

Zum autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung

Von Wiss. Assistent Bernhard Stüer, Münster

Eine sich in nahezu alle Bereiche von Gesetzgebung und Verwaltung ausweitende gerichtliche Kontrolle hat das *Gewaltenteilungsproblem* verstärkt in den Vordergrund treten lassen. Besonders bei der richterlichen Überprüfung weitgehend politisch determinierter legislatorischer Maßnahmen sowie bei der Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, die auf der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe beruhen, stellt sich die Frage nach der Legitimation des Richters zur letztverbindlichen Entscheidung. Wer trägt etwa bei Bauleitplanungen, wirtschaftslenkenden Maßnahmen, völkerrechtlichen Verträgen oder bei gemeindlichen Neugliederungen die Verantwortung für die Realisierung der angestrebten Ziele? Soll es eine richterliche *Entscheidungslegitimation* ohne Verantwortung geben¹? Es ist deshalb zu begrüßen, daß der Deutsche Verwaltungsrichtertag in seinem Arbeitskreis II das Thema »Ermessensspielraum mit sogenanntem Beurteilungsspielraum« noch einmal zur Erörterung stellt.

1. Gerichtliche Kontrolle und Gewaltenteilung

Das damit angesprochene Problemfeld beschränkt sich nicht auf die gerichtliche Überprüfung von *Verwaltungsentscheidungen*, es reicht gleichermaßen in den Bereich der Kontrolle *gesetzgeberischer Maßnahmen* hinein. Auch hier geht es darum, den eigenverantwortlichen Gestaltungsraum des zu überprüfenden Entscheidungsträgers von den Befugnissen richterlicher Kontrolltätigkeit abzugrenzen.

Zwar sind die Gerichte vor dem Hintergrund eines durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten möglichst umfassenden Rechtsschutzes grundsätzlich zur vollständigen Überprüfung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht verpflichtet². Eine derart umfassende Kontrolle stößt jedoch dort auf ihre Grenzen, wo der *eigenverantwortliche Entscheidungsraum* von Gesetzgeber und Verwaltung beginnt. Das wird in vielen Bereichen deutlich:

Es zeigt sich etwa bei der gerichtlichen Kontrolle *wirtschaftslenkender Maßnahmen*³. Gerade die jüngste Entwick-

lung der sog. Ölkrise hat etwa begründete Zweifel daran entstehen lassen, ob die negative Prognose der Bundesregierung vom November 1973 über die Gefährdung oder Störung der Energieversorgung⁴ – aus heutiger Sicht – berechtigt war. Wollte ein Gericht etwa die Richtigkeit dieser Prognose überprüfen, so wäre dazu eine recht umfangreiche und wohl kaum durchführbare Beweisaufnahme erforderlich, die mit Zeugenvernehmungen, Durchsicht und Bewertung des vorgelegten Datenmaterials, Anhörung von Sachverständigen und Fachgutachtern sowie weiteren geradezu endlosen Ermittlungen verbunden wäre.

Auch danach bliebe aber ein gewiß nicht geringer Teil an Wertungen, Erwägungen und Prognosen, der sich einer rationalen Nachprüfung weitgehend entzieht. Soll hier die vielleicht problematische Wertung des Gesetzgebers durch eine gewiß nicht weniger zweifelhafte Entscheidung des Gerichts ersetzt werden?

Vor ähnlichen Fragen stehen die Verfassungsgerichte bei der Kontrolle von Gesetzen zur *kommunalen Gebietsreform*⁵. Auch hier fließt in die Beurteilung etwa der Gemeinwohlkonformität einer Neugliederungsmaßnahme eine Vielzahl von Wertungen, Erwägungen und Prognosen ein. Ist das Gericht berechtigt, nachzuprüfen und in Zweifelsfällen letztverbindlich zu entscheiden, ob von einer gesetzlichen Neugliederungsmaßnahme eine Steigerung der Leistungsfähigkeit und der Verwaltungskraft ausgeht, ob die Integration einer zweipoligen Gemeinde gelingen wird⁶ oder ob eine Eingemeindung aus Gründen des Flächenbedarfs⁷ erforderlich ist? Selbst nach Durchführung einer umfangreichen, mit Zeugenvernehmungen und Ortsbesichtigung verbundenen Beweisaufnahme, selbst nach Ermittlung der zugrunde liegenden Sachverhalte,

2. 10. 1973 – 1 BvR 345/73 – NJW 1973, S. 2099 – §§ 7–9 StabilitätzuschlagsG; vgl. auch *Kloepfer*, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen. Zum Beschluß des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Absicherungsg, NJW 1971, S. 1585; *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 108 ff.

