

Recht als Prozess und Gefüge

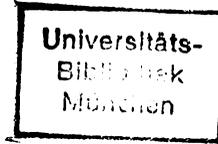
Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag

?

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern



1981



Handwritten signature or mark

© Verlag Stämpfli & Cie AG Bern – 1981

Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-9204-0

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	IX
JÖRG PAUL MÜLLER, Dr. iur., Professor an der Universität Bern Hans Huber: Der Mensch im Recht	1
 I. Grundfragen des Rechts und der Gesetzgebung	
PETER BADURA, Dr. iur., Professor an der Universität München Planung durch Gesetz	15
KARL AUGUST BETTERMANN, Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Hamburg Über die Rechtswidrigkeit von Staatsakten	25
JEAN DARBELLAY, D ^r iur., D ^r phil., Professeur à l'Université de Fribourg Droit et contrainte	51
THOMAS FLEINER-GERSTER, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg i. Ue. Gesetz und Gesetzgebung in der direkten Demokratie	61
MAX KUMMER, Dr. iur., Professor an der Universität Bern Von den Grenzen des rechtlich Organisierbaren	71
(Glossen eines Privatrechtlers)	
HANS MERZ, Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bern «Der Kampf um's Recht»	81
100 Jahre nach Jhering	
CHARLES A. MORAND, D ^r iur., Professeur à l'Université de Genève L'action du droit. Prolégomènes pour une étude de la mise en œuvre des lois	93
GEORG MÜLLER, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle	109
ULRICH SCHEUNER, Dr. iur., em. Professor an der Universität Bonn Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat	127
REINHOLD ZIPPELIUS, Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen Rechtsgewinnung durch experimentierendes Denken	143

II. Verfassungslehre, Verfassungsrecht

KURT EICHENBERGER, Dr. iur., Professor an der Universität Basel	
Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung	155
ETIENNE GRISEL, Dr. iur., Professeur à l'Université de Lausanne	
L'initiative populaire «contre la vie chère et l'inflation» et le principe de l'unité de la matière en droit fédéral	171
FRITZ GYGI, Dr. iur., Professor an der Universität Bern	
Freie und beschränkte Prüfung im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren	191
PETER HÄBERLE, Dr. iur., Professor an der Universität Augsburg	
Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele	211
ULRICH HÄFELIN, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich	
Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen	241
KONRAD HESSE, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg i. Br., Bundesverfassungsrichter	
Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit	261
ERNST HÖHN, Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen	
Verfassungsrechtsprechung durch kantonale Verwaltungsgerichte	273
FRITZ OSSENBÜHL, Dr. iur., Professor an der Universität Bonn	
Richterliches Prüfungsrecht und Rechtsverordnungen	283
PETER SALADIN, Dr. iur., Professor an der Universität Bern	
Kernenergie und schweizerische Staatsordnung	297
KLAUS STERN, Dr. iur., Professor an der Universität Köln	
Föderative Besinnungen	319
KLAUS VOGEL, Dr. iur., Professor an der Universität München	
Anwendung des Völkerrechts zur Ausfüllung einer Lücke im Bundesstaatsrecht: Art. 106 Abs. 3 Nr. 1 GG	333
LUZIOUS WILDHABER, Dr. iur., LL. M., J. S. D., Professor an der Universität Basel	
Ederswiler und Vellerat – zur Gebietsveränderung im Bundesstaat	343

III. Grundrechte

ERNST FRIESENHAHN, Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bonn, Bundesverfassungsrichter a. D.	
Zur neueren Entwicklung des Petitionsrechts in der Bundesrepublik Deutschland	353

YVO HANGARTNER, Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen	
Zweckbindung der Freiheitsrechte?	377
CHARLES-ANDRÉ JUNOD, D ^r iur., Professeur à l'Université de Genève	
Liberté économique et protection des consommateurs	385
AUGUSTIN MACHERET, D ^r iur., Professeur aux Universités de Fribourg et de Genève	
Droit et politique de la propriété foncière en Suisse	403
HANS NEF, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich	
Förderung und Lenkung der Wirtschaft	417
RENÉ A. RHINOW, Dr. iur., Privatdozent an der Universität Basel	
Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik	427
HUGO SIEBER, Dr. rer. pol., lic. iur., em. Professor an der Universität Bern	
Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftspolitik	447
CHRISTIAN STARCK, Dr. iur., Professor an der Universität Göttingen	
Europas Grundrechte im neuesten Gewand	467

IV. Demokratie

MARTIN LENDI, Dr. iur., Professor an der ETH Zürich	
Konsens – Fähigkeit zum Dissens	487
WILHELM A. KEWENIG, Dr. iur., Professor an der Universität Kiel	
Demokratie und Staatsverträge: Einige Bemerkungen zur Kündigungsproblematik	501
ALOIS RIKLIN, Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen	
Stimmbeteiligung in der direkten Demokratie	513

V. Völkerrecht

RUDOLF L. BINDSCHIEDLER, Dr. iur., Professor an der Universität Bern	
Obligatorische Verhandlungen und Konsultationen	533
CHRISTIAN DOMINICÉ, D ^r iur., Professeur à l'Université de Genève, Directeur de l'Institut universitaire de hautes études internationales	
Représailles et droit diplomatique	541
JOCHEN ABR. FROWEIN, Dr. iur., Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Professor an der Universität Heidelberg, Mitglied der Europäischen Kommission für Menschenrechte	
Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention	553

