

*Mario Martini/Xaver Finkenzeller**

Die Abwägungsfehlerlehre im Wandel

»Abwägen bedeutet, im Leben sich für das Vernünftige zu entscheiden«, räsionierte 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 gegen- bzw. untereinander. Sie bildet das Herzstück jedes Planungsaktes.¹ Die Grundstrukturen einer Abwägung sind dabei überall gleich: Es geht um Optimierung der Entscheidungsfindung unter möglichst umfassender Berücksichtigung aller entscheidungsrelevanten konfligierenden Aspekte.² Diese widerstreitenden Gesichtspunkte müssen nach Maßgabe ihres Gewichts gegeneinander ausgeglichen werden. Die Konfliktschlichtung erweist sich dabei als eine ständige Herausforderung. Denn soll eine Abwägungsentscheidung gefällt werden, ist das nicht möglich, ohne dass Interessen Federn lassen 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 sachgerechte Abwägung? Das herauszufinden, ist die zentrale Aufgabenstellung der Abwägungsdogmatik. Ihre Fehlerlehre steht als »prozessuales Gegenstück« zum

* *Mario Martini* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer; *Xaver Finkenzeller* ist Student der Rechtswissenschaften an der LMU München. Die Autoren danken *Corinna Aschenbrenner, Julia Oberländer und Alexander Schuhmann* für ihre wertvolle Mitarbeit.

¹ Vgl. dazu *Stüer*, UPR 2010, 288 ff.; *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand 1. Juli 2010, § 1 Rdnr. 180.

² *Erbguth*, JZ 2006, 484.

³ Vgl. *BVerwGE* 64, 270 (270); *Stüer* (o. FuBn. 1), 288; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Aufl. (2010), § 74 Rdnr. 51.

Abwägungsgebot⁴ im Blickpunkt vieler Rechtsfragen in Klausur und Praxis. Diese sollen in diesem Beitrag beleuchtet werden. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei neben den allgemeinen Grundsätzen (unten I.) den Herausforderungen und Wirrungen, die das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG-Bau) und die daraus erwachsende Kontroverse um den Wandlungsprozess der Abwägungsfehlerlehre vom materiell-rechtlichen Abwägungsvorgang hin zu einer verfahrensbezogenen Ermittlung und Bewertung ausgelöst hat (unten II.).

I. Grundsätze der Abwägungsdogmatik, insbesondere bis zum EAG-Bau

Der Vorgang der Abwägung lässt sich nach der in Rechtsprechung⁵ und Literatur⁶ 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 Konflikt-schlichtungsprogramm dabei zu bewältigen ist, gibt für das Bauplanungsrecht die Vorschrift des § 1 VII BauGB als zentrale Steuerungsvorgabe 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 viel mehr 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.

⁴ *Erbguth*, UPR 2010, 281 (284).

⁵ Wegweisend *BVerwGE* 34, 301 (309) - Flachglas- Urteil.

⁶ Vgl. statt vieler *Hoppe*, DVBl. 1964, 165.

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 bewältigt werden können (Gebot der Konfliktbewältigung).⁸

Von einem sachgerechten Prozess des Interessenausgleichs und der Entscheidungsfindung 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 Vorwegnahme 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 Abwägungsgebotes

Das Gebot sachgerechter Abwägung begründet nicht nur ein objektiv-rechtliches Gebot, sondern auch einen subjektiv-rechtlichen Anspruch der Planbetroffenen. Das ergibt sich zwanglos aus § 1 VII BauGB. Die Vorschrift schützt als Teil des Abwägungsgebotes ausdrücklich nicht nur öffentliche, sondern auch private Belange, soweit sie abwägungserheblich sind.¹¹ Private Belange bilden nicht nur die Belange der Eigentümer der im Geltungsbereich eines Bebauungsplans liegenden Grundstü-

⁷ Vgl. Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. (2010), § 7 Rdrn. 32 ff. u. 93 ff. m.w.N.