4 Vgl. § 1 des Gesetzes zur Sicherung der Energieversorgung bei Gefährdung oder Störung der Einfuhr von Mineralöl und Erdgas (EnergiesicherungsG) vom 9. 11. 1973 (BGBl. I, S. 1585 ff.) und die Verordnung der Bundesregierung über Fahrverbote und Geschwindigkeitsbegrenzungen für Motorfahrzeuge vom 19. 11. 1973 (BGBl. I, S. 1676 f.) sowie den Bericht des Bundesministers für Wirtschaft, *Friderichs*, in der Bundestagsitzung vom 29. 11. 1973, s. Bulletin der Bundesregierung vom 30. 11. 1973, Nr. 154, S. 1542; vgl. insgesamt dazu auch *Götz*, Das EnergiesicherungsG vom 9. 11. 1973, NJW 1974, S. 113.

5 Vgl. dazu *Hoppel/Rengeling*, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, Schriften zum deutschen Kommunalrecht, Bd. 3 (1973), mit umfangreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; StGH Ba.-Wü. vom 8. 9. 1972 – GeschR Nr. 6/71 – DÜV 1973, S. 163 ff.; vgl. dazu *Hoppe*, Städte- und Gemeindebund 1973, S. 114 ff., und *Rengeling*, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Gesetzen zur kommunalen Gebietsreform, Der Landkreis 1974, S. 52; VerfGH Rh.-Pf. vom 14. 4. 1969 – VerfGH 2/69 – DVBl. 1969, S. 799 = DÜV 1969, S. 590; vom 5. 5. 1969 – VerfGH 3/69 – DVBl. 1970, S. 789 ff.

6 Vgl. dazu etwa VerfGH NW vom 4. 8. 1972 – VerfGH 13/71 – Nordrhein-Westfälischer Städte- und Gemeindebund, Mitteilungen Nr. 19/1972, S. 303 ff. = Eildienst des Landkreistages 1972, S. 206 (Heimbach-Urteil); VerfGH NW vom 7. 12. 1973 – VerfGH 11-15/72 – (Levern-Urteil); VerfGH NW vom 7. 12. 1973 – VerfGH 18/72 – (Nettelstedt-Urteil); dazu *Hoppe*, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen zum AachenG, Städte- und Gemeinderat 1972, S. 257 ff.; *Stüer*, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen zum Bielefeld-Gesetz, Städte- und Gemeinderat 1974, (April-)Heft 4.

7 Vgl. dazu VerfGH NW vom 2. 11. 1973 – VerfGH 17/72 – Eildienst 1973, S. 269 (auszugsweise) – Sennestadt-Urteil; *Stüer*, Sennestadt-Urteil, Ein Kurswechsel?, Kommunalpolitische Blätter 15/1973, S. 112.

1 *Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsrechtlicher Rechtsprechung, DÜV 1971, S. 757 (759) für den Bereich der Bauleitplanung in kritischer Anmerkung zu BVerwG vom 12. 12. 1969 – IV C 105/66 – BVerwGE 34, S. 301, gleichviel *Thiel/Gelzer*, Baurechtssammlung (BRSt), 22, Nr. 4, S. 7 ff. = BauR 1970, S. 31 ff. = MDR 1970, S. 702 = DVBl. 1970, S. 414 = DÜV 1970, S. 277. (Bei gerichtlichen Entscheidungen durch Beschluß erfolgt entsprechender Hinweis.)

2 BVerfG, Beschluß vom 5. 2. 1963 – II BvR 21/60 – BVerfGE 15, S. 275 (282) m. w. Nachw.; *Kellner*, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1967, S. 857; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 177; kritisch *Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÜV 1968, S. 618 (619); *Götz*, Das Grundrecht auf Rechtsanwendungsgleichheit und der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1968, S. 95; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 31 I c 3.

3 Beispiele aus der Rechtsprechung sind etwa: BVerfG vom 17. 5. 1961 – 1 BvR 561, 579/60, 114/61 – BVerfGE 12, S. 354 (366) = NJW 1961, S. 1107; vom 22. 5. 1963 – 1 BvR 78/56 – BVerfGE 16, S. 147 (181) = NJW 1963, S. 1243; Beschluß vom 7. 4. 1964 – 1 BvL 12/63 – BVerfGE 17, S. 306 = NJW 1964, S. 1219 – Personenbeförderungsg; vom 27. 1. 1965 – 1 BvR 213, 715/58 und 66/60 – BVerfGE 18, S. 315 = NJW 1965, S. 435 – § 12 Milch- und FettG; Beschluß vom 24. 9. 1965 – 1 BvR 228/65 – BVerfGE 19, S. 119 (126) = NJW 1965, S. 2247 – KuponsteuerG; Beschluß vom 18. 12. 1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65 – BVerfGE 25, S. 1 (2) = NJW 1969, S. 499 – MühlenG; Beschluß vom 8. 12. 1970 – 1 BvR 95/68 – BVerfGE 29, S. 327 (331) – Schankerlaubnissteuer; Beschluß vom 15. 12. 1970 – 1 BvR 559, 571, 586/70 – BVerfGE 29, S. 402 = NJW 1971, S. 319 – Konjunkturzuschlag; Beschluß vom 9. 3. 1971 – 2 BvR 326, 327, 341 – 345/69 – BVerfGE 30, S. 250 (264) = NJW 1971, S. 1603 – AbsichG; Beschluß vom 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 – NJW 1971, S. 1255 – Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse; Beschluß vom

