

denz zur „Verrechtlichung“ favorisiert, um der viel beklagten Normenflut entgegenzuwirken. *Ossenbühl* konkretisierte den Untersuchungsgegenstand näher, indem er das einseitige informelle Verwaltungshandeln und die informelle administrative Rechtsetzung in den Vordergrund seiner Betrachtung stellte.

Hier würden zunächst behördliche Warnungen und Empfehlungen rechtliche Probleme aufwerfen. Am Beispiel behördlicher Warnungen im Fall des Reaktorunglücks „Tschernobyl“ wurde die Problematik näher erläutert. So seien hier durch die Erklärungen der Ministerien teilweise empfindliche Schäden bei Landwirten und Einzelhändlern eingetreten. Auch Empfehlungen des Umweltbundesamtes, die sich auf bestimmte Produkte bezögen, seien in rechtlicher Hinsicht zweifelhaft. Dies einmal im Hinblick auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, wenn etwa Empfehlungen des Umweltbundesamtes für den Bürger unwiderstehlich seien oder aus Gründen innerer Überzeugung tatsächlich befolgt würden. Erleide der Produzent in diesem Falle etwa eine Absatzminderung, so müsse ein Grundrechtseingriff erwogen werden, wenn nicht bestimmte rechtsstaatliche Voraussetzungen gegeben seien. Die rechtsstaatlichen Anforderungen, welche im Falle informellen Verwaltungshandelns zu beachten seien, legte *Ossenbühl* im folgenden näher dar. Neben dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gehöre dazu vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

In einem weiteren Teil seines Vortrags setzte sich *Ossenbühl* mit dem Problem der informellen administrativen Rechtsetzung auseinander. Er stellte zunächst fest, daß zu den klassischen Rechtsquellen des parlamentsbeschlossenen Gesetzes und der Rechtsverordnungen ein gewaltiger Unterbau von verwaltungsrechtlichen Normen hinzugezogen sei. Beispielsweise enthielten die §§ 31 und 32 des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetzes Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen. Von diesen habe der Verordnungsgeber jedoch niemals Gebrauch gemacht, vielmehr erfolge hier eine „Normsetzung“ durch Empfehlungen seitens einer Kommission, die beim Bundesgesundheitsamt gebildet wurde. Verfassungsrechtliche Einwände gegen die informelle administrative Regelbildung resultierten sowohl aus dem Demokratiegebot als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes. Zum einen würden Legitimationsdefizite gerügt. Informelle administrative Rechtsetzung sei dem verfassungsrechtlichen Regelungssystem fremd. Dieses kenne als reguläre Rechtsquellen nur das förmliche parlamentsbeschlossene Gesetz und die Rechtsverordnung. Zum anderen würden Bedenken an Art. 80 GG festgemacht, der eine formalgesetzliche Ermächtigungsgrundlage fordere. *Ossenbühl* stellte zunächst fest, daß jedenfalls das Gesetz für gewisse Bereiche, etwa das technische Sicherheitsrecht, keine geeignete Regelungsform biete. Die Dynamik und Geschwindigkeit lasse eine Regelung durch Gesetz in vielen Punkten unmöglich erscheinen. Was die Rechtsverordnung anbetrifft, so konstatierte *Ossenbühl* für die Praxis eine gewisse Scheu, von der verwaltungsinternen Regelung auf die Rechtsverordnung umzuschalten. Auch die Theorie zeige sich hier eher abstinenter. Dies sei wohl darauf zurückzuführen, daß die erlassende Instanz am Ende die gleiche bleibe. Weitere mitbestimmende Gremien würden durchweg nicht in den Regelbildungsprozesse eingeschaltet. Die Schwierigkeiten, welche die dogmatische Jurisprudenz mit einem derartigen Administrativrecht hat, umriß *Ossenbühl* zum einen mit der Bindungswirkung, zum anderen mit Fragen des Regelbildungsprozesses. Eine abgestufte Bindungswirkung werde in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung mehr und mehr anerkannt. Die letzte Entscheidung in dieser Reihe bilde das Wyl-Urteil des *BVerwG* vom 19. 12. 1985¹. Mit diesem Urteil sei im Ergebnis ein originäres Administrativrecht als neue Rechtsquelle anerkannt worden. Gleichwohl gehe es zu weit, informelle administrative Rechtsetzungen schlechthin als neue Rechtsquelle einzustufen. Wesentliche rechtsstaatliche Anforderungen müßten bei der Regelerzeugung eingehalten werden. So müsse etwa ein Sachverständigenrat bestimmten Mindestanforderungen genügen, das Verfahren der Regelbildung solle einer hinreichenden Transparenz unterworfen werden und die aufgestellten Regeln müßten überdies samt ihrer Begründung allen Interessenten zugänglich sein.

Der Festvortrag von Prof. Dr. Fritz *Ossenbühl* wird im Jahresband der Forschungsstelle abgedruckt, der im September 1987 im Werner-Verlag, Düsseldorf, erscheint. *Wiss. Mitarbeiter Christoph Klages, Trier*

Öffentliches Recht auf dem 44. Deutschen Anwaltstag in Hamburg

Auf dem 44. Deutschen Anwaltstag in Hamburg wurden neben zahlreichen anderen auch mehrere öffentlich rechtliche Themen behandelt. Hier soll über die offenen Sitzungen des Verwaltungsausschusses zum Thema „Das neue Baugesetzbuch“¹, des Verfassungsrechtsausschusses zum Thema „Schutz vor Willkür statt Grundrechtsschutz? – zum Bedeutungswandel einzelner Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde –“ und des Ausschusses „Ausländer- und Asylrecht“ zum Thema „Die Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Ausländerrecht“² berichtet werden³.