⁸ BVerwGE 47, 144 (155).

⁹ BVerwGE 45, 309 (321).

¹⁰ Vgl. dazu etwa Martini, in: Ziekow/Seok (Hrsg.), Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, 81 (101 f.).

¹¹ Vgl. BVerwGE 107, 215 (221); dazu Martini, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. (2010), S. 169; a. A. noch OVG NRW, NVwZ 1997, 649 (696).

cke, 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 durch die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG verfassungsrechtlich umhüllt 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 tief gehenden gerichtlichen Kontrolle verbindet sich nämlich 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 Denn Planung setzt aufgrund der Multipolarität der Entscheidungsfindung ihrer Natur nach einen autonomen Gestaltungs- und Bewertungsfreiraum voraus, der durch ein geringeres Maß gesetzlicher Programmierung und richterlicher Kontrollbefugnis gekennzeichnet 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 Prüfungstintensität zu bewältigen: Sie beschränken die gerichtliche Prüfung auf bestimmte Fehler, die Abwägungsfehler, welche Verstöße gegen unverzichtbare Grundelemente des gemeindlichen Planungsermessens markieren. Diese »Balanceformel« des

¹² BVerwG DÖV 2000, 466.

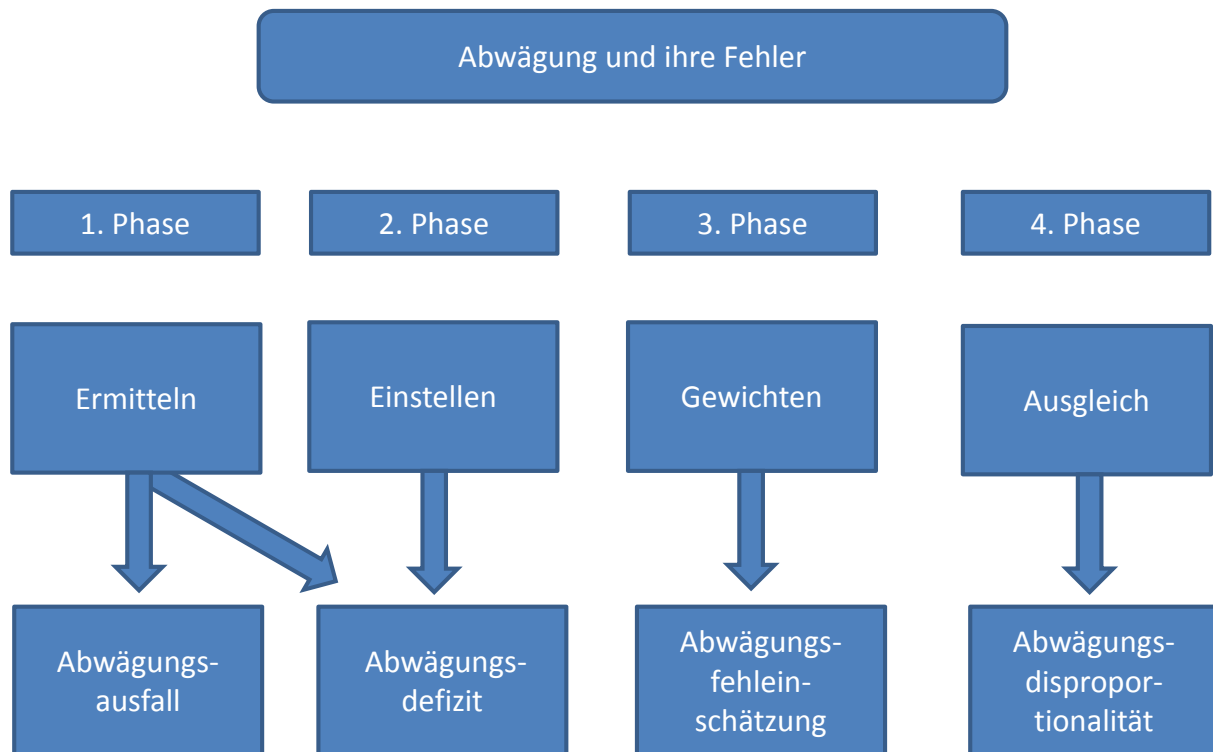
¹³ Vgl. Hoppe (o. Fußn. 7), § 7 Rdnr. 5.