der gesetzlichen Zielvorstellungen und der in Rede stehenden Alternativlösungen bleibt eine mehr oder weniger große Zone von gesetzgeberischen Wertungen und Erwägungen, die einer rationalen Nachprüfung kaum zugänglich ist. Hat hier die Entscheidung des Gesetzgebers oder die Beurteilung des Gerichts den Vorrang?

Gleichgelagerte Probleme der Reichweite richterlicher Kontrollbefugnis ergeben sich in der täglichen Arbeit der Verwaltungsgerichte.

Dies wird bei der Überprüfung von *gemeindlichen Bauleitplänen* besonders deutlich. Nach welchen rechtlichen Kriterien ist im Rahmen des § 1 Abs. 4 und 5 BBauG zu entscheiden, ob die Planung den Bedürfnissen der Wirtschaft, den sozialen Bedürfnissen der Bevölkerung, den Wohnbedürfnissen oder den Belangen des Landschaftsschutzes dient? Ist ein Gericht in der Lage und berechtigt, letztentscheidend zu bestimmen, ob etwa eine innerstädtische Sanierung den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Bevölkerung entspricht? Ist es befugt, einen Bebauungsplan aufzuheben, der den Vorstellungen des Gerichts von einer geordneten städtebaulichen Entwicklung zuwiderläuft?⁸

Auch bei der Kontrolle von Entscheidungen der *Bundesprüfstelle zur Indizierung jugendgefährdender Schriften*^{9, 10}, bei der Überprüfung von *Filmbewertungen* nach dem FFG^{11, 12} sowie bei der gerichtlichen Kontrolle von *pädagogisch-wissenschaftlichen Prüfungsentscheidungen*¹³ findet sich die gleiche Problemlage. Wäre das Gericht zur umfassenden Überprüfung verpflichtet, so hätte es bei der Kontrolle etwa einer Prüfungsentscheidung selbst zu bewerten und letztverbindlich festzulegen, ob ein Schüler das Ziel der Klasse erreicht hat, ob er die Eignung für ein wissenschaftliches Hochschulstudium besitzt oder ob ein Beamter die Voraussetzungen für die Aufnahme in die nächsthöhere Laufbahn mitbringt. Notfalls unter Hinzuziehung von sachverständigen Gutachtern¹⁴

müßten die schriftlichen¹⁵ und mündlichen¹⁶ Leistungen des Kandidaten erneut überprüft und beurteilt werden.

2. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Literatur

Eine derart vollständige Nachprüfung kann allerdings in tatsächlicher Hinsicht schwierig¹⁷ und aus rechtlicher Sicht bedenklich sein, weil dabei der Eigenart der hier beispielhaft aufgeführten Entscheidungen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Bei weitgehend politisch determinierten gesetzgeberischen Entscheidungen sowie bei Maßnahmen der Verwaltungsbehörden, die auf der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe beruhen, fließt zumeist eine Vielzahl von werten Elementen ein, denen fachliche, politische oder andere außerrechtliche Erwägungen zugrunde liegen.

Es ist daher wiederholt vorgeschlagen worden, die von Gesetzgeber oder Verwaltung zu leistenden Bewertungen und Beurteilungen wie *Ermessensentscheidungen* zu behandeln und nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle in Richtung auf die in § 114 VwGO niedergelegten Grundsätze zu unterziehen.

So findet sich gerade bei der richterlichen Überprüfung von Gesetzen zur *Wirtschaftslenkung* oder zur *kommunalen Neugliederung* wiederholt der Hinweis auf einen breiten Raum gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit¹⁸, auf weitgehend freies gesetzgeberisches Ermessen bei der Festlegung der mit dem Gesetz angestrebten Ziele und bei der Auswahl der dafür geeigneten Mittel¹⁹ oder auf einen breiten Handlungs- und Beurteilungsspielraum, »dessen das Parlament bedürfe«, um

- V C 104/63 - BVerwGE 23, S. 112 L.: »Die Eignung zur Jugendgefährdung sowie die in § 1 S. 2 GJS hierfür gegebenen Beispiele sind unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsspielraum.«

15 So führt etwa das VG Frankfurt eine Art »Zweitkorrektur« der schriftlichen Arbeiten durch, vgl. insbesondere Urteil vom 26. 1. 1972 - III/2 E 296/68 - DVBl. 1972, S. 428 L.: »Die Gesamtnote in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist rechtsfehlerhaft zustande gekommen, wenn die ihr zugrunde liegenden Bewertungen der schriftlichen Arbeiten auf einer unrichtigen tatsächlichen Feststellung bzw. auf einer Verletzung des allgemein gültigen Bewertungsgrundsatzes, daß *Richtiges nicht als falsch bewertet werden darf*, beruht«; ähnlich auch *Schmidt-Salzer*, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 46.