WALTER HALLER, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich	
Polizeigesetzgebung und Europäische Menschenrechtskonvention	563
HANS HAUG, Dr. iur., Professor an der Hochschule St. Gallen	
Die Schweiz, das humanitäre Kriegsvölkerrecht und die Konventionen über Menschenrechte	577
HERMANN MOSLER, Dr. iur., Dr. h. c., Professor an der Universität Heidelberg, Richter am Internationalen Gerichtshof und am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach zwanzig Jahren	595
DIETRICH SCHINDLER, Dr. iur., Professor an der Universität Zürich	
Universelles und regionales Völkerrecht	609
HANS SCHULTZ, Dr. iur., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bern	
Habent sua fata delicta, Bemerkungen zum politischen Delikt im Auslieferungsrecht	623

VI. Verwaltungsrecht

PHILIPPE BOIS, Dr. iur., Professeur à l'Université de Neuchâtel	
L'organisation de l'administration – Du concentré à l'exentrique	635
PETER LIVER, Dr. iur. et phil., Dr. h. c., em. Professor an der Universität Bern	
Die Begehbarkeit von Fluss- und Seeufern	651
PIERRE MOOR, Dr. iur., Professeur à l'Université de Lausanne	
Le juge administratif et l'application de la loi	667
RUDOLF PROBST, Dr. iur., em. Professor an der Universität Bern	
Richtlinien der Regierungspolitik – Finanzplanung – Finanzrecht	685

Planung durch Gesetz

Von PETER BADURA, München

1. Die vernunftrechtliche Verfassungsbewegung des bürgerlichen Zeitalters hat die Gesetzgebung zur bestimmenden und vornehmsten Staatstätigkeit¹ erhoben. Gerechtigkeit und Freiheit, wenngleich durch ihre vorstaatliche Begründung den positiven Rechtszustand immer transzendierend, werden dem Gesetz, der verfassungsgebundenen parlamentarischen Entscheidung anvertraut. Das Gesetz ist der Eckstein des neuen Staatsrechts, und das wesentliche Merkmal des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs ist es, dass das Gesetz als Akt des die Gesellschaft repräsentierenden Parlaments, d.h. der Gesellschaft selbst, der einzige erlaubte Weg ist, auf dem der Staat Freiheit und Eigentum der Gesellschaftsglieder inhaltlich bestimmen und begrenzen darf. Durch die so parlamentarisch vermittelte Legitimität des Gesetzes und die rechtliche Verfasstheit aller Staatsgewalt und damit auch der ihre Herrschaft in der Gesetzgebung ausübenden Mehrheit sollte der «vernünftige» Inhalt des gesetzten Rechts gewährleistet sein. Dieselbe vernunftrechtliche Verfassungsbewegung aber, die im Gesetz das Zusammentreffen von Idealität und Wirklichkeit des Rechts gesichert sah, schuf sich im Gesetz das Werkzeug vernunftgeleiteter Rechtsetzung und Rechtsänderung, aus jenem Vertrauen der Vernunft zu sich selbst, das auch die moderne Technik, Industrie und Wirtschaft hervorbrachte². Die durch das Prinzip der Gewaltenteilung von der Exekutive getrennte und so zur Gesetzgebung werdende Rechtsetzung war der revolutionäre Hebel, durch den eine rationale und allgemeine Rechtsordnung mit den Rechtsinstituten des Eigentums, des Vertrages und der Gewerbefreiheit an die Stelle des geschichtlich gewachsenen und vielgestaltigen Rechts der Feudal- und Ständezeit gesetzt werden konnte. Die Instrumentalität des Gesetzes und damit die Vorstellung der Verfügbarkeit des Rechts sind zwar erst im demokratischen Massenzeitalter mit seinen sozialstaatlich entgrenzten Staatsaufgaben beherrschende Erscheinungen geworden³, aber das dem zugrunde liegende Prinzip war schon mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff auf den Plan getreten. Der «Überanstrengung des Rechts» durch macht- und ideologiebestimmten Einsatz der politischen Funktion des Gesetzes und durch verwaltungsstaatliche Bürokratisierung

¹ H. HUBER, Betrachtungen über die Gesamtsituation des Rechts (1970), in: ders., Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, 1971, S. 11/19.

² H. HUBER, Das Recht im technischen Zeitalter (1960), in: ders., a. a. O., S. 57/60.

³ H. HUBER, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates (1953), in: ders., a. a. O., S. 27/43, 47f.

und Technisierung des Gesetzes⁴ muss die Einsicht entgegengehalten werden, dass die durch die heutigen Staatsaufgaben erzwungene Instrumentalität des Gesetzes nicht zugleich zu einer Verfügbarkeit des Rechts führen darf.

Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung, vor allem an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die grundrechtlichen Freiheiten und Garantien, hat im Sozialstaat der parlamentarischen Demokratie die Gewährleistung von Gerechtigkeit und Freiheit übernommen, die früher, im konstitutionellen Staatsrecht, zuerst vom rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff erwartet wurde. Damit hat auch eine Unterscheidung an Gewicht verloren, die in theoretischer Hypostasierung aus dem Gewaltenteilungsprinzip abgeleitet wurde, nämlich die scharfe Scheidung des in der Sache und in der Zeit «allgemeinen» Gesetzes vom situationsabhängigen und konkreten «Befehl», der «Massnahme»⁵. An dieser Veränderung hat notwendig weiter der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung teilgenommen, dessen klassischer Bezugspunkt die Unterscheidung des Gesetzes als normativer Ermächtigung für Eingriffe in Freiheit und Eigentum vom administrativen Vollzug des Gesetzes im Einzelfall war⁶.

Die sozialstaatliche Umorientierung der Staatszwecke, die den Schutz von Freiheit und Eigentum zugunsten der Gewährleistung von Wohlfahrt, sozialer Sicherheit und Arbeit aus der Mitte der Staatsaufgaben gerückt und das Gewicht von der Rechtsbewahrung zur Sozialgestaltung verschoben hat, gibt der Gesetzgebung in steigendem Masse eine instrumentale und interventionistische Funktion. Die Gesetzgebung wird «das eigentliche Mittel der rechtlichen Festlegung, der planenden Formulierung und damit der dirigierenden Durchsetzung» der politischen Zielsetzungen des modernen Staates; das Gesetz wird zum Mittel für die «demokratische Lösung wirtschaftlicher und sozialer Fragen»⁷. Das Recht wird im Zuge dieser Entwicklung mehr und mehr zu einem Recht der Plan- und Zweckgesetze, zu einem reglementierenden, technisierten, gleichzeitig spezialisierten und standardisierten Situationsrecht; das Gesetz wird immer mehr als ein Mittel gebraucht, um politische Ziele festzulegen und vorausplanend zu formulieren⁸. In diesen Be-

⁴ H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 47; ders., Recht im technischen Zeitalter, S. 73; ders., Betrachtungen, S. 21.

⁵ In dieser «Allgemeinheit» des Gesetzes hat im nachhinein CARL SCHMITT den Angelpunkt des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs gesehen (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl., 1926, S. 53 ff.; Verfassungslehre, 1928, S. 138, 142). Zu dieser Doktrin vgl. F. NEUMANN, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft (1937), in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 31; E.-W. BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für Adolf Arndt, 1969, S. 53.

⁶ H. HUBER, Recht im technischen Zeitalter, S. 64; ders., Betrachtungen, S. 21.

⁷ U. SCHEUNER, Der Bereich der Regierung, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1952, S. 253/274; ders., Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 379/381.

⁸ H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 47; ders., Betrachtungen, S. 21.

obachtungen schwingt schon eine kritische Wertung mit, die noch eindringlicher formuliert wird, wenn aus der Verwendung der Rechtsetzung für vorübergehende Planungs- und Lenkungsmassnahmen auf eine Auflösung des Gesetzesbegriffs geschlossen wird⁹. Die Kritik trifft nicht die in den Verfassungsbedingungen der rechtsstaatlichen Demokratie begründete Erscheinung einer Sozialgestaltung und Planung durch Gesetz, sondern die damit verbundene Gefahr einer Vernachlässigung zweck- und machtranzendenter Anforderungen gerechten Rechts durch Gesetze, die nur Ausdruck einer Mehrheitsherrschaft sind¹⁰ oder durch blosser Efficiency geprägt werden¹¹.

2. «Eine unruhige Gesetzesfabrikation, welche sich auch auf die wandelbarsten Erscheinungen des Lebens erstreckt, und daher das kaum Festgestellte alsbald wieder der Veränderung unterwerfen muss, wird immer dem Ansehen des Gesetzes Eintrag tun»¹². Das Streben nach Unverbrüchlichkeit und Dauerhaftigkeit des Rechts, das der Sorglosigkeit der Gesetzessprache bei der Regelung von Planungsmassnahmen ebenso widerstrebt¹³ wie der Ferne von ethischen Bewertungsnormen, wie sie den Bestimmungsnormen moderner Zweck- und Plangesetzen eigentümlich ist¹⁴, ist nicht die Widerspiegelung eines falschen Bewusstseins; dieses Streben ist kein liberales Vorurteil. Eine technokratische Gesetzesfabrikation, in der dem Spezialistentum und dem Perfektionismus freie Hand gegeben wird, missachtet die Legitimitätsbedingungen, auf die jede Rechtsordnung angewiesen bleibt. Gleichwohl fordern die Berechenbarkeit des Rechts und das Gebot der Gleichheit angesichts der von den sozialstaatlichen Aufgaben der Gesetzgebung aufgebürdeten Gestaltungs- und Umverteilungsziele den Tribut der Komplexität, der Differenziertheit und der Technizität weiter Teile des Rechts. Diese Eigenschaften bedingen zwangsläufig eine häufige Änderung des Regelwerks. Die von der neueren deutschen Verfassungsrechtsprechung unter lebhaftem Beifall der Theorie vorgenommene Erweiterung des Gesetzesvorbehalts auf alle «wesentlichen» Entscheidungen vermehrt diese Last des Gesetzgebers.