¹⁴ Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 118.

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 das Abwägungsergebnis (vgl. § 214 I 1 Nr. 1, III 2 Hs. 2 BauGB e contrario), beschränkt sich inhaltlich aber darauf, ob der Ausgleich der entscheidungsrelevanten Belange evident ungleichgewichtig erfolgte. Während das *Ermitteln* des abwägungsrelevanten Materials und das *Einstellen* der Belange in die Abwägung grundsätzlich umfangreich 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 ein wesentliches Element 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 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 zur objektiven Wichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (*Abwägungsdisproportionalität*).¹⁵ Während die Fehlertypen des Abwägungsausfalls und des Abwägungsdefizits eine erkennbare dogmatische Anleihe bei der Ermessensfehlerlehre¹⁶ 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.

¹⁵ Vgl. etwa *BVerwGE* 45, 309 (326); *Brohm*, Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. (2010), § 13 Rdnr. 23.

¹⁶ Vgl. zu ihr etwa mit weiteren Übersichten *Martini* (o. Fußn. 11), S. 116 f.



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 zum Jahre 2004 im Wesentlichen gleich geblieben.

II. Die Abwägungsdogmatik und deren Fehlerlehre nach dem EAG-Bau - die Abwägung auf Abwegen?

Das Inkrafttreten des Europaanpassungsgesetzes (EAG-Bau) am 20. Juli 2004 hat nach der Einschätzung Einiger an diesen Grundfesten gerüttelt.¹⁷ Das auf die Richtlinie der Europäischen Union über die »Strategische Umweltprüfung von Plänen und Programmen« (sog. Plan-UP-Richtlinie¹⁸) zurückgehende Artikelgesetz EAG-Bau verfolgt (neben dem Ziel, die nachhaltige Entwicklung eines hohen Umweltschutzniveaus

¹⁷ Vgl. Pieper, Jura 2006, 817 (820).

¹⁸ Richtlinie 2001/42/EG vom 27.06.2001, ABI. EG Nr. L 197 S. 30.

veaus 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«²⁰, 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.²¹ Damit enthält nun § 2 III BauGB diese zuvor als Teil des der eigentlichen Abwägungsentscheidung vorgelagerten Abwägungsvorgangs aus dem Abwägungsgebot des § 1 VII BauGB abgeleitete Pflicht.²² Welche Folgerungen sich daraus für das Abwägungsgebot ergeben, bringt die neue Vorschrift des § 214 III 2 Hs. 1 BauGB zum Ausdruck: Verstöße gegen das Gebot des § 2 III BauGB können danach nicht mehr als »Mängel der Abwägung« geltend gemacht werden (Hs. 1). Der sich daran anschließende 2. Halbsatz sorgt dann für Irritationen, die seinen Leser zunächst ratlos zurücklassen:²³ »Im Übrigen« sollen Mängel im Abwägungsvorgang nur noch erheblich sein, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Diese in der Literatur häufig als *Angstklausel*²⁴ bezeichnete Bestimmung des § 214 III 2 Hs. 2 BauGB, die auf eine Initiative des Bundesrates zurückgeht, ist die wohl kryptischste Norm im neuen BauGB, die viele Frage aufgeworfen hat.

1. Das aktuelle Meinungsbild

a) Meinungsbild im 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 Ermitteln und Bewertens.²⁵ Einige entwickelten deshalb eine neu angepasste Fehlerlehre, die die überkommene Abwägungsdogmatik ablösen soll.²⁶ Sie schlagen eine neue Unterscheidung in vier Mängel vor: (1) Mängel in der

¹⁹ Vgl. dazu die Änderungen in §§ 1a, 1 VI, 3-4c BauGB sowie die Privilegierung von Biogasanlagen im Außenbereich [§ 35 I Nr. 6 BauGB]; siehe dazu die Gesetzesbegründung der Bundesregierung: BT-Drs. 15/2250, S. 27.

²⁰ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 42.

²¹ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 42.

²² BT-Dr. 15/2250, S. 42 (»Inhaltlich entspricht die Vorschrift der bisherigen sich aus dem Abwägungsgebot ergebenden Rechtslage«).

²³ Vgl. zum Meinungsstand etwa *Erbguth* (o. Fußn. 2), 802 (807), *Kraft*, UPR 2004, 331 (332 f.).

²⁴ Stellvertretend: *Erbguth* (o. Fußn. 2), 484 (490) m.w.N.

²⁵ Wohl für einen Wechsel *Uechtritz*, ZfBR 2005, 11 (20).

²⁶ *Stelkens*, UPR 2005, 81. Ähnlich *Bernhardt*, JA 2008, 166, der die Erforderlichkeit eines Wandels damit begründet, dass die Voraussetzungen des Flachglasurteils, unter dem die Abwägungslehre generiert wurde, nun nicht mehr gegeben seien. Er erteilt insbesondere der Unterscheidung

Ermittlung des Materials, (2) Mängel bei der *Bewertung* des Materials (§ 214 III 2 Hs. 1 i.V.m. §§ 214 I, 2 III Alt. 2 BauGB), (3) *übrige Mängel* im Abwägungsvorgang (§§ 214 III 2 Hs. 2, § 215 I Nr. 3 BauGB) sowie (4) Mängel im Abwägungsergebnis. Andere wiederum sehen mit § 2 III BauGB nur einen teilweisen Abschied von der bisherigen Abwägungsfehlerlehre eingeläutet²⁷ - mit dem Ergebnis, dass das Abwägungsdefizit sowie die Abwägungsfehlerschätzung nicht mehr Bestandteil der bisherigen Abwägungsfehlerlehre sind), während wieder andere die bisher entwickelten Grundsätze in die neue Verfahrensstruktur zu integrieren versuchen, ohne die bisher entwickelte Abwägungsdogmatik gefährdet zu sehen.²⁸ Letztere argumentieren, die Inhalte des § 2 III BauGB seien bereits vor deren expliziter gesetzlicher Normierung im Abwägungsgebot berücksichtigt worden.²⁹ Durch die ausdrückliche gesetzliche Erwähnung des »Ermittelns« und »Bewertens« solle prinzipiell deren Bedeutung hervorgehoben werden, ohne jedoch an der bisherigen Prüfung etwas zu ändern.³⁰ § 1 VII BauGB sei damit in seiner bisherigen Funktion voll erhalten geblieben - sowohl hinsichtlich der materiell-rechtlichen Ausrichtung als auch im Blick auf die gesamte Abwägungsdogmatik und deren Fehlerlehre mit ihren Bezügen zum Abwägungsvorgang und zum Abwägungsergebnis.³¹

b) Meinungsbild in der 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 im Jahre 2007 offengelassen.³² 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

zwischen Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis eine Absage. Diese sei nur in Fällen notwendig gewesen, in denen eine Zeitverschiebung zwischen dem Vorgang und dem Ergebnis stattfand, was heute jedoch aufgrund des einheitlichen Beurteilungszeitpunktes (§ 214 III S. 1 BauGB) nicht mehr notwendig sei.

²⁷ Pieper (o. Fußn. 17), 817 (821).

²⁸ Dafür bspw. Battis, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. (2009), § 2 Rdnr. 5; für eine Besonderheit lediglich bzgl. der Prüfung von § 2 IV BauGB und im Übrigen unveränderter Dogmatik vgl. Hoppe, NVwZ 2004, 903 (910).

²⁹ Vgl. Hoppe (o. Fußn. 28) (905), der § 2 III BauGB keinen über die aus § 1 VII BauGB entwickelte Abwägungsfehlerlehre hinausgehenden eigenständigen Regelungsgehalt zuspricht.

³⁰ Vgl. dazu anstelle Vieler: Uechtritz, in: BeckOK, BauGB, § 2 III Rdnr. 57 (Stand: 01.01.2011) sowie Hoppe (o. Fußn. 7), § 7 Rdnrn. 2, 4.

³¹ Vgl. Hoppe (o. Fußn. 28), 903 (910). Im Ergebnis ebenso Kraft (o. Fußn. 23) 331 (335), Happ, NVwZ 2007, 304 (307).

³² BVerwGE 128, 238 (243, 245) Rdnrn. 18, 23.

Abwägungsgebot ergeben hätten.³³ Es sieht in § 2 III BauGB eine Verfahrensnorm, die den Gemeinden keine weiteren Pflichten als diejenigen auferlegt, die sich bisher aus dem »klassischen« Abwägungsgebot ergaben.³⁴ Einer genauen Zuteilung der Elemente des bisherigen Abwägungsvorgangs für das neue Verfahren versagt sich das Gericht freilich.³⁵ Wie auch in der Literatur reicht das Spektrum der Meinungen in der Rechtsprechung insoweit von einer althergebrachten, traditionellen Prüfung³⁶ bis hin zu einer eigenständigen, neuen Zuordnung³⁷.

2. Analyse des Zusammenspiels der Normen

Eine Orientierung in dem unübersichtlichen »Dschungel« der unterschiedlichen Lösungsansätze verlangt eine saubere Analyse des Zusammenspiels der Regelungen des § 1 VII sowie § 2 III BauGB und ihrer jeweiligen Fehlerfolgen (§ 214 I 1 Nr. 1 und § 214 III 2 BauGB), die sich von den Ergebnissen vorgefundener Positionen löst.³⁸

Flagrant und nicht Streitbefangen ist dabei der Ausgangspunkt: Das Gebot des Ermittels 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 Gesetzgebers³⁹ 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.d. § 2 III BauGB genau meint, ist schon schwieriger zu bestimmen - freilich 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 Entscheidungsgegenstandes. Damit übereinstimmend

³³ BVerwG, NVwZ 2008, 899 (901) unter Verweis auf die BT-Drs.15/2250, 42.

³⁴ BVerwG NVwZ 2008, 899 ff.

³⁵ Vgl. BVerwG, ZfBR 2008, 489 (491); der »gemeinsame« Verweis auf § 2 III und § 1 VII BauGB in BVerwG, NVwZ 2010, 1430 im Zusammenhang mit einer Entscheidung zum Raumordnungsrecht zeigt die Fortführung dieser Tendenz, keine klare und eindeutige Abgrenzung höchstrichterlich in absehbarer Zeit vorzunehmen.

³⁶ Vgl. jüngst HessVGH, NVwZ-RR 2011, 139, das unter Verweis auf die st. Rspr. des BVerwG zur Abwägungsfehlerlehre auf eine Unterscheidung von verfahrensrechtlich relevanten Fehlern im Abwägungsvorgang und materiell-rechtlich beachtlichen Fehlern im Abwägungsergebnis verzichtet.

³⁷ Vgl. dazu den »Versuch«, zu trennen bei OVG RP, Ur. v. 20.1.2011, 1 C 11082/09.OVG, 1 C 11082/09; die Prüfung der Abwägungsdisproportionalität - wie ein Teil der Literatur - unter § 1 VII BauGB fassend OVG NRW, Ur. v. 22.11.2010 - 7 D 1/09.NE, 7 D 1/09.

³⁸ Für eine Betrachtung im Zusammenspiel mit den Fehlerfolgen auch Uechtritz (o. Fußn. 30), § 2 Rdnr. 58.

bezeichnet der Begriff auch in § 2 III BauGB das verfahrensrechtlich richtige und lückenlose Zusammenstellen aller für die Abwägung relevanten Belange.⁴⁰ Der Begriff des »Bewertens« geht noch etwas weiter und ist noch offener als derjenige des »Ermittelns«. Nach seinem natürlichen Wortsinn beschreibt »Bewerten« ein allgemeines Einschätzen nach Wert und Bedeutung.⁴¹ 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 untereinander einzuordnen. Er bringt damit zum Ausdruck, dass das abwägungserhebliche Material nicht nur aufbereitet (»ermittelt«), sondern auch ausgewertet werden muss.⁴² Diese Auslegung im Sinne einer verfahrensrechtlichen »Einordnungsfunktion« von § 2 III BauGB entspricht auch dem Verständnis von »Bewerten«, wie es der unionsrechtlichen Richtlinie zu Grunde liegt. Aus dem Wortlautvergleich mit der englischen und französischen Fassung (»evaluer/evaluate«) geht hervor, dass die Richtlinie mit »bewerten« auf ein »einschätzen/urteilen« zielt, aber eben nicht im messbaren Sinn wie bei »value« oder mit finalem Zusammenhang 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.⁴³ Im Vorgang des Ermitteln 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. 1.-3. 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 Ermitteln und Bewertens

³⁹ BT-Dr. 15/2250, S. 42.

⁴⁰ Vgl. auch *Hoppe* (o. Fußn. 28), 903 (907).

⁴¹ Vgl. *Brockhaus*, 3. Band, 19. Aufl. (1990), S. 253; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch 8. Aufl. (2010), S. 268.

⁴² *Labrenz* (o. Fußn. 43), 78.

⁴³ Anschaulich hierzu *Labrenz*, DV 2010, 63 (72).

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.⁴⁴ Die vorrangig verfahrensrechtlichen Elemente des Ermitteln und Bewertens erhalten als Teile des äußeren Ablaufs der Planaufstellung damit ein besonderes Gewicht und eine klare prozedurale Struktur.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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 mit einem neuen Suchverfahren über das bisher geltende Recht hinausgeschossen werden.⁴⁷ Deutlich wird das an der Fehlerfolgenregelung des § 214 III 2 Hs. 1: Verstöße gegen das verfahrensrechtliche Gebot des Ermitteln und Bewertens i.S.d. § 2 III BauGB dürfen nicht mehr als (materiell-rechtliche) Fehler der Abwägung (i.S.d. § 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 Bundesrates wurde § 214 III 2 Hs. 2 BauGB hinzugefügt, wonach es weiterhin Fehler im Abwägungsvorgang geben kann, die im Rahmen der materiellen Prüfung relevant werden können.⁴⁸ Diese (oben bereits erwähnte) »Angstklausel«⁴⁹ 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

⁴⁴ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 27.

⁴⁵ Vgl. auch Labrenz (o. Fußn. 43), 68.

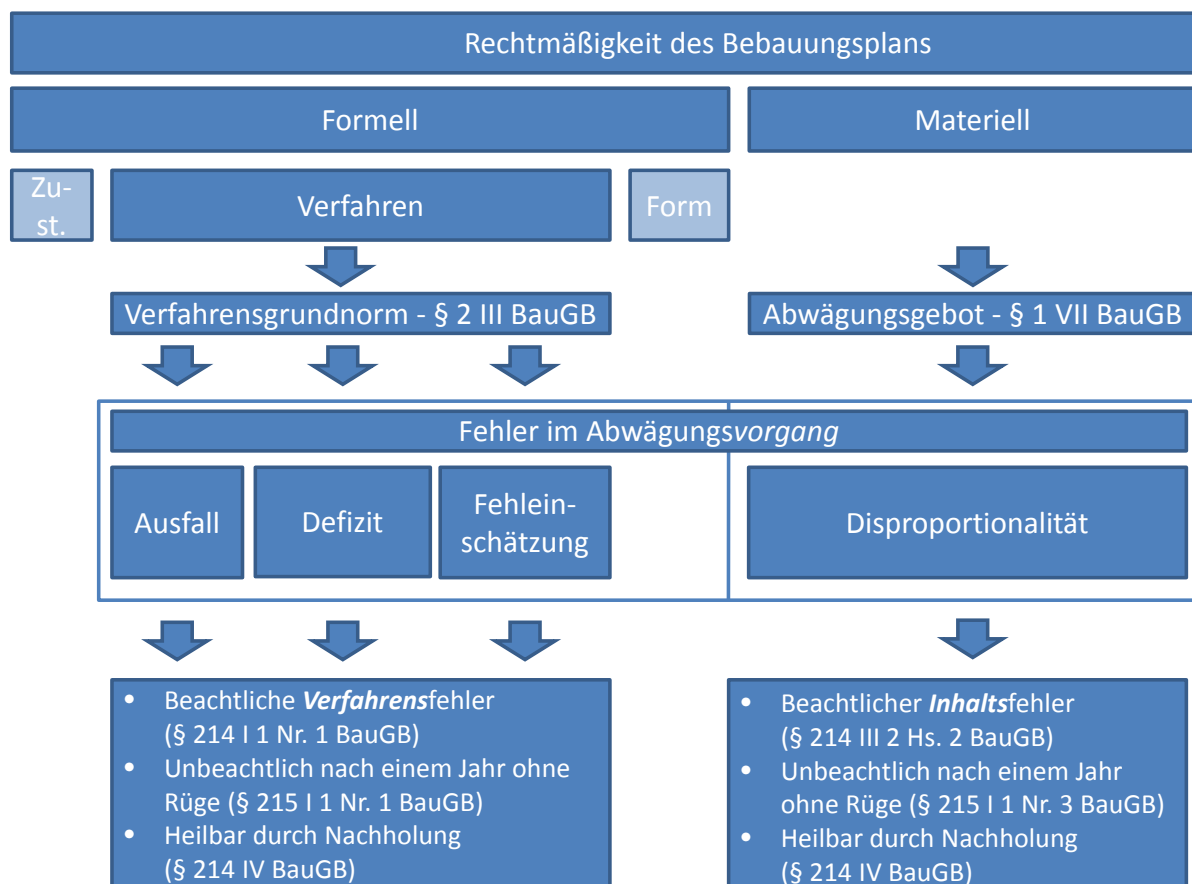
⁴⁶ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 42.

⁴⁷ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 42.

⁴⁸ Vgl. BT-Dr. 15/2250, S. 87.

⁴⁹ Statt vieler: vgl. Battis in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, Stand: 1. Juni 2010, § 214 Rdnr. 20.

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.d. § 2 III BauGB und ist von der neuen verfahrensrechtlichen Zuordnung der übrigen Fehler des Abwägungsvorgangs nicht erfasst.



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 bleiben, soweit sie sich als Fehler des Abwägungsvorgangs darstellen, inhaltlich von ihrer Bedeutung her unangetastet, sind jedoch von nun an im Verfahren (§ 2 III BauGB) zu prüfen. Die Fehler können an sich unverändert auf das Abwägungsergeb-

nis durchschlagen und sind dann materiell-rechtlich relevant⁵⁰, können aber nicht mehr als materiell-rechtliche Fehler, sondern nur als Fehler des *Abwägungsverfahrens* geltend gemacht werden (§ 241 III 2 Hs. 1 BauGB). Die Abwägungsdisproportionalität bleibt hingegen, nicht zuletzt auch wegen § 214 III 2 Hs. 2 BauGB, dem Abwägungsgebot »erhalten« und ist ausschließlich dem Abwägungsgebot des § 1 VII BauGB zuzuordnen.