I. Das neue Baugesetzbuch

Im Mittelpunkt der offenen Sitzung des Verwaltungsausschusses stand eine Rückschau auf die Gesetzgebungsarbeit zum neuen Baugesetzbuch. Zugleich wurden Lösungsansätze zu neu aufgetretenen Auslegungsfragen dargelegt. Die Veranstalter hatten mit Vorsitzendem Richter am OVG Dr. Paul *Stelkens*, Münster, der sich den Neueregulungen im Bereich der Bauleitplanung widmete, und Rechtsanwalt *Wolfgang Lenz*, Vorsitzender des Verwaltungsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, Köln, der die Zulässigkeit von Vorhaben behandelte, zwei in der Praxis erfahrene Referenten gewonnen, die auch das Gesetzgebungsverfahren begleitet hatten.

In verschiedenen Verlautbarungen ist das neue Baugesetzbuch als einheitliches, in seinen Vorschriften gestrafftes Regelwerk bezeichnet worden, das den Gemeinden mehr Planungsfreiheit einräumt, den Bürgern mehr Baurecht und mehr Beteiligung gewährt, den Umweltschutz stärkt und für alle am Baugeschehen Beteiligten Vereinfachungen und mehr Rechtssicherheit bringt. Die Gegner dieses Reformvorhabens beklagten demgegenüber die Eile des Gesetzgebungsverfahrens, das Fehlen grundlegender neuer städtebaulicher Konzeptionen zur Lösung anstehender Probleme im Bereich des Umweltschutzes, der Altlastensanierung, des kostenbewußten und energie-sparenden Bauens, der behutsamen städtebaulichen Erneuerung und des Stadtbbaus, um nur einige Brennpunkte und Konfliktfelder des modernen Städtebaus zu nennen. In diesem Spannungsfeld gegensätzlicher Bewertungen setzte sich *Stelkens* für eine nüchterne Einschätzung des neuen Baugesetzbuchs ein: Die materiellrechtlichen, instrumentellen und verfahrensrechtlichen Regelungen (§ 1, §§ 5 und 9, §§ 2 bis 4 BauGB) seien in den Grundzügen erhalten geblieben. Allerdings habe das Gesetz in der Tendenz eine Gewichtsverlagerung weg von der förmlichen Bauleitplanung durch Flächennutzungsplan und qualifizierten Bebauungsplan hin zum einfachen Bebauungsplan (§ 30 II BauGB), zu Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplan (§ 31 II 2 BauGB), Vorabgenehmigungen bei materieller Planreife (§ 33 II BauGB), Dispensierungsmöglichkeiten im nichtbeplanten Innenbereich (§ 34 II, III BauGB) und einer Verstärkung der Genehmigungsmöglichkeiten nichtprivilegierten gewerblicher Betriebsweiterungen im Außenbereich (§ 35 IV 6 BauGB) gebracht. § 34 IV BauGB schaffe zudem die Möglichkeit, Innenbereichssatzungen nach § 34 IV Nr. 2 und 3 BauGB mit einzelnen Festsetzungen eines Bebauungsplans zu verbinden und führe durch solche „Planungsembryos“ ebenfalls von der förmlichen, qualifizierten Bauleitplanung weg in die Einzelfallgenehmigung. Dies sei im Hinblick auf die wichtige grundrechtsverwirklichende Funktion förmlicher Bauleitplanverfahren nicht unbedenklich, und es stelle sich die Frage, ob diese Defizite an förmlichen Bauleitplanverfahren durch das landesrechtlich geregelte Baugenehmigungsverfahren kompensiert werden könnten. Auch für die Bürgerbeteiligung und den Nachbarschutz könne sich diese Tendenz nachteilig auswirken.

Hilfreich sei allerdings – so erklärte *Stelkens* – der Hinweis des Gesetzgebers auf den einfachen Bebauungsplan (§ 30 II BauGB), der als Instrument der städtebaulichen Planung mehr als bisher genutzt werden sollte. Auch die Verfahrensentlastungen im Bereich der Bürgerbeteiligung insbesondere bei Planänderungen im Aufstellungsverfahren (§ 3 III BauGB) und bei vereinfachten Änderungen des Bebauungsplans (§ 13 I BauGB) und des Flächennutzungsplans (§ 13 II

1) Vgl. *Löhr*, NVwZ 1987, 361; *Frank*, NVwZ 1987, 369; Stellungnahme des Arbeitskreises Umweltrecht zum Baugesetzbuch, NVwZ 1987, 395.

2) Vgl. *Huber*, NVwZ 1987, 391.

3) Zum Thema „Altlasten“ vgl. den nachfolgenden Bericht von *Bekker*.

1) *BVerwGE* 72, 300 = NVwZ 1986, 208; vgl. zu dem Urteil die Besprechungen von *Sellner*, NVwZ 1986, 616, und (zu den bauplanungsrechtlichen Aspekten) *Kühne*, NVwZ 1986, 620.