Die dem Staat auferlegte Gewährleistung der gerechten Verteilung der Lebensgüter, die vom Staat erwartete «Planung eines menschenwürdigen Daseins»¹⁵ findet im Verfassungsrecht nur wenige Massstäbe und Kriterien; sie versetzt die Gesetzgebung in eine fortdauernde Rechtfertigungsbedürftigkeit gegenüber neuen Lagen, Bedürfnissen und Interessen. Derselben Wur-

⁹ H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 43; U. SCHEUNER, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL 11, 1954, S. 54 und 71.

¹⁰ U. SCHEUNER, Die Kontrolle der Staatsmacht im demokratischen Staat, 1977, S. 33.

¹¹ H. HUBER, Recht im technischen Zeitalter, S. 73.

¹² C. FR. VON GERBER, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, § 9.

¹³ H. HUBER, Betrachtungen, S. 20.

¹⁴ H. HUBER, Niedergang des Rechts, S. 41.

¹⁵ O. KIRCHHEIMER, Der Rechtsstaat as Magic Wall, in: The Critical Spirit: Essays in Honour of Herbert Marcuse; dt. Über den Rechtsstaat, in: ders., Politische Herrschaft, 1967, S. 122/129.

zel aber entspringt die Notwendigkeit, erworbene Rechtspositionen und Vertrauenstatbestände zu schützen und eine nach Zielen, Mitteln, Ressourcen und Zeitablauf durchdachte, folgerichtig geordnete und die Folgen bedenkende, kurz eine planmässige Wirtschafts- und Sozialpolitik zu erreichen. In dieser Notwendigkeit der Gewährleistung und der Planmässigkeit wie in den sozialstaatlichen Kräften der Veränderung ist verhüllt oder sichtbar die Rechtsidee der sozialen Gerechtigkeit wirksam. Elemente der Steuerung gesellschaftlicher Prozesse verschmelzen mit Wertungen von Recht und Unrecht¹⁶. Der in den sozialstaatlichen Aufgaben begründete instrumentale Charakter des Gesetzes muss in einer auch dem Rechtsunterworfenen einsehbaren Weise den Rechtfertigungszusammenhang mit der Rechtsidee, der Gerechtigkeit, wahren. Das Gesetz darf durch seinen instrumentalen Charakter nicht zur blossen Sozialtechnik herabsinken. «Das Gesetz ist nicht nur Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen, es ist auch bleibender Ausdruck sozial-ethischer und – ihr folgend – rechtlicher Bewertung menschlicher Handlungen; es soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist¹⁷». Die sozialstaatliche Gesetzgebung, zu deren Eigenart gestaltende, programmierende und intervenierende Regelungsziele gehören, wird in der Verfassungspraxis an diesen anspruchsvollen Prämissen mit Hilfe der Staatszielbestimmungen und der Grundrechte ausgerichtet. Damit kann groben Missgriffen gewehrt werden, doch wäre es eine Überanstrengung der Verfassung, von ihrem Inhalt und ihrer «Verwirklichung» zu erhoffen, sie könne im Wege juristischer und richterlicher Praktizierung eine hinreichende Garantie der Gerechtigkeit oder auch nur der Qualität des Gesetzesrechts schaffen. Was möglich ist und nicht unterschätzt werden darf, ist ein verfassungsrechtlicher Mindeststandard der Gesetzgebung. Die klassische «Allgemeinheit» des Gesetzes fällt nicht unter diesen Mindeststandard. Daraus, dass ein Gesetz sich nicht auf eine im Einzelfall erst zu vollziehende oder anzuwendende Ordnungsregelung beschränkt und so der «Allgemeinheit» entbehrt, kann ein verfassungsrechtlicher Einwand gegen dieses Gesetz nicht hergeleitet werden. «Der Begriff des Massnahmegesetzes ist verfassungsrechtlich irrelevant¹⁸».

Während die Frage einer verfassungsrechtlichen Erheblichkeit von Massnahmegesetzen seit dem Streit um das Investitionshilfegesetz vom 7. Januar 1952 (BGBl. I S. 7), geändert durch Gesetze vom 22. August 1952 (BGBl. I S. 585) und vom 30. März 1953 (BGBl. I S. 107)¹⁹, eine weitver-

¹⁶ W. MÖSSLE, Regierungsfunktionen des Parlaments, Habilitationsschrift, Manuskript 1979, S. 376 ff.

¹⁷ BVerfGE 39, 1/59. Dazu K. STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 651.

¹⁸ BVerfGE 25, 371 – lex Rheinstahl.

¹⁹ BVerfGE 4, 7.

zweigte Würdigung in der Staatsrechtslehre erfahren hat, ist die Planung durch Gesetz erst in neuerer Zeit einer näheren verfassungsrechtlichen Betrachtung unterzogen worden²⁰. Auf eine weiter zurückreichende Aufmerksamkeit können die allgemeinen verfassungsrechtlichen Fragen der Planung und die Zuweisung und Aufteilung der Planungsvollmachten an Parlament und Regierung oder Verwaltung Anspruch erheben. Die Planung durch Gesetz betrifft sowohl den Fall, dass das Gesetz selbst den Plan festlegt («Plan-Gesetz»), als auch den – weitaus häufigeren – Fall, dass das Gesetz der Exekutive Auftrag und Befugnis für Planungsentscheidungen durch Rechtsverordnungen, Verwaltungsakte oder sonstige Verwaltungsregelungen oder Regierungsakte zuweist («Planungs-Gesetz»). Das Gesetz erweist sich hier nicht allein als Ermächtigung und Begrenzung der Verwaltungstätigkeit, sondern als Begründung und Leitlinie einer Verwaltungsaufgabe²¹. Die planende oder eine private Planung beaufsichtigende Verwaltung «vollzieht» das Gesetz durch die Ausübung einer an das Gesetz und an rechtsstaatliche Grundsätze des Planungsrechts gebundene planerischen Gestaltungsfreiheit.