3. Vereinbarkeit mit dem deutschen Verfassungsrecht

Die Umstufung (bislang als materiell-rechtlich eingestuft Fehler) ist durchaus kritikwürdig,⁵¹ aber als Entscheidung des Gesetzgebers grundsätzlich zu respektieren. Das gilt jedenfalls solange, wie 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 GG und Art. 19 IV GG sowie dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 III GG) schon seiner Natur nach ausschließlich materiell-rechtlich ausgerichtet sein könne.⁵² 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.⁵³ Das BVerwG scheint diesem Ansatz *prima facie* ein starker Bundesgenosse: Es hat das Abwägungsgebot immerhin unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet.⁵⁴

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 sol-

⁵⁰ Vgl. *Labrenz* (o. Fußn. 43), 78.

⁵¹ Vgl. dazu etwa *Erbguth*, DVBl. 2004, 802 (807).

⁵² *Pieper* (o. Fußn. 17), 817 (819) m.w.N.

⁵³ *Erbguth*, (o. Fußn. 4), 285.

⁵⁴ Vgl. zur unterschiedlichen »Herleitung« des Abwägungsgebots durch das *BVerwG* (über Art. 20 III GG) und das *BVerfG* (über eine verfassungskonforme Auslegung der jeweiligen Normen am Maßstab der Artt. 14, 3 GG) zusammenfassend mit einschlägiger Rspr: *Bernhardt* (o. Fußn. 26), 166 f.

cher.⁵⁵ Entscheidend ist die Wahrung des verfassungsrechtlichen Kerns des Abwägungsgebotes.

Das zutreffende und vollständige Ermitteln des Sachverhalts ist zwar ein Eckpfeiler des Abwägungsgebotes. Rechtsstaatlichkeit gebietet jedoch nicht notwendig eine materiell-rechtliche Aufladung bzw. Einstufung des Abwägungsvorgangs. Maßgeblich ist alleine, 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 Abwägungsdisproportionalität, das wegen des ihr eigenen Gehalts als Angemessenheitsprüfung als verfassungsrechtlicher Kernbestand zu qualifizieren ist,⁵⁶ bleibt durch das EAG Bau unangetastet, namentlich weiterhin unverändert im Abwägungsgebot verankert (vgl. dazu oben I.2., S. 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.⁵⁷ 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*-Beschluss⁵⁸ des Bundesverfassungsgerichts 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«⁵⁹. In dieser Form beeinflusst das Grundrecht des Art. 14 I GG die Anwendung der Vorschriften namentlich über den neuen Verfahrensgang in § 2 III BauGB: Während der Ermittlung und Bewertung der Ergebnisse sind stets eigentumsrelevante Belange 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

⁵⁵ BVerwGE 45, 309 (315).

⁵⁶ Vgl. *Wickel/Bieback*, DV 2006, 571 (583).

⁵⁷ A.A. *Erbguth* (o. Fußn. 4), 284 ff.

⁵⁸ BVerfGE 53, 30 ff.

⁵⁹ BVerfGE 53, 30 (65).

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.

C. Fazit

Unbeschadet 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 werden von nun an nicht mehr im Abwägungsvorgang beleuchtet, sondern sind dem Verfahren gem. § 2 III BauGB zuzuordnen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dagegen entgegen teilweise geäußerten Bedenken im Ergebnis 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.⁶⁰ 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, von einer nicht unbedeutenden teilweisen Verlagerung des Prüfungsortes und einer damit verbundenen Betonung des Verfahrensgedankens abgesehen, 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.

⁶⁰ *Dirnberger*, in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB-Kommentar, 5. Aufl. (2007), § 1 Rdnr. 74.