BauGB) seien zu begrüßen. Der Gesetzgeber habe eine Verwerfungskompetenz der Gemeinde nicht eingeführt, so daß es bei der Rechtsprechung des BVerwG verbleibe, wonach die Gemeinde nur in einem förmlichen Aufhebungsverfahren einen für nichtig gehaltenen Bauleitplan aufheben könne. Dazu und ggf. zur Aufstellung eines neuen Bebauungsplans sei die Gemeinde jedoch vielfach verpflichtet, weil sie durch die Aufstellung des Planes die Erforderlichkeit der förmlichen Bauleitplanung (§ 1 III BauGB) dokumentiert habe, selbst wenn der Plan sich als nichtig erweise. Ein Unterlassen der Neuplanung könne ggf. Amtshaftungsansprüche auslösen.

Die Betonung der Belange der mittelständischen Versorgung und die als Planungsleitsatz ausgestaltete Bodenschutzklausel in § 1 V 3 BauGB, wonach mit Grund und Boden sparsam und schonend umgegangen werden soll, sind nach Auffassung von *Stelkens* wichtige Orientierungsmarken für die Abwägung. Bedeutsam ist auch die Kennzeichnungsmöglichkeit für Altlasten in §§ 5 III Nr. 3 und 9 V Nr. 3 BauGB. Hierdurch werde die planende Gemeinde verpflichtet, sich mit dem Problem der Altlastensanierung auseinanderzusetzen. Die Sorge, der Rat könne dadurch im Einzelfall von Sachverständigengutachten abhängig werden, erscheine dabei allerdings nicht ganz unbegründet. Die in § 5 I 2 BauGB neu eingeführte Möglichkeit, bereits bei der Aufstellung des Flächennutzungsplans einzelne Flächen und sonstigen Darstellungen auszunehmen („Planungsfenster“) finde ihre Grenze darin, daß die Grundzüge der Planung nicht berührt werden dürfen. Hierdurch werde möglicher Konfliktstoff begrenzt. Durch die Neufassung des § 9 Nr. 24 BauGB sei nunmehr klargestellt, daß die Bauleitplanung keine festen Immissionsgrenzwerte festschreiben dürfe. Dies entlaste die Bauleitplanung von Fragen des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens.

Die Bürgerbeteiligung habe in § 3 BauGB ihren bisher erreichten Standard behauptet, was zu begrüßen sei. Das neu eingeführte Anzeigeverfahren für aus dem Flächennutzungsplan entwickelte Bebauungspläne (§ 11 III BauGB) bringe zwar eine neue Bezeichnung, in der Sache werde sich aber voraussichtlich keine durchgreifende Änderung ergeben. In kritischen Fällen werde die höhere Verwaltungsbehörde innerhalb der Dreimonatsfrist seit Anzeige des Plans vorsorglich rechtliche Bedenken geltend machen, um den positiven Abschluß des Anzeigeverfahrens zu verhindern.

Eines der Kernstücke der Reform stellt die Neufassung der Wirksamkeitsvoraussetzungen für Flächennutzungsplan und Satzungen nach dem BauGB in §§ 214, 215 BauGB dar. Durch eine enumerative Aufzählung der Form- und Verfahrensvorschriften, deren Verletzung beachtlich (§ 214 I BauGB), die Vorschriften zur Beachtlichkeit von Fehlern bei der Beachtung des Entwicklungsgebots (§ 214 II BauGB) und durch die Einführung einer Frist von einem Jahr für die Geltendmachung der Verletzung von Verfahrens- und Formvorschriften sowie von sieben Jahren für Mängel in der Abwägung (§ 215 I BauGB) sind für die Bestandskraft der kommunalen Bauleitplanung wesentliche Erleichterungen geschaffen, die in der Praxis nicht ohne Wirkungen bleiben werden. *Stelkens* hielt dabei auch die Verfristung von Abwägungsmängeln (§ 215 I Nr. 2 BauGB) trotz der vorgebrachten Kritik für verfassungsmäßig, weil mit zunehmendem Planvollzug das Vertrauen in den Bestand der Bauleitplanung einen höheren Stellenwert erhalte. Die neu eingeführte Nichtzulassungsbeschwerde in § 47 VII VwGO werde dem BVerwG die erforderlichen Entscheidungsmöglichkeiten eröffnen, in grundsätzlich bedeutsamen Rechtsfragen die Einheit der Rechtsprechung zu wahren.

Lenz, der die Zulässigkeit von Vorhaben nach §§ 29 bis 36 BauGB behandelte, bezeichnete das neue Baugesetzbuch angesichts der bestehenden geringen Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers und der Notwendigkeit zum politischen Kompromiß als gutes Gesetz. Vor diesem Hintergrund müsse auch die Neuregelung der Dispensierungsmöglichkeiten in § 31 II Nr. 2 BauGB und die Erweiterung des § 34 II, III BauGB in der Praxis mit Leben erfüllt werden. Während nach der bisherigen Fassung des § 31 II Nr. 2 BBauG die Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans voraussetzte, daß „städtetbauliche Gründe die Abweichung rechtfertigen“, kann nach § 31 II Nr. 2 BauGB bereits befreit werden, wenn „die Abweichung städtebaulich vertretbar ist“ und – insoweit unverändert – „die Grundzüge der Planung nicht berührt werden“. *Lenz* sieht die Grenze hier bei Vorhaben überschritten, die nicht mehr geplant werden könnten. Die Planbarkeit unter Berücksichtigung des Abwägungsgebotes in § 1 VI BauGB und der Belange des § 1 V BauGB stellen daher eine Barriere dar, die auch bei Befreiungen nicht überwunden werden kann. Außerdem ist die Befreiungsmöglichkeit des § 31 II BauGB auf den Ein-

zelfall angelegt. Sie darf nicht – etwa aufgrund einer Vorbildwirkung – eine völlige Umstrukturierung des Gesamtgebietes nach sich ziehen. § 31 II BauGB sei zwar als Ermessensvorschrift („kann“) ausgestaltet, in der Sache bestehe aber ein Rechtsanspruch auf Genehmigung, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorlägen. Dies gelte auch für den neu eingeführten § 33 II BauGB, der die Zulässigkeit der Vorhaben während der Planaufstellung neben der formellen Planreife (§ 33 I BauGB) auch bei materieller Planreife ermögliche. Auch hier bestehe bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschrift ein Rechtsanspruch auf Genehmigung.

Erhebliche Probleme werden sich in der Praxis bei der Auslegung des neu gefaßten § 34 BauGB ergeben. Während § 34 I BauGB mit dem Merkmal des „Sichereinfügens“ an den Begriff des § 34 I BBauG und damit an die Grundsätze anknüpft, die das BVerwG seit dem „Harmonieurteil“ damit verbindet, verweist § 34 II BauGB – im Gegensatz zur bisherigen Fassung des § 34 III BBauG in der Auslegung des BVerwG – für Bereiche, die nach der Eigenart ihrer Umgebung einem Gebiet der Baunutzungsverordnung entsprechen, hinsichtlich der Art der zulässigen Vorhaben unmittelbar und ausschließlich auf die Baunutzungsverordnung. Das Maß der baulichen Nutzung richtet sich auch in diesen Fällen nach § 34 I BauGB, so daß die Höchstwerte des § 17 BauNutzVO im Einzelfall überschritten werden können, wenn sich das Vorhaben insoweit einfügt. Besondere Schwierigkeiten in der Einordnung bereitet die neue Dispensierungsvorschrift des § 34 III BauGB, wonach „unzulässige Erweiterungen, Änderungen, Nutzungsänderungen und Erneuerungen von zulässigerweise errichteten baulichen oder sonstigen Anlagen im Einzelfall zugelassen werden können, wenn (1) die Zulassung aus Gründen des Wohls der Allgemeinheit erforderlich ist oder (2) das Vorhaben einem Betrieb dient und städtebaulich vertretbar ist und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist und die Erschließung gesichert ist.“ *Lenz* hob dabei hervor, daß es sich hier um Vorhaben handelt, die nach § 34 I bzw. II BauGB nicht genehmigungsfähig sind, etwa weil sie einen Fremdkörper darstellen, bodenrechtlich beachtliche und ausgleichsbedürftige Spannungen begründet oder erhöht werden oder gegen das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme verstoßen wird. Der Gesetzgeber habe hier mit § 34 III BauGB Möglichkeiten der Genehmigung geschaffen, wenn sich das Vorhaben im Bereich des durch Bauleitplanung Planbaren halte. Zu denken sei dabei insbesondere an Vorhaben, deren verursachte Spannungen nur durch Kompensation ausgeglichen werden könnten. Nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 34 I BBauG waren solche kompensationsbedürftigen Vorhaben im nichtbeplanten Innenbereich nicht genehmigungsfähig.

Die Beiträge der anschließenden von Rechtsanwalt und Notar *Horst Bräutigam*, Berlin, geleiteten Diskussion widmeten sich neben Einzelfragen der Gesamtbewertung des neuen Baugesetzbuches: Dabei wurden bei einer im ganzen positiven Bilanz auch die Umstellungsschwierigkeiten und die Fülle neuer Zweifelsfragen hervorgehoben, die der Praxis und den Gerichten zur Lösung aufgegeben seien.

II. Schutz vor Willkür statt Grundrechtsschutz? – zum Bedeutungswandel einzelner Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde

In der Rechtsprechung des BVerfG ist – beginnend mit dem Jahre 1976 (BVerfGE 42, 64 = NJW 1976, 1391) – eine Tendenzwende in Richtung auf eine Willkürprüfung insbesondere gegenüber Gerichtsentscheidungen der Fachgerichtsbarkeit und zugleich eine gewisse Abkehr von einer Prüfung der Verletzung einzelner Grundrechte zu erkennen. Den damit verbundenen Fragestellungen widmete sich die offene Sitzung des Verfassungsrechtsausschusses unter dem Thema „Schutz vor Willkür statt Grundrechtsschutz? – zum Bedeutungswandel einzelner Grundrechte im Verfahren der Verfassungsbeschwerde“. Der von Rechtsanwalt am BGH *Dr. Achim Krämer*, Vorsitzender des Verfassungsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins, Karlsruhe, geleiteten ausführlichen Diskussion lag ein umfangreiches Referat von Rechtsanwalt *Dr. Christian Kirchberg*, Karlsruhe, zugrunde.

Bereits auf dem Aachener Anwaltstag 1969 hatte der damalige Vizepräsident des BVerfG *Walter Seuffert* in seinem Referat über das Verhältnis von BVerfG zu Gesetzgebung und Rechtsprechung (NJW 1969, 1369) einen zur Verfassungswidrigkeit führenden Verstoß gegen das Willkürverbot angenommen, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren bei verständiger Würdigung auf sachfremden Erwägungen beruhe und in diesem Sinne willkürlich

erscheine. Bei anfänglicher Zurückhaltung gab das *BVerfG* gerade in den letzten Jahren wiederholt Verfassungsbeschwerden insbesondere gegen Gerichtsentscheidungen mit Hinweis auf die Verletzung des Willkürverbotes statt. So wurde – wie *Kirchberg* berichtete – vom *BVerfG* die Erteilung eines Zuschlags an den Ehemann im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung für verfassungswidrig erklärt, weil die Ehefrau vom Rechtspfleger nicht darüber aufgeklärt worden sei, daß sie durch die Zurücknahme des Versteigerungsantrags den Erwerb des gemeinsamen Hausgrundstücks durch ihren Ehemann zu einem verschwindenden Bruchteil des Verkehrswertes hätte verhindern können. Auch in verschiedenen anderen Entscheidungen ersetzte das *BVerfG* in der Folgezeit eine Prüfung anhand einzelner Grundrechte durch eine allgemeine Willkürprüfung, indem es feststellte, daß die beanstandete richterliche Entscheidung „objektiv willkürlich“, weil „offensichtlich sachwidrig“, „nicht vertretbar“ und „nicht gerechtfertigt“ gewesen sei.

Dieser Willkürrechtsprechung erteilte der Referent unter Hinweis auf die ihr entgegengebrachte Kritik eine deutliche Absage: Soweit die allgemeine Gerechtigkeits-Judikatur aus Art. 3 GG abgeleitet werde, stehe sie zunächst vor dem Problem, daß der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vergleichbare Fälle voraussetzt, die ohne sachlichen Grund unterschiedlich bzw. willkürlich gleich behandelt worden sind. Bei der Prüfung ausschließlich des Einzelfalles fehle es jedoch an einem Vergleichsfall, der Maßstäbe für die willkürliche Gleich- bzw. Ungleichbehandlung setze. Die Willkürrechtsprechung werde „introvertiert“ und von Vergleichsfällen losgelöst. Außerdem sei ein Rückgriff auf das Willkürverbot in den meisten Fällen nicht erforderlich, da die Grundrechte einen ausreichenden Schutz vor „willkürlichen“ im Sinne von sachwidrigen Entscheidungen bieten würden. Auch bestehe die Gefahr, daß das *BVerfG* seine Prüfungsbefugnisse überschreite und sich zu einer „Superrevisionsinstanz“ entwickle. Begebe sich das *BVerfG* auf die Ebene des einfachen Rechts, so seien zudem Fehleinschätzungen in diesem Bereich nicht auszuschließen.

Mit dem Willkürverbot habe das *BVerfG* ein selbständiges, neues Grundrecht geschaffen, das auch gerade im Vergleich zu anderen Neuschöpfungen des *BVerfG* – wie etwa dem Anspruch auf Verfahrensteilnahme oder dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung – durchaus als „Supergrundrecht“ bezeichnet werden könne. Dabei zeige allerdings das Beispiel der Schweiz, daß die Willkürrechtsprechung dort mit zunehmender Kodifizierung von Rechtsbereichen an Boden verliere und „austrockne“, weil es dann eines Rückgriffs auf derart allgemeine verfassungsrechtliche Prinzipien nicht mehr bedürfe.

Kirchberg setzte sich dafür ein, die Willkürrechtsprechung des *BVerfG* aufzugeben und durch eine konsequente Grundrechtsanwendung unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Grundsätzlichkeit und der Schwere bzw. Intensität des Grundrechtseingriffs zu ersetzen. Die Willkürrechtsprechung führe zu einer Verflachung des Grundrechtsschutzes und gefährde damit die materiellen Grundlagen des Sonderrechtsbehelfs Verfassungsbeschwerde. Zudem sei diese Rechtsprechung kontraproduktiv in dem Sinne, daß sie zu einer Belastung statt zu einer Entlastung des *BVerfG* führe. Auch erzeuge sie Ungleichbehandlungen, weil den wenigen danach erfolgreichen Verfassungsbeschwerden die große Zahl der nicht erfolgreichen Beschwerden gegenüberstehe, bei denen sich vielfach ebenfalls ein Verstoß gegen das Willkürverbot nicht von der Hand weisen lasse. Wenn man beispielsweise den Fall einer „zweifelsfrei fehlerhaften“, aber angeblich nicht willkürlichen Anwendung der Vorschriften über die Konkursanfechtung (*BVerfGE* 67, 90 = NJW 1984, 2147) mit der Zurücksetzung einer Grenzhecke (*BVerfGE* 70, 93 = NVwZ 1986, 575) vergleiche, bei der dem Beschwerdeführer nach Meinung des *BVerfG* nicht nur unzulässigerweise, sondern sogar willkürlich ein Grenzabstand der Hecke von 75 cm statt – wie im Landesbaurecht vorgesehen – 50 cm abverlangt werde, dann hänge die verfassungsrechtliche Bedeutung der 25 cm Grenzabstand und die darin zum Ausdruck kommende unterschiedliche Sichtweise vielleicht einfach damit zusammen, daß zwar vermutlich noch kein Bundesverfassungsrichter in Konkurs gefallen sei, daß aber wahrscheinlich sehr viele Bundesverfassungsrichter eine Hecke an der Grenze zu ihren Nachbarn stehen hätten. Ein angemessener und zugleich effektiver Grundrechtsschutz müsse demgegenüber durch die Grundsätzlichkeit und nach der Schwere bzw. Intensität des Grundrechtseingriffs bestimmt werden, wofür auch § 93c S. 2 BVerfGG Anhaltspunkte biete. Es sei daher allerhöchste Zeit, bei der Überprüfung von Gerichts-