16 Für eine unterschiedliche Behandlung der schriftlichen und mündlichen Leistungen setzt sich vor allem *Schmidt-Salzer*, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 86, ein. Er will die schriftlichen Leistungen einer gerichtlichen Totalkontrolle unterziehen, während er den Prüfern für die Bewertung der mündlichen Prüfung wegen der Einmaligkeit und Unwiederholbarkeit einen Beurteilungsspielraum zubilligt.

17 So hat die gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung dort ihre prozessrechtliche Grenze, wo die in der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Mittel der Sachaufklärung eine weitere Erforschung des Sachverhalts nicht zulassen. Eine vollständige Überprüfung wird daher schon aus diesem Grunde nicht möglich sein; vgl. *Stüer*, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, (April-) Heft 8 m. w. Nachw.

18 BVerfG vom 23. 3. 1960 - 1 BvR 216/51 - BVerfGE 11, S. 30 (42); Beschluß vom 18. 12. 1968 - 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65 - BVerfGE 25, S. 1 (12) - MühlenG; Beschluß vom 8. 12. 1970 - 1 BvR 95/68 - BVerfGE 29, S. 327 (331) - Schankerlaubnissteuer; Beschluß vom 2. 10. 1973 - 1 BvR 345/73 - NJW 1973, S. 2099 - §§ 7-9 StabilitätsschlagG; für den Bereich der kommunalen Gebietsreform etwa StGH Ba.-Wü. vom 8. 9. 1972 - Gesch. Reg. Nr. 6/71 - DÖV 1973, S. 163 ff., A. U., S. 61, und *Rengeling*, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Gesetzen zur kommunalen Gebietsreform, Der Landkreis 2/1974, S. 52 (53).

19 BVerfG vom 16. 3. 1971 - 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - NJW 1971, S. 1255; »Dabei ist zu berücksichtigen, daß dem Gesetzgeber bei wirtschaftsordnenden Maßnahmen, die den Freiheitsspielraum für die wirtschaftlich tätigen Individuen enge, hinsichtlich der Auswahl und technischen Gestaltung dieser Maßnahmen ein weiter Bereich des Ermessens zusteht...« Auch bei »Fragen der technischen Ausgestaltung des Gesetzes hat der Gesetzgeber weitgehend freie Hand« (S. 1258); BVerfG Beschluß vom 9. 3. 1971 - 2 BvR 326, 327, 341-345/69 - BVerfGE 30, S. 250 (264) = NJW 1971, S. 1603; für den Bereich der kommunalen Gebietsreform: StGH NS vom 23. 1. 1974 - StGH 3/72 - A. U., S. 36 - Cuxhaven/Land Hadeln/Stade; vom 23. 1. 1974 - StGH 2/72 - A. U., S. 24 - Wolfsburg-Gesetz.

8 Vgl. dazu ausführlich *Redeker*, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757 (759) unter Ziff. 4; *Hoppe*, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Scupin-Festschrift, S. 121 (131); als Beispiel aus der Rechtsprechung: VG Gelsenkirchen vom 2. 7. 1971 - 5 K 1064/70 - DVBl. 1971, S. 832 (833) - Flachglas-Urteil 1. Instanz: Die Planung verkenne die »sozialen Bedürfnisse der Bevölkerung« und trage auch den »Wohnbedürfnissen« nicht ausreichend Rechnung; ähnlich OVG Münster vom 12. 4. 1972 - VII A 844/71 - DVBl. 1972, S. 687 - Flachglas-Urteil 2. Instanz: Die Planung stehe mit der »städtebaulichen Ordnung« nicht im Einklang.

9 Vgl. Gesetz zur Bewahrung der Jugend vor Schund- und Schmutzschriften i. d. F. vom 29. 4. 1961 (BGBl. I, S. 497).

10 BVerwG vom 16. 12. 1971 - I C 31/68 - BVerwGE 39, S. 197 = DVBl. 1972, S. 388 m. Anm. *Schmidt-Salzer* und *Wagenitz* = NJW 1972, S. 596 = DÖV 1972, S. 419 = JZ 1972, S. 204 m. Anm. *Bachof* (641) = MDR 1972, S. 540; vgl. ferner *Kellner*, Neuere Erkenntnisse zum sog. Beurteilungsspielraum, DