch *OVG Münster*, NVwZ 1997, 694 (696).
12 *BVerwGE* 110, 36 = NVwZ 2000, 806.
13 Vgl. *Hoppe*, in: *Hoppe/Bönker/Grotefels* (o. Fußn. 7), § 7 Rdnr. 5.
14 *Schröder*, VerwR-Dogmatik im Wandel, 2007, S. 118.
15 Vgl. etwa *BVerwGE* 45, 309 (326) = NJW 1975, 70; *Brohm*, Öff. BauR, 4. Aufl. (2010), § 13 Rdnr. 23.
16 Vgl. zu ihr etwa mit weiteren Übersichten *Martini* (o. Fußn. 11), S. 116 f.

III. Die Abwägungsdogmatik und deren Fehlerlehre nach dem EAG Bau – die Abwägung auf Abwegen?

Das Inkrafttreten des EAG Bau am 20. 7. 2004 hat nach der Einschätzung Einiger an diesen Grundfesten gerüttelt[17]. Das auf die RL der EU über die „Strategische Umweltprüfung von Plänen und Programmen" (sog. Plan-UP- oder auch SUP-RL[18]) zurückgehende Artikelgesetz EAG Bau verfolgt (neben dem Ansinnen, die nachhaltige Entwicklung eines hohen Umweltschutzniveaus zu fördern[19]) das Ziel, den Verfahrensgedanken im Abwägungsprozess insgesamt zu stärken. Dem dient insbesondere die Vorschrift des § 2 III BauGB. Sie bildet die neue „Verfahrensgrundnorm", welche die an den Vorgang der Abwägung zu stellenden Anforderungen konkretisiert: Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die Belange, die für die Abwägung von Bedeutung sind (das sog. Abwägungsmaterial), zu ermitteln und zu bewerten[20]. Damit enthält nun § 2 III BauGB diese zuvor als Teil des der eigentlichen Abwägungsentscheidung vorgelagerten Abwägungsvorgangs aus § 1 VII BauGB abgeleitete Pflicht[21]. Welche Folgerungen sich daraus für das Abwägungsgebot ergeben, bringt die neue Vorschrift des § 214 III 2 Halbs. 1 BauGB zum Ausdruck: Verstöße gegen das Gebot des § 2 III BauGB können danach nicht mehr „als Mängel der Abwägung geltend gemacht werden" (Halbs. 1). Der sich daran anschließende Halbs. 2 sorgt dann für Irritationen; er lässt seinen Leser zunächst ratlos zurück[22]: „Im Übrigen" sollen Mängel im Abwägungsvorgang nur noch erheblich sein, wenn sie offensichtlich und von Einfluss auf das Abwägungsergebnis gewesen sind. Diese in der Literatur häufig als „Angstklausel"[23] bezeichnete Bestimmung des § 214 III 2 Halbs. 2 BauGB, die auf eine Initiative des Bundesrats zurückgeht, ist die wohl kryptischste Norm im neuen BauGB, die viele Fragen aufgeworfen hat.