3. Planung und Pläne begegnen in höchst vielfältiger Weise als Gegenstand der Gesetzgebung. Durch Planung soll zukünftiges Verhalten vorwegnehmend beeinflusst oder festgelegt werden. «Planmässigkeit» verspricht Geordnetheit, Rationalität, Berechenbarkeit. Der im vollen Sinne als *modus operandi* entwickelte Plan ist ein zeitbestimmtes Ablaufprogramm für die Erledigung einer bestimmten Aufgabe oder die Erreichung eines bestimmten Zieles. Für eine juristische Betrachtung lassen sich hauptsächlich folgende Gesichtspunkte als erheblich herauschälen: die rechtliche Grundlage und das Ausmass der rechtlichen Gebundenheit einer Planungsentscheidung; die Zuständigkeit und das Verfahren bei Planungen; die Kriterien für die Ermittlung und Bewertung der für die Planungsentscheidung erheblichen Umstände, Daten und Verlaufserwartungen, einschliesslich der Kriterien für die Gültigkeit von Prognosen; Art und Mass der Verbindlichkeit einer Planungsentscheidung, einschliesslich der Fragen, für welchen Adressatenkreis die Entscheidung verbindlich ist und ob und für wen aus der Entscheidung Rechte hervorgehen; die Möglichkeit und die Notwendigkeit einer Änderung von Planungsentscheidungen; die Justitiabilität von Planungsentscheidungen. Soweit durch eine Planungsentscheidung Rechte und Pflichten begründet werden, hat die zuverlässige Ermittlung der rechtlichen Betroffenheit Dritter eine zentrale Bedeutung für das Verfahren und für die materiell-

²⁰ K. HUBER, Massnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963, S. 83 ff.; R. HERZOG, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 328 ff.; F. OSSENBÜHL, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit, dargestellt am Beispiel der Entwicklungsplanung? Gutachten B zum 50. DJT, 1974; W. GRAF VITZTHUM, Parlament und Planung, 1978, S. 113 ff., 288 ff.; TH. WÜRTEMBERGER, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 185 ff.; W. MÖSSLE, S. 362 ff.

²¹ U. SCHEUNER, Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, DöV 1968, 385.

rechtlichen Entscheidungsregeln. Die bei allen Planungen mehr oder weniger ins Gewicht fallende Ungewissheit zukünftiger Einflussgrößen und Verläufe führt zu dem charakteristischen Spannungsverhältnis zwischen der Zweckmässigkeit oder auch Notwendigkeit «elastischer» oder «flexibler», «offener» oder wenigstens hinreichend korrigierbarer Planungsregelungen²² und den Erfordernissen der Berechenbarkeit und Verlässlichkeit einmal getroffener Entscheidungen bis hin zu der Respektierung individueller Vertrauenstatbestände. Die grosse Unterschiedlichkeit in den Planungen und Plänen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes, durch Regierungsakte und durch vorbereitende oder verbindliche Verwaltungsentscheidungen und weiter die Vielgestaltigkeit der Rechtsformen erlauben der juristischen Beurteilung und Systematisierung nur wenige Verallgemeinerungen. Soweit es sich um Planung und Pläne als Gegenstand der Gesetzgebung handelt, lassen sich drei Hauptfelder angeben, die überdies zum Teil Überschneidungen aufweisen: die planmässige Durchführung von Staatsaufgaben, bes. von Verwaltungsaufgaben, z.B. die Finanzplanung oder der Strassenbau; die Festlegung der Plangebundenheit privater oder sonstiger nichtstaatlicher Rechtsausübung, z.B. die Bauleitplanung; die Ordnung und Kontrolle der Pläne für konkrete Vorhaben, z.B. die Fachplanungen durch Planfeststellung. Einige Beispiele mögen der Anschaulichkeit dienen.

Die mehrjährige Finanzplanung beruht auf gesetzlichen Vorschriften, durch die für Bund und Länder gemeinsam geltende Grundsätze aufgestellt sind (Art. 109 Abs. 3 GG; §§ 9, 10, 14 StabG, §§ 50 ff. HGrG)²³. Der von Jahr zu Jahr im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Vorlage des Haushaltsplans «gleitend» aufgestellte Finanzplan ist ein Regierungsakt mit Prognosen und Programmen für Ausgaben der öffentlichen Hand und damit mittelbar für die Erledigung der Staatsaufgaben. Die konjunkturpolitische Richtlinie, dass den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen sei (Art. 109 Abs. 2 GG; § 1 StabG), gibt der dem Finanzplan zugrunde liegenden politischen Planung rechtlich einen weitgespannten Rahmen. Eine verfahrensrechtlich und materiellrechtlich dichtere Bindung besteht bei der auf Bundesgesetzen beruhenden gemeinsamen Rahmenplanung für Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a GG). Das Gesetz soll «allgemeine Grundsätze» für die Erfüllung der Gemeinschaftsaufgaben enthalten (Art. 91 a Abs. 2 Satz 2 GG)²⁴.

Plangesetzgebung sind die Vorschriften über die Rentendynamik und deren Finanzierung (§§ 1255, 1272 RVO). Durch Gesetz ist hier die Grundregelung über die lohnbezogene dynamische Rente getroffen und durch Gesetz

²² TH. WÜRTEMBERGER, S. 200 ff.; W. MÖSSLE, S. 421 ff.

²³ W. GRAF VITZTHUM, S. 164 ff.

²⁴ Siehe hierzu z. B. die §§ 1 und 2 des Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe «Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur» vom 6.10.1969 (BGBl. I S. 1861), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.12.1971 (BGBl. I S. 2140).

erfolgt die jeweilige Anpassung der Renten²⁵. Die Abhängigkeit der Rentenanpassung von der Wirtschafts- und Lohnentwicklung erlaubt keine fixe Planbindung für die Höhe und den Zeitpunkt der jeweiligen Anpassung. Dementsprechend lässt sich dem Verfassungsrecht kein Vertrauensschutz in dieser Richtung abgewinnen²⁶. Dennoch schliesst die geplante Rentendynamik eine teilhaberechtliche Garantie sozialstaatlicher Provenienz für eine planhafte Folgerichtigkeit der Rentenanpassung ein, der die «Risikoabsicherungsklausel» des Art. 1 § 16 des 21. Rentenanpassungsgesetzes Ausdruck gibt²⁷.

Plancharakter haben zeitlich bestimmte Förderungsgesetze für einzelne Wirtschaftszweige oder Wirtschaftstätigkeiten. Derartige Gesetze können einen Vertrauenstatbestand begründen, der nach den Grundsätzen über die unechte Rückwirkung von Gesetzen Schutz genießt²⁸. Die zeitbestimmte Planmässigkeit eines Förderungsprogramms schafft ein zusätzliches Merkmal für eine mögliche vertrauensbegründende Zusage, entgegen dem Grundsatz, dass ein Anspruch auf eine Fortgewährung einer einmal zugesprochenen Subvention nicht besteht²⁹.

Sehr eingehend und detailliert sind die gesetzlichen Regelungen über die raumbezogene Planung, insbes. soweit die private Nutzung oder Nutzbarkeit von Grundstücken verbindlich bestimmt und soweit Rechte Dritter durch ein Vorhaben betroffen werden. Die Bau- und Raumnutzungsplanung, ein Kernstück des modernen Verwaltungsrechts, hat zahlreiche neuartige Rechtsinstitute hervorgebracht und das Grundeigentum weithin unter «Planvorbehalt» gestellt³⁰. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, bes. die Entscheidungspraxis des IV. Senats des Bundesverwaltungsgerichts, hat jedoch im Wege richterrechtlicher Rechtsbildung rechtsstaatliche Grundlinien eines Rechts der raumbezogenen Planung entwickelt³¹. Im

²⁵ Das Anpassungsgesetz kann auch zeitweilige Durchbrechungen des Grundkonzepts bestimmen, wie das 21. Rentenanpassungsgesetz vom 25. 7. 1978 (BGBl. I S. 1089) zeigt, das einen Programmbestandteil für die angestrebte «Konsolidierung» der Rentenversicherung darstellt. Vgl. Sozialbericht 1980, BTag Drucks. 8/4327, S. 20 f.

²⁶ BVerfGE 36, 73.

²⁷ P. BADURA, Eigentumsordnung, in: Festschrift für das Bundessozialgericht, 1979, S. 673/693 f.; ders., Sozialstaatlichkeit und Sozialrecht, SGB 1980, 1/5.

²⁸ BVerfGE 30, 392 betr. die Berlinhilfegesetzgebung. Vgl. auch W. GRAF VITZTHUM, S. 290.

²⁹ A. BLECKMANN, Subventionsrecht, 1978, S. 84 f.

³⁰ H. HUBER, Recht im technischen Zeitalter, S. 64; R. BREUER, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976; P. BADURA, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 176, 1976, S. 119.

³¹ W. HOPPE, Bauleitplanung und Eigentumsgarantie, DVBl. 1964, 165; ders., Zur Struktur von Normen des Planungsrechts, DVBl. 1974, 641; ders., Die «Zusammenstellung des Abwägungsmaterials» und die «Einstellung der Belange» in die Abwägung «nach Lage der Dinge» bei der Planung, DVBl. 1977, 136; H.-J. PAPIER, Die rechtlichen Grenzen der Bauleitplanung, DVBl. 1975, 461; ders., Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, NJW 1977, 1714; G. KORBMACHER, Strassenplanung und verwaltungsgerichtliche Planungskontrolle unter der Geltung des BImSchG und des 2. FernStrÄndG, DÖV

Recht der Raumordnung und Landesplanung, im Fachplanungsrecht und im Städtebaurecht legt das Gesetz Planungsermächtigung, Planungsaufgabe und Planungsleitsätze fest und gibt so der planenden Verwaltung eine je spezifisch umrissene Grundlage für die durch das rechtsstaatliche Abwägungsgebot gebundene Ausübung planerischer Gestaltungsfreiheit in Form insbesondere von Zielen der Raumordnung und Landesplanung, von Planfeststellungsbeschlüssen und von kommunalen Bauleitplänen³².