entscheidungen durch das *BVerfG* vom allgemeinen Willkürverbot Abschied zu nehmen. Neben zustimmenden Äußerungen wurden in der Diskussion erwartungsgemäß auch Stimmen laut, die sich bei Ausbau des Grundrechtsschutzes für die Beibehaltung der Willkürrechtsprechung einsetzten.

III. Die Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Ausländerrecht

Durch eine wachsende europäische Integration wirkt das Recht der Europäischen Gemeinschaft zunehmend auch auf das Ausländerrecht ein. Mit diesem Spannungsfeld der Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts für das Ausländerrecht befaßte sich die offene Sitzung des Ausschusses Ausländer- und Asylrecht. Die lebhafteste Diskussion wurde durch ein umfangreiches Referat von Prof. Dr. Manfred Zuleeg, Frankfurt, vorbereitet. Einführung und Diskussion lagen in den Händen von Rechtsanwalt Gert Müller Karlsruhe.

Nationales Ausländerrecht wird im Kollisionsfall durch Europäisches Gemeinschaftsrecht verdrängt. Dieses sichert den freien Personenverkehr der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft als Empfänger oder Erbringer von Dienstleistungen. In diese Freizügigkeit des grenzüberschreitenden Personenverkehrs sind nicht nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern auch Touristen einbezogen, die innerhalb der europäischen Staatengemeinschaft reisen wollen. Der Kreis von Personen wird auf Familienmitglieder erweitert, die dieses Recht abgeleitet für sich in Anspruch nehmen können, und erstreckt sich auch auf Staatsangehörige eines EG-Mitgliedsstaates, die sich zur Berufsausbildung in einen anderen Mitgliedsstaat begeben und dort einen den Arbeitnehmern vergleichbaren Status erhalten. Die weite Ausdehnung des Familienschutzes läßt es nicht zu, den Ehegatten eines Deutschen nur aus Gesichtspunkten der Generalprävention auszuweisen.

Vor diesem Hintergrund schilderte *Zuleeg* die besonderen Probleme der mit der EG assoziierten Türkei, deren Staatsangehörige nach den vertraglichen Regelungen eine am Gedanken des Art. 48 EWGV orientierte Freizügigkeit erhalten sollen. Die für die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten geltenden Freizügigkeitsregelungen seien trotz Ablaufs der Übergangsfrist am 30. 11. 1986 für die türkischen Staatsangehörigen zwar nicht unmittelbar anwendbar, es müsse jedoch der Grundsatz gelten, daß türkische Arbeitnehmer, die bereits in der Bundesrepublik über eine unbefristete Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verfügen, nicht ausgewiesen werden könnten. Der Grundsatz der Freizügigkeit müsse für sie auch gelten, wenn sie in einen anderen EG-Mitgliedsstaat einreisen wollten. Auch bei gesichertem Aufenthalt sei allerdings der Nachzug von Familienangehörigen problematisch. Das Ausländerrecht im Verhältnis zur assoziierten Türkei bildete auch einen zentralen Schwerpunkt der anschließenden Diskussion. Der befürchtete Massenansturm von türkischen Staatsangehörigen dürfe nicht dazu führen, die wohlerworbenen Rechte der bereits in der Bundesrepublik lebenden Türken beiseitezuschieben. Bedenklich erscheine auch die Praxis der deutschen Ausländerbehörden, eine zunächst unbegrenzt erteilte Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen und nach Ablauf der Befristung sodann die Ausweisung zu verfügen. Hier sei der rechtzeitige Gebrauch von Rechtsmitteln wichtig, um die Bestandskraft solcher Entscheidungen zu verhindern und eine gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle zu ermöglichen. Deutlich wurde dabei auch der menschenrechtliche Gehalt europäischer Regelungen hervorgehoben, die in dieser Ausprägung auch Bestandteil des grundrechtlichen Schutzes sind. Defizite in der Gleichstellung seien – wo erforderlich – durch den Gleichbehandlungsgrundsatz und weitere Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes zu beseitigen. So gesehen sei auch die eingeführte dreijährige Wartefrist für den Nachzug von Ehegatten selbst in Fällen, in denen der in der Bundesrepublik lebende Ehegatte über Arbeit und eine Wohnung für die Familie verfüge, verfassungsrechtlich nicht bedenkfrei. Dasselbe gelte, wenn der Nachzug der Familienangehörigen von einem überzogenen Sozialversicherungsnachweis abhängig gemacht werde. Hier müsse – wie in der Diskussion hervorgehoben wurde – der Grundsatz der Familienzusammenführung den Vorrang haben.

EG-Ausländer brauchen nach Europäischem Gemeinschaftsrecht keine Arbeitserlaubnis. *Zuleeg* bezweifelte, ob die Praxis der Arbeitsämter, für Staatsangehörige der neu beigetretenen Mitgliedsstaaten eine Arbeitserlaubnis zu verlangen, mit dem europarechtlichen Grundsatz des Diskriminierungsverbotes vereinbar sei. Die Anerkennung ausländischer Abschlüsse eines EG-Mitgliedsstaates müsse wei-

ter vorangetrieben werden. Hier stelle die vollzogene Anerkennung ausländischer Arztabschlüsse einen Schritt in die richtige Richtung dar. Auf anderen Gebieten wie etwa im Anwaltsbereich sei eine Gleichstellung durch gegenseitige Anerkennung der Abschlüsse bisher noch nicht gelungen. Europäische Integration sei auch bei der Eingliederung in das soziale Recht des Mitgliedsstaates fortzuentwickeln. Dazu gehöre auch die Inanspruchnahme von Kindergeld oder das Recht der Alterssicherung. Die Gewährung von Sozialhilfe dürfe nicht zur Ausweisung führen, wenn der EG-Staatsangehörige auf eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder Arbeitserlaubnis oder andere statusbegründende Tatbestände verweisen könne. Auch im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung durch Personalratswahlen oder bei den Wahlen zu den Vertretungen der Sozialversicherungsträger müsse eine volle Gleichstellung der EG-Ausländer erreicht werden.

Zuleeg rief dazu auf, bei den nationalen Gerichten die Vorlage an den EuGH anzuregen, wenn Europäisches Gemeinschaftsrecht betroffen sei. Nur so könne auf Dauer erreicht werden, daß Europäisches Gemeinschaftsrecht seine integrative Kraft für das nationale Ausländerrecht entfalten könne. In dieser Zielrichtung fand der Referent bei den Diskussionssteilnehmern breite Zustimmung.

Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stüer, Münster

Altlasten – eine Renaissance der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr?

1. Unter dem in seiner Überschrift verwendeten, wahrlich zutreffenden Motto „Altlasten lasten lange“ behandelt *Stefan Dietrich* in der FAZ vom 19. 2. 1986 (S. 12) u. a. die Möglichkeit neuer rechtspolitischer Verständnisse. Verlagern sich die umweltpolitischen und umweltrechtlichen Akzente hierbei vom klassischen Verursacherprinzip weg? Haben wir es zukünftig oder schon derzeitig mehr mit einer die gewerbliche Wirtschaft und die Industrie treffenden „Kollektivschuldvermutung“ zu tun? Dieser und ähnliche Beiträge in letzter Zeit machen deutlich, daß die Lösungsvorschläge im Thema „Altlasten“ jeweils auch, wenn auch mit unterschiedlicher Eindeutigkeit, auf allgemein-politische Überzeugungen und Wertungen treffen. Um so mehr sorgt sich der Praktiker um einigermaßen sichere und einschätzbare Rechtsgrundlagen aus der *lex lata*, aus den in Betracht kommenden bundesrechtlichen und landesrechtlichen Normen. Der tatsächliche und rechtliche Befund im Thema Altlasten hat in dem Bemühen um praktikable Lösungen auch den 44. Deutschen Anwaltstag in Hamburg (28.–30. 5. 1987) beschäftigt¹. In einer gemeinsamen Offenen Sitzung des Umweltrechtsausschusses und der Arbeitsgemeinschaft für Verwaltungsrecht im DAV (Landesgruppe Nordrhein-Westfalen und Landesgruppe Norddeutschland) sind die rechtlichen Probleme dieses Befundes erörtert worden. Die thematische und „rechtstatsächliche“ Perspektive weitet sich Stück für Stück. Im Bund, in den Ländern und in den Kommunen bestehen längst nicht nur die entsprechenden, administrativen Kompetenzen in enger Anlehnung an die gesamte verwaltungsmäßige Handhabung des Umweltschutzes; es bestehen auch zahlreiche Arbeitsgruppen für die Ermittlung und die Erforschung belasteter Standorte und für die solchen Standorten gegenüber nötigen technischen, finanziellen und rechtlichen Handhabungen. Die Arbeit dieser Gruppen und Gremien vollzieht sich mindestens auf kommunaler Ebene im Einklang mit einer zunehmenden Beteiligung der interessierten Öffentlichkeit und der im lokalen Raum tätigen Medien. Wie stets ist es bei derartiger Entwicklung lediglich eine Frage der Zeit und eine Frage der Intensität öffentlicher Diskussion, daß auch der rechtspolitische Handlungsbedarf angesprochen wird. Dieser Handlungsbedarf nimmt seinen Weg in die Problematik der gemeindlichen Bauleitplanung, in die politischen und rechtlichen Konzeptionen des Bodenschutzes, in die Anwendung der bundesrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen der Abfallbeseitigung, in den Gewässerschutz – kurzum: in alle Bereiche und Sektoren, in denen es (hauptsächlich öffentlich-rechtlich) darum geht, den Zugriff auf die natürlichen Lebensgrundlagen einem vor allen Dingen auch in der Planung strenger werdenden Reglement zu unterziehen.

2. In seiner *Einführung* wies Rechtsanwalt *Dr. Sellner* (Bonn) auf diese Bezugspunkte des Themas hin; er nannte die inhaltliche (abwägungsrechtliche) Gefährdung der gemeindlichen Bauleitplanung unter der Voraussetzung, daß die Gemeinde belastete (kontaminierte)

Standorte z. B. abgeschlossener Deponien oder ehemaliger gewerblicher Produktionen hinsichtlich des Gefährdungspotentials überhaupt nicht oder fehlerhaft einschätzt, somit also „falsch“ plant und dies Ansprüche nach sich zieht; Schadenersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB, Ansprüche etwa auch auf Naturalrestitution durch Bodenbehandlung oder Bodenaustausch bei einer der Planung entsprechenden, der Kontamination gegenüber aber eben nicht verträglichen Wohnbebauung.

Trotz schon zahlreicher Verwaltungs- und Zivilprozesse kann zur Zeit noch nicht auf eine höchstrichterlich gefestigte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Dem steht teilweise auch entgegen, daß die Revisionsinstanz im Verwaltungsprozeß für die Vorschriften, mit denen rein landesrechtlich gearbeitet werden kann oder muß, verschlossen ist.

3. Das unter diesen Prämissen zwangsläufig auch in den rechtspolitischen Erwägungen weit ausgreifende *Referat* von Professor *Dr. Breuer* (Trier)² gab zunächst einen eindrucksvollen Überblick über die in Rede stehenden Quantitäten: Ca. 35 000 „Verdachtsstandorte“ bundesweit mit einem zur Zeit geschätzten Aufwand von ca. 17 Mrd. DM Sanierungskosten, dies bezogen einerseits auf etwa 10 Jahre und andererseits auf die momentan maßgebenden Sanierungstechniken. Die technischen Möglichkeiten der Beseitigung von Altlasten sind dabei einer der entscheidenden Faktoren für eine realistische Einschätzung des nötigen finanziellen Volumens. Soweit spezialgesetzliche Eingriffsermächtigungen (Abfallgesetz, Wasserhaushaltsgesetz) fehlen, kommt der Rückgriff auf die allgemeinen polizeirechtlichen Vorschriften in Betracht. *Breuer* ging davon aus, daß das Instrumentarium der polizeirechtlichen Eingriffe am Ende nicht ausreichend sein wird, um die Gesamtproblematik der belasteten Standorte zu lösen.

Von zentraler Bedeutung ist nach *Breuer* die gewerberechtliche bzw. immissionsschutzrechtliche „Legalisierungswirkung“, die von einer entsprechenden Anlagengenehmigung ausgeht. Diese Wirkung greife ein, wenn sich der Betrieb der Anlage nachweisbar in dem durch die Genehmigung gezogenen Rahmen gehalten und diesen nicht überschritten habe. Eine solche Genehmigung „schirme ab“ und lasse ausschließlich die spezialgesetzlichen Eingriffe zu. Mit den Mitteln des allgemeinen Polizeirechts könne deshalb der Kreis von möglichen Eingriffen nicht erweitert werden. Die Genehmigung entfalte eine derartige Wirkung aber nur in dem Umfang, in dem sich die behördliche Sachprüfung (und entsprechend auch: die Entscheidung) bewegt habe. Besonders problematisch und ungeklärt erscheine nach *Breuer* die Lastenverteilung im Verhältnis zwischen mehreren Störern; hier seien Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis gegen die zur Zeit noch herrschende Meinung wohl doch zu befürworten.

Breuer nannte zum Ausgleich der von ihm dargestellten rechtlichen und praktischen Beschränkungen bei der Anwendung des allgemeinen Polizeirechts drei rechtspolitische und umweltpolitische Grundpostulate für die Bewältigung der Altlasten: Aufrechterhaltung des Verursacherprinzips, Ausschluß einer rückwirkenden Verschärfung der gesetzlichen Grundlagen für Eingriffe gegen Unternehmer oder Eigentümer und Ausschluß einer allein nach dem „Gemeinlastprinzip“ konstruierten Lösungsmöglichkeit. Falls die Haftung für Altlasten schon im Rahmen der Aufklärung des Verursacherprinzips versage oder dem Grundstückseigentümer, der sich „seiner“ Altlast gegenüber in einer reinen „Opfer-Position“ befinde, nicht zugemutet werden könne, müsse ein Mittelweg zwischen dem Verursacher- und dem Gemeinlastprinzip rechtlich organisiert und vor allen Dingen auch finanziert werden. Eine Annäherung an diesen Mittelweg enthalte das Kooperationsmodell in Rheinland-Pfalz. In diesem Modell wirken Land, Kommunen und Wirtschaft zusammen. Es bleibe aber fraglich, ob dieses speziell für Rheinland-Pfalz entwickelte Modell auf die qualitativ und quantitativ anderen Altlastenprobleme anderer Bundesländer übertragen werden könne.

Der Schaffung von Altlastenfonds in einer öffentlichrechtlichen Organisationsform hielt *Breuer* entgegen, daß die für einen solchen Fonds nötigen und zweckgebundenen Abgaben nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu Steuern und Sonderabgaben jedenfalls derzeit keine genügend sichere verfassungsrechtliche Grundlage besitzen.

Abschließend behandelte *Breuer* das zur Zeit in Nordrhein-Westfalen von der Landesregierung verfolgte Modell eines Zweckverbandes

1) Zu den sonstigen öffentlichrechtlichen Themen auf dem 44. Deutschen Anwaltstag vgl. den vorstehenden Bericht von *Stüer*.

2) Abgedr. in NVwZ 1987, 751 (in diesem Heft).