1. Das aktuelle Meinungsbild

a) Schrifttum

Teile der Literatur sehen mit dem neuen EAG Bau, insbesondere § 2 III BauGB, einen Wechsel vom materiell-rechtlichen Abwägungsvorgang zu den verfahrensbezogenen Elementen des Ermittelns und Bewertens[24]. Einige entwickelten deshalb eine neu angepasste Fehlerlehre, die die überkommene Abwägungsdogmatik ablösen soll[25]. Sie schlagen eine neue Unterscheidung von vier Mängeltypen vor: (1) Mängel in der *Ermittlung* des Materials, (2) Mängel bei der *Bewertung* des Materials (§ 214 III 2 Halbs. 1 i. V. mit §§ 214 I 1 Nr. 1, 2 III Var. 2 BauGB), (3) *übrige Mängel* im Abwägungs*vorgang* (§§ 214 III 2 Halbs. 2, 215 I Nr. 3 BauGB) sowie (4) Mängel im Abwägungs*ergebnis*. Andere wiederum sehen mit § 2 III BauGB nur einen partiellen Abschied von der bisherigen Abwägungsfehlerlehre eingeläutet[26] – mit dem Ergebnis, dass das Abwägungsdefizit sowie die Abwägungsfehleinschätzung nicht mehr Bestandteil der bisherigen Abwägungsfehlerlehre sind. Wieder andere versuchen, die bisher entwickelten Grundsätze in die neue Verfahrensstruktur zu integrieren, ohne die bisherige Abwägungsdogmatik gefährdet zu sehen[27]. Sie argumentieren, die Inhalte des § 2 III BauGB seien bereits vor deren expliziter gesetzlicher Normierung im Abwägungsgebot berücksichtigt worden[28]. Durch die ausdrückliche gesetzliche Erwähnung des „Ermittelns" und „Bewertens" solle prinzipiell deren Bedeutung hervorgehoben werden, ohne jedoch an der bisherigen Prüfungsstruktur etwas zu ändern[29]. § 1 VII BauGB sei damit in seiner bisherigen Funktion voll erhalten geblieben – sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Ausrichtung als auch mit Blick auf die gesamte Abwägungsdogmatik und deren Fehlerlehre mit ihren Bezügen zum Abwägungsvorgang und zum Abwägungsergebnis[30].

b) Rechtsprechung

Die Unsicherheit im Umgang mit den neuen Vorschriften des EAG Bau spiegelt sich auch in der Rechtsprechung wider. Das *BVerwG* hat die Frage nach der „neuen Abwägung" noch 2007 offengelassen[31]. Im Folgejahr wagte es sich aus der Deckung und verkündete, § 2 III BauGB begründe keine neuen Anforderungen an das Aufstellen eines Bebauungsplans, die sich nicht bereits vorher inhaltlich aus dem Abwägungsgebot ergeben hätten. Es sieht in § 2 III BauGB eine Verfahrensnorm, die den Gemeinden keine weiteren Pflichten als diejenigen auferlegt, die bisher aus dem „klassischen" Abwägungsgebot erwuchsen. Einer genauen Zuteilung der Elemente des bisherigen Abwägungsvorgangs für das neue Verfahren versagt sich das *Gericht* freilich[32]. Wie auch in der Literatur reicht das Spektrum der Meinungen in der Rechtsprechung insoweit von einer althergebrachten, traditionellen Prüfung[33] bis hin zu einer eigenständigen, neuen Zuordnung[34].

2. Analyse des Zusammenspiels der Normen

Eine Orientierung in dem unübersichtlichen „Dschungel" der unterschiedlichen Lösungsansätze verlangt eine saubere Ana-

17 Vgl. *Erbguth*, JZ 2006, 484: „Abwägung auf Abwegen"; *Pieper*, Jura 2006, 817 (820).
18 RL 2001/42/EG v. 27. 6. 2001, ABlEG Nr. L 197/30.
19 Vgl. dazu d. Änderungen in §§ 1 a, 1 VI, 3-4 c BauGB sowie d. Privilegierung v. Biogasanlagen im Außenbereich (§ 35 I Nr. 6 BauGB); s. dazu d. Gesetzesbegr. der BReg, BT-Dr 15/2250, S. 27.
20 Vgl. BT-Dr 15/2250, S. 42.
21 BT-Dr 15/2250, S. 42: „Inhaltl. entspricht d. Vorschrift d. bisherigen sich aus d. Abwägungsgebot ergebenden Rechtslage".
22 Vgl. zum Meinungsstand etwa *Erbguth*, DVBl 2004, 802 (807); *Kraft*, UPR 2004, 331 (332 f.).
23 Für alle *Erbguth*, JZ 2006, 484 (490) m. w. Nachw.
24 Wohl für einen Wechsel *Uechtritz*, ZfBR 2005, 11 (20).
25 *Stelkens*, UPR 2005, 81; ähnl. *Bernhardt*, JA 2008, 166.
26 *Pieper*, Jura 2006, 817 (821).
27 Dafür etwa *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 11. Aufl. (2009), § 2 Rdnr. 5; f. e. Besonderheit ledigl. bzgl. der Prüfung v. § 2 IV BauGB und i. Ü. unveränderte Dogmatik vgl. *Hoppe*, NVwZ 2004, 903 (910).
28 Vgl. *Hoppe*, NVwZ 2004, 903 (905), der § 2 III BauGB keinen über d. aus § 1 VII BauGB entwickelte Abwägungsfehlerlehre hinausgehenden eigenständigen Regelungsgehalt zuspricht.
29 Vgl. dazu an Stelle Vieler *Uechtritz*, in: BeckOK-BauGB, 2011, § 2 III Rdnr. 57, sowie *Hoppe*, in: *Hoppe/Bönker/Grotefels* (o. Fußn. 7), § 7 Rdnrn. 2, 4.
30 Vgl. *Hoppe*, NVwZ 2004, 903 (910); i. Erg. ebenso *Kraft*, UPR 2004, 331 (335), *Happ*, NVwZ 2007, 304 (307).
31 *BVerwGE* 128, 238 (243, 245 [Tz. 18, 23]) = NVwZ 2007, 831.
32 *BVerwGE* 131, 100 = NVwZ 2008, 899 (901); der „gemeinsame" Verweis auf §§ 2 III u. 1 VII BauGB in *BVerwGE* 137, 38 = NVwZ 2010, 1430, im Zusammenhang m. einer Entsch. zum RaumordnungsR zeigt d. Fortführung dieser Tendenz, keine klare u. eindeutige höchstrichterl. Abgrenzung in absehbarer Zeit vorzunehmen.
33 Vgl. jüngst *VGH Kassel*, BeckRS 2010, 55591, der unter Verw. auf die st. Rspr. des *BVerwG* zur Abwägungsfehlerlehre auf eine Unterscheidung v. verfahrensrechtl. relevanten Fehlern im Abwägungsvorgang u. materiell-rechtl. beachtlichen Fehlern im Abwägungsergebnis verzichtet.
34 Vgl. dazu den „Versuch" zu trennen bei *OVG Koblenz*, NJOZ 2011, 735; d. Prüfung d. Abwägungsdisproportionalität – wie ein Teil d. Lit. – unter § 1 VII BauGB fassend *OVG Münster*, BeckRS 2010, 56999.

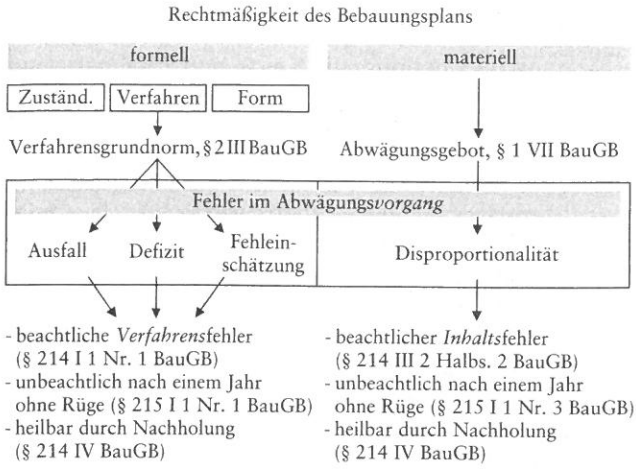
lyse des Zusammenspiels der Regelungen der §§ 1 VII sowie 2 III BauGB und ihrer jeweiligen Fehlerfolgen (§ 214 I 1 Nr. 1, III 2 BauGB), die sich von den Ergebnissen vorgefundener Positionen löst[35].