Das auffälligste Beispiel für Plangesetze ist die seit 1957 durch Bundesgesetze aufgestellte und fortgeführte Ausbauplanung für die Bundesfernstrassen, zuletzt durch das Gesetz über den Ausbau der Bundesfernstrassen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 8. 1980 (BGBl. I S. 1615). Der eine Anlage des Gesetzes bildende Bedarfsplan wird nur in dem Umfang durchgeführt, in dem Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt werden, und hängt in seiner Realisierung weiter davon ab, ob die Detailplanung jedes einzelnen Vorhabens nach den strassenrechtlichen Vorschriften – Bestimmung der Linienführung nach § 16 FStrG, Planfeststellung nach §§ 17 ff. FStrG – die Durchführbarkeit ergibt. Das Gesetz gibt also nur einen Planungsrahmen durch Fünfjahrespläne, aus denen wieder jährliche Strassenbaupläne nach Art. 3 des Strassenbaufinanzierungsgesetzes abgeleitet werden³³.

Eine landesrechtliche Sonderplanung für ein Vorhaben raumbezogener Wirtschaftspolitik findet sich in dem hamburgischen Gesetz über die Erweiterung des Hamburger Hafens vom 30. 10. 1961 (GVBl. S. 339), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 1. 1974 (GVBl. S. 12), das mit der Ausweisung eines einem besonderen Nutzungsregime unterworfenen Hafenerweiterungsgebietes selbst einen Planungsakt darstellt und zugleich den Rahmen für Einzelplanungen der Exekutive abgibt³⁴.

4. Die rechtsstaatlichen Bindungen der Planung durch Gesetz werden hauptsächlich durch den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und durch die Grundrechte der Planungsbetroffenen bestimmt³⁵. Ist der So-

1976, 1; ders., Bauleitplanung und Fachplanung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 1978, 589; F. WEYREUTHER, Rechtliche Bindung und gerichtliche Kontrolle planender Verwaltung im Bereich des Bodenrechts, BauR 1977, 293; ders., Das Bundesbaurecht in den Jahren 1978 und 1979, DöV 1980, 389; E. SCHMIDT-ASSMANN, Grundsätze der Bauleitplanung, BauR 1978, 99; K.-P. DOLDE, Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts, NJW 1980, 1657.

³² Es fällt in die politische Gestaltungsfreiheit des (Landesplanungs-)Gesetzgebers, ob bestimmt wird, dass die Landesentwicklungsplanung nur durch Gesetz oder aber durch Beschluss oder Rechtsverordnung der Landesregierung erfolgt; dazu R. WAHL, Rechtsfragen der Landesplanung und Landesentwicklung, 1978, I. Bd., S. 223 ff.; TH. WÜRTEMBERGER, S. 193 ff.

³³ Gesetzentwurf der BReg, BTag Drucks. 8/3662, S. 1, 6, 12; Beschlussempfehlung und Bericht des federführenden Ausschusses, BTag Drucks. 8/4148 (neu), S. 1, 7; Strassenbaubericht 1979, BTag Drucks. 8/4129, S. 5. Siehe K. HUBER, S. 88; K. KODAL, Strassenrecht, 3. Aufl., 1978, S. 658 ff.; W. GRAF VITZTHUM, S. 114 ff.

³⁴ Dazu LG Hamburg, DVBl. 1979, 321; BGH, Urteil vom 8. 3. 1979, III ZR 7/78.

³⁵ U. SCHEUNER, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. II, S. 229/249; F. OSSENBÜHL, B 80 ff. und B 150 ff.; R. MAN-

zialstaat auch notwendig ein Verwaltungsstaat, so führen doch die Hauptlinien des demokratischen Verfassungsstaates auf die zentrale Rolle des Gesetzes zurück. Auf der Leistungsfähigkeit des Gesetzgebers und damit des parteienstaatlichen Parlamentarismus basiert die sozialstaatliche Garantie gerechter Teilhabe ebenso wie die rechtsstaatliche Garantie der gesetzmässigen Freiheit. Hoheitliche Planung, die private Rechte gestaltet oder beeinträchtigt, bedarf, soweit sie nicht durch das Gesetz selbst erfolgt, der gesetzlichen Grundlage und der gesetzlich bestimmten, hinreichenden rechtlichen Bindung. Die gesetzliche Fundierung und Bindung hoheitlicher Planungsentscheidungen ist ein rechtsstaatlicher Planungsgrundsatz.

Ein Gesetz, das zu eigentumsgestaltenden oder sonst private Rechte berührenden Planungsakten ermächtigt, muss einer definierten Planungsaufgabe dienen und Leitgrundsätze für die Ausübung der planerischen Gestaltungsfreiheit festlegen oder erkennen lassen. Der Planungsakt ist ausserdem dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot unterworfen. Eine rechtsstaatliche Anforderung an das die Planung regelnde Gesetz ist es, den Bereich der planerischen Gestaltungsfreiheit der Exekutive auf das für die Planungsaufgabe Unumgängliche zu beschränken, die Planungsaufgabe so bestimmt wie möglich zu definieren und die Richtlinien für die Ausübung des Planungsermessens so genau und ausführlich wie möglich zu fassen. Diese Bestimmtheitsanforderungen sind wegen der verfassungsrechtlichen Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) auch zur Sicherung einer hinlänglichen Justitiabilität («Kontrolldichte») angezeigt. Eine Planung, die Rechte gestaltet oder beeinträchtigt, muss in sachlicher und zeitlicher Hinsicht erforderlich und verhältnismässig sein. Sie bedarf einer hinreichenden «Planungsrechtfertigung», gemessen an der Art und dem Gewicht der konkreten Erfüllung der Planungsaufgabe und an der Art und dem Mass der bewirkten Rechtsbeeinträchtigungen. Erforderlich ist die geplante Massnahme nicht erst bei Unausweichlichkeit, sondern wenn sie vernünftigerweise geboten ist³⁶.

Dies vorausgesetzt, wird bei gesetzlichen Planungsregelungen zu bedenken sein, dass der Verwaltung die Möglichkeit gegeben werden muss, eine sachgerechte Planung durchzuführen³⁷. Zu den Kriterien einer sachgerechten Planung, die der planende oder die Exekutive zu Planungsentscheidungen ermächtigende Gesetzgeber zu berücksichtigen und die die planende Exekutive zu beachten hat, gehören die Gültigkeit der mit der Planung verbundenen Prognosen, das Gebot, die von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen, und der «Grundsatz der Problembewältigung». Diese Kriterien der

NER, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Planfeststellungsverfahrens, Diss. München 1976, bes. S. 94 ff.; W. GRAF VITZTHUM, S. 288 ff.

³⁶ BVerwGE 56, 110/118 f.

³⁷ BVerfGE 24, 367/408.

Sachgerechtigkeit von Planungsentscheidungen binden die das Gesetz vollziehende Verwaltung strenger als den in politischer Gestaltungsfreiheit handelnden Gesetzgeber. Sie finden auch in der durchweg grösseren Konkretheit der administrativen Planungsaufgaben von vornherein einen greifbareren Ansatzpunkt.

Nach dem recht abstrakt klingenden Grundsatz der «Problembewältigung» sind in die Planung in umfassender Weise schlechthin alle planerischen Gesichtspunkte einzubeziehen, die zur möglichst optimalen Verwirklichung der gesetzlich vorgegebenen Planungsaufgabe, aber ebenso auch zur Bewältigung der von dem Planungsvorhaben in seiner räumlichen Umgebung erst aufgeworfenen Probleme von Bedeutung sind³⁸. Ein derartiger Grundsatz kann Fassbarkeit nur angesichts eines konkreten, speziell eines raumbezogenen Vorhabens oder räumlichen Planungsbereichs gewinnen. Für den Gesetzgeber dagegen geht er im Gebot willkürfreier Sachgerechtigkeit (Art.3 Abs.1 GG) und in den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit, bezogen auf bestimmte Grundrechte, auf.

Für die Gültigkeit von Prognosen kann der Gesetzgeber nicht ein höheres Mass an Sorglosigkeit beanspruchen als die Verwaltung³⁹. Der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit, einschliesslich des Gebots der Geeignetheit, verlangen dem Gesetzgeber eine dem Gewicht der Rechtsbeeinträchtigung entsprechende Genauigkeit in der Einschätzung künftiger Umstände und Verläufe ab. Zu berücksichtigen ist aber, dass Planung nicht nur auf Prognosen angewiesen ist, sondern ihrerseits ein Instrument ist, zukünftige Abläufe zu steuern. In diesem Punkte ist die planende Verwaltung an ihren umschriebenen Auftrag gefesselt, ist hingegen der planende oder zu Planungen ermächtigende Gesetzgeber mit dem erheblichen Spielraum seiner politischen Gestaltungsfreiheit ausgestattet.

Im ganzen wird die Planung durch Gesetz ihre Angriffsflächen wegen politischer Instrumentalisierung und wegen verwaltungsstaatlicher Bürokratisierung der Gesetzgebung jedenfalls im Grundsatz verlieren können, wenn die sachangemessenen rechtsstaatlichen Massstäbe und Leitlinien der Planungsgesetzgebung durch das Parlament aufgenommen und durch die gerichtliche Praxis zur Geltung gebracht werden.

³⁸ BVerwGE 56, 110/116; BVerwG DÖV 1979, 672; BVerwG DÖV 1979, 908; G. KORBMACHER, Bauleitplanung und Fachplanung, S. 595.

³⁹ BVerfGE 50, 290/332 ff. (dazu H.-J. PAPIER, ZGR 1979, S. 444/449 ff.; P. BADURA, in: Festschrift für Ludwig Fröhler, 1980, S. 321/342 ff.); U. SEEZEN, Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, 429; W. HOPPE, Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, in: Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, 1976, I. Bd., S. 663; F. OSSENBÜHL, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, ebd. S. 458, bes. S. 496 ff.; R. BREUER, Legislative und administrative Prognoseentscheidungen, Staat 16, 1977, S. 21; M. NIERHAUS, Zur gerichtlichen Kontrolle von Prognoseentscheidungen der Verwaltung, DVBl. 1977, 19.