Untrüglich und nicht streitbefangen ist dabei der Ausgangspunkt: Das Gebot des Ermittelns und Bewertens des Abwägungsmaterials in § 2 III BauGB soll der verfahrensrechtlichen Komponente des Abwägungsprozesses einen besonderen normativen Ausdruck verleihen. So entspricht es dem Willen des historischen Gesetzgebers[36] und ergibt es sich auch aus § 214 I 1 Nr. 1 BauGB, der § 2 III BauGB explizit als Verfahrensnorm einordnet. Was nun aber „Ermitteln" und „Bewerten" i. S. des § 2 III BauGB genau bedeutet, ist schon schwieriger zu bestimmen – jedoch unverzichtbar, um den Sinngehalt des § 2 III BauGB sachgerecht zu erfassen.

Für den Begriff des „Ermittelns" gibt eine Anleihe bei § 24 I VwVfG (Untersuchungsgrundsatz) sowie § 2 IV 1 BauGB (Umweltprüfung) Hilfestellung. Diese Normen verwenden den Begriff in ähnlicher Funktion. „Ermitteln" meint dort die Aufbereitung des maßgeblichen Entscheidungsgegenstands. Damit übereinstimmend bezeichnet der Begriff auch in § 2 III BauGB das verfahrensrechtlich richtige und lückenlose Zusammenstellen aller für die Abwägung relevanten Belange[37]. Der Begriff des „Bewertens" geht noch etwas weiter und ist noch offener. Nach seinem natürlichen Wortsinn beschreibt „Bewerten" ein allgemeines Einschätzen nach Wert und Bedeutung[38]. In dem konkreten normativen Kontext dürfte der neue Begriff das subjektive Gewichten des Materials bezeichnen. Seine Aufgabe besteht darin, die relevanten Aspekte zu analysieren und je nach ihrer Bedeutung in ein Rangverhältnis einzuordnen. Er bringt damit zum Ausdruck, dass das abwägungserhebliche Material nicht nur aufbereitet (ermittelt), sondern auch ausgewertet werden muss[39]. Diese Auslegung im Sinne einer verfahrensrechtlichen „Einordnungsfunktion" von § 2 III BauGB entspricht auch dem Verständnis von „Bewerten", wie es der unionsrechtlichen RL zu Grunde liegt. Aus dem Wortlautvergleich mit der englischen und französischen Fassung („evaluate" / „évaluer") geht hervor, dass die RL mit „bewerten" auf ein „Einschätzen" / „Auswerten" zielt, aber eben nicht im messbaren Sinn wie bei „value" oder mit vorrangig final-folgenorientierter Konnotation wie bei „assess". Auch die Verwendung des Wortes „promote" an anderer Stelle deutet darauf hin, dass „bewerten" eher Zielvorstellungscharakter hat, denn Urteilsbildung meint. Die entscheidungserheblichen Tatsachen sollen also durch ein geordnetes Verfahren dahingehend aufbereitet werden, dass das entscheidungsrelevante Material sicht- und verarbeitbar ist[40]. Im Vorgang des Ermittelns und Bewertens kommt der Verwaltung somit ein Entscheidungsspielraum zu, welcher nicht nur ein reines Zusammenstellen der Materialien umfasst, sondern ebenfalls eine eigene Gewichtung der von der Verwaltung gefundenen Aspekte impliziert. Das Ermitteln und Bewerten stellen damit eine erste Vorab-Evaluation dar (vgl. erste bis dritte Phase in der „klassischen" Abwägung). Sie sind bei diesem Verständnis von nun an nicht mehr dem (materiell-rechtlichen) Abwägungsvorgang zuzuordnen, sondern fallen unter § 2 III BauGB als verfahrensrechtliche Grundnorm. § 2 III BauGB löst den Prozess des Ermittelns und Bewertens aus dem materiell-rechtlichen Entscheidungsprogramm der Abwägung heraus und erklärt sie zum Gegenstand der formellen Rechtmäßigkeit des Bebauungsplans.

Ausweislich der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommenden Erwägungen war diese ausdrückliche Hervorhebung und Stärkung der Verfahrensregeln oberstes Ziel der gesetzgeberischen Bemühungen im Zuge des EAG Bau[41]. Die vorrangig verfahrensrechtlichen Elemente des Ermittelns und Bewertens erhalten als Teile des äußeren Ablaufs der Planaufstellung damit ein besonderes Gewicht und eine klare prozedurale Struktur[42]. Dem liegt die nachvollziehbare Erwägung zu Grunde, dass die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, insbesondere die sachgerechte Aufbereitung des Abwägungsmaterials, eine Voraussetzung für die Richtigkeit der inhaltlichen Entscheidung ist[43]. Aus diesem Grund wollte der Gesetzgeber das Abwägungsgebot hinsichtlich des Abwägungsvorgangs entschlacken und Teile daraus der Verfahrensprüfung zuschlagen. Fortan umfasst § 2 III BauGB also die verfahrensbezogenen Elemente des Abwägungsvorgangs und determiniert die rechtlichen Anforderungen an den äußeren Ablauf der Abwägungsentscheidung. Dabei war es dem Gesetzgeber zugleich ein Anliegen, eine Parallelprüfung zu vermeiden. Mit § 2 III BauGB sollte keine neue, zu dem Bestehenden hinzutretende Prüfung in Gestalt einer Vorselektierung etabliert und auch nicht mit einem neuen Suchverfahren über das bisherig geltende Recht hinausgegangen werden[44]. Deutlich wird das an der Fehlerfolgenregelung des § 214 III 2 Halbs. 1 BauGB: Verstöße gegen das verfahrensrechtliche Gebot des Ermittelns und Bewertens i. S. des § 2 III BauGB dürfen nicht mehr als (materiell-rechtliche) Fehler der Abwägung (i. S. des § 1 VII BauGB) selbst geltend gemacht werden. Wahrscheinlich war zuerst angedacht, den *ganzen* Vorgang der Abwägung in das Verfahren des § 2 III BauGB zu transformieren. Erst auf Anraten des Bundesrats wurde § 214 III 2 Halbs. 2 BauGB hinzugefügt, wonach es weiterhin Fehler im Abwägungsvorgang geben kann, die im Rahmen der materiellen Prüfung relevant werden können[45]. Diese (bereits erwähnte) „Angstklausel"[46] bringt zum Ausdruck, dass die meisten der vormals bei dem Abwägungsvorgang materiell-rechtlich angesprochenen Fehler von nun an in der Prüfung des Verfahrens nach § 2 III BauGB zu untersuchen sind, es aber trotzdem („im Übrigen") noch Situationen gibt, in denen ein Abwägungsfehler nicht dem Fehlerfolgenregime von § 214 I Nr. 1 BauGB, also Verstößen gegen § 2 III BauGB, unterfällt. Gemeint ist damit wohl der Fall der Abwägungsdisproportionalität: Er bewegt sich jenseits des „Ermittelns" und „Bewertens" i. S. des § 2 III BauGB und ist von der neuen verfahrensrechtlichen Zuordnung der übrigen Fehler des Abwägungsvorgangs nicht erfasst.

35 F. e. Betrachtung im Zusammenspiel m. d. Fehlerfolgen auch *Uechtritz*, in: BeckOK-BauGB (o. Fußn. 29), § 2 Rdnr. 58.
36 BT-Dr 15/2250, S. 42.
37 Vgl. auch *Hoppe*, NVwZ 2004, 903 (907).
38 Vgl. *Brockhaus*, Enzyklopädie III, 19. Aufl. (1990), S. 253; *Wahrig*, Dt. Wörterbuch, 8. Aufl. (2010), S. 268.
39 *Labrenz*, DV 2010, 63 (78).
40 Anschaul. hierzu *Labrenz*, DV 2010, 63 (72).
41 Vgl. BT-Dr 15/2250, S. 27.
42 Vgl. auch *Labrenz*, DV 2010, 63 (68).
43 Vgl. BT-Dr 15/2250, S. 42.
44 BT-Dr 15/2250, S. 42.
45 Vgl. BT-Dr 15/2250, S. 87.
46 Statt vieler *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr* (o. Fußn. 27), § 214 Rdnr. 20.



In Anbetracht und unter Zugrundelegung der oben ausgeführten Auslegungsregeln scheinen die überkommene Abwägungsdogmatik und deren Fehlerlehre keineswegs auf Abwegen. Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis bleiben in der Sache erhalten. Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit und Abwägungsfehleinschätzung verändern sich, soweit sie sich als Fehler des Abwägungsvorgangs darstellen, inhaltlich in ihrer Bedeutung nicht, sind jedoch von nun an im Verfahren (§ 2 III BauGB) zu prüfen. Die Fehler können nach wie vor auf das Abwägungsergebnis durchschlagen und sind dann materiell-rechtlich relevant[47], können aber als solche nicht mehr als materiell-rechtliche Fehler, sondern nur als Fehler des Abwägungs*verfahrens* geltend gemacht werden (§ 214 III 2 Halbs. 1 BauGB). Die Abwägungsdisproportionalität hingegen ist, nicht zuletzt auch wegen § 214 III 2 Halbs. 2 BauGB, ausschließlich dem Abwägungsgebot des § 1 VII BauGB zuzuordnen.

3. Vereinbarkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht

Die Ummünzung bislang materiell-rechtlich eingestufter Fehler in verfahrensrechtliche Mängel ist durchaus kritikwürdig[48], aber als Entscheidung des Gesetzgebers grundsätzlich zu respektieren. Das gilt jedenfalls, solange dabei die Grenzen der gesetzgeberischen Ausgestaltungsbefugnis nicht überschritten sind. Gerade eine solche Überschreitung meinen einige Stimmen in der Literatur jedoch zu erkennen und melden verfassungsrechtliche Bedenken an dem gefundenen Ergebnis an. Sie sind der Ansicht, dass der Abwägungsvorgang wegen Art. 14 I und 19 IV GG sowie wegen des Rechtsstaatsprinzips (vgl. Art. 20 III GG) schon seiner Natur nach ausschließlich materiell-rechtlich ausgerichtet sein könne[49]. Das Verfahren könne nie an die Stelle der inhaltlichen Entscheidung selbst treten, denn Abwägung sei ein inhaltlicher Vorgang der Gerechtigkeitsfindung in komplexen Entscheidungslagen, der dem Gebot des Ausgleichs nach Maßgabe der Gewichtsrelation der konfligierenden Belange unterliege. Mit der ausschließlich prozeduralen Sicht des Abwägungsvorgangs gehe insoweit ein verfassungswidriger Verlust seiner kognitiven Substanz einher[50]. Das *BVerwG* scheint diesem Ansatz *prima facie* ein starker Bundesgenosse: Es hat das Abwägungsgebot immerhin unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet[51].

Damit ist freilich nicht gesagt, dass dem Gesetzgeber jede Disposition über das Abwägungsgebot völlig verwehrt ist. Das Abwägungsergebnis ist zwar Bindungen unterworfen, nicht aber unbedingt in vollem Umfang der Abwägungsvorgang als solcher[52]. Entscheidend ist die Wahrung des verfassungsrechtlichen Kerns des Abwägungsgebots.

Das zutreffende und vollständige Ermitteln des Sachverhalts ist ein Eckpfeiler des Abwägungsgebots. Rechtsstaatlichkeit gebietet jedoch nicht notwendig eine materiell-rechtliche Aufladung bzw. Einstufung des Abwägungsvorgangs. Maßgeblich ist allein, dass dieser Prozess des Ringens um eine sachgerechte Konfliktbewältigung als solcher insgesamt rechtlich gewährleistet ist. Die Verhältnismäßigkeit des Ergebnisses gebietet das Verfassungsrecht als materiell-rechtliche Sicherung und Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zwar weiterhin. Aber das insoweit als Fehlerquelle maßgebliche Gebot der Abwägungsproportionalität, das wegen des ihm eigenen Gehalts als Angemessenheitsprüfung als verfassungsrechtlicher Kernbestand zu qualifizieren ist[53], bleibt durch das EAG Bau unangetastet, namentlich weiterhin unverändert im Abwägungsgebot verankert (vgl. o. I 2).

In der „Abwanderung" der ersten drei Abwägungsschritte in die Verfahrensvorschrift liegt auch kein Verstoß gegen Art. 14 I GG und Art. 19 IV GG[54]. Zwar kommt der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie in der Abwägung eine exponierte Stellung zu; dieses subjektive öffentliche Recht ist darüber hinaus hinreichend prozessual zu sichern. Seit dem *Mülheim-Kärlich-Beschluss*[55] des *BVerfG* ist aber anerkannt, dass Grundrechtsschutz in hinreichendem Maße auch durch Verfahren gesichert werden kann, insbesondere „die Grundrechte nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist"[56]. In dieser Form beeinflusst das Grundrecht des Art. 14 I GG die Anwendung der Vorschriften über den neuen Verfahrensgang in § 2 III BauGB: Während der Ermittlung und Bewertung des abwägungserheblichen Materials sind stets eigentumsrelevante Belange sowohl Privater als auch der öffentlichen Hand zu berücksichtigen. Die Planungsinstanz ist demnach angehalten, bereits im Verfahren Belange und vor allem Auswirkungen, die mit Art. 14 I GG nicht im Einklang stehen, sorgfältig zu analysieren, um auch den Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten. Eine hinreichende Beachtung der grundsätzlich garantierten Eigentumsfreiheit sowie die Rechtsschutzgarantie lassen sich damit in ausreichender Weise auch durch das neue Verfahren des § 2 III BauGB sicherstellen. Sie sind zwar Teil der „dienenden Funktion des Verfahrens", dadurch aber nicht als solche von geringerem Gewicht. Insbesondere stuft das EAG Bau die Rechtsfolgen von Abwägungsfehlern nicht herab, sondern lässt diese unberührt.

---

47 Vgl. *Labrenz*, DV 2010, 63 (78).
48 Vgl. dazu etwa *Erbguth*, DVBl 2004, 802 (807).
49 *Pieper*, Jura 2006, 817 (819) m. w. Nachw.
50 *Erbguth*, UPR 2010, 281 (285).
51 Vgl. zur unterschiedl. „Herleitung" d. Abwägungsgebots durch d. *BVerwG* (über Art. 20 III GG) und d. *BVerfG* (über e. verfassungskonforme Auslegung der jeweiligen Normen am Maßstab d. Art. 14, 3 GG) zusammenfassend m. einschlägiger Rspr. *Bernhardt*, JA 2008, 166.
52 *BVerwGE* 45, 309 (315) = NJW 1975, 70.
53 Vgl. *Wickel/Bieback*, DV 2006, 571 (583).
54 A. A. *Erbguth*, UPR 2010, 281 (284 ff.).
55 *BVerfGE* 53, 30 = NJW 1980, 759.
56 *BVerfGE* 53, 30 (65) = NJW 1980, 759.

IV. Fazit

Trotz der Einführung der Vorschrift des § 2 III BauGB sind die Abwägungsdogmatik und ihre Fehlerlehre in der Sache im Wesentlichen erhalten geblieben. Lediglich die Ermittlung und Bewertung des abwägungsrelevanten Materials sind von nun an nicht mehr Bestandteil der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung, sondern sind dem Verfahren gem. § 2 III BauGB zuzuordnen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist entgegen teilweise geäußerten Bedenken im Ergebnis dagegen nichts zu erinnern.

Der Schritt hin zur verfahrensrechtlichen Verortung war insofern konsequent, als es bei der Bauleitplanung grundsätzlich an einer präzisen inhaltlichen Steuerungs- und Zielvorgabe fehlt. Darin liegt auch der tiefere Grund für die gesetzgeberische Entscheidung, die Richtigkeitsgewähr stärker auf die verfahrensrechtliche Seite zu verlagern: Wo es an rationalisierenden Maßstäben für eine „richtige" Planung weithin fehlt, kann deren Rechtsfehlerfreiheit weniger durch Ergebnis- als vielmehr durch Verfahrenskontrolle abgesichert werden[57]. Das entspricht dem bereits früh in der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsatz der Grundrechtssicherung durch Verfahren. Dem ist § 2 III BauGB nachgekommen, ohne das Abwägungsgebot dabei in seinem Bestand aufzulösen.

Im Ergebnis ist die Abwägung also weder auf Abwegen noch hat sie eine völlig neu entwickelte Dogmatik erfahren. Eher ist das Gegenteil der Fall. Es ist im Grundsatz sachlich (wenn auch nicht prüfungstechnisch) alles beim Alten geblieben – oder um es mit *Bertolt Brecht* auszudrücken: „Ich sehe das Neue, es ist das Alte" – jedenfalls im Kern.

57 *Dirnberger*, in: *Jäde/Dirnberger/Weiß*, BauGB, 5. Aufl. (2007), § 1 Rdnr. 74.

REFERENDARIAT

RICHTER ALS NOTARVERTRETER DR. DANIEL SCHÄUBLE UND RECHTSANWALT SVEN KALTENBACH*

Die Zuständigkeit deutscher Gerichte nach den Vorschriften der EuGVVO

Die Befassung mit dem Einfluss des Europarechts auf ein zivilprozessuales Erkenntnisverfahren scheint auf den ersten Blick etwas für Liebhaber oder Kandidaten des Schwerpunktbereichs IPR zu sein. Aber wie dies oft ist: Das Examen belehrt eines Besseren. In der Examenskampagne Herbst 2011 in Baden-Württemberg musste die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach den Vorschriften der EuGVVO geprüft werden. Auf Grund der stetig wachsenden Bedeutung von Zivilprozessen mit internationalem Einschlag und der vorgeschlagenen Novellierung der EuGVVO bleibt die Thematik aktuell. Der Beitrag vermittelt die Grundlagen der Verordnung.

I. Die Verfahrensvoraussetzung der internationalen Zuständigkeit

Bei der internationalen Zuständigkeit handelt es sich um eine Sachentscheidungsvoraussetzung, die insbesondere von der örtlichen Zuständigkeit zu trennen ist[1]. Während Letztere die Aufgabenverteilung unter mehreren gleichartigen erstinstanzlichen Gerichten in räumlicher Hinsicht regelt, und dies immer bezogen auf ein ganz bestimmtes Gericht, behandeln die Vorschriften der internationale Zuständigkeit die Frage, ob ein Rechtsstreit den Gerichten des einen oder des anderen Staates zur Entscheidung zugewiesen ist[2].

II. Die richtige Weichenstellung

Zunächst ist die richtige Rechtsgrundlage aufzufinden. Diese kann sich aus den Vorschriften des autonomen Verfahrensrechts (ZPO/FamFG), des sekundären Unionsrechts, sowie aus völkerrechtlichen Verträgen ergeben. Letztere dürften bis auf das Luganer Übereinkommen, das dann anzuwenden ist, wenn der Bekl. seinen Wohnsitz in der Schweiz, in Norwegen oder in Island hat (Art. 64 II lit. a LugÜ), kaum Prüfungsgegenstand werden.

Im Rahmen der Zuständigkeit deutscher Gerichte sind als europäische Verordnungen nach dem derzeitigen Kodifikationsstand die EuGVVO, für Ehe- und Sorgerechtsverfahren die EuEheVO und seit dem 18. 6. 2011 für Unterhaltsverfahren die EuUnthVO zu beachten.

* Der Autor *Schäuble* ist Notarvertreter in Villingen; der Autor *Kaltenbach* ist Rechtsanwalt in der Kanzlei *Kues* & *Partner*, Konstanz, und Doktorand bei Prof. *Dr. Martin Löhnig*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Universität Regensburg. – Artikel ohne Gesetzesbezeichnung sind solche der EuGVVO.

1 *Geimer*, Int. ZPR, 6. Aufl. (2009), Rdnrn. 846 f.

2 *Schack*, Int. ZivilverfahrensR, 5. Aufl. (2010), Rdnr. 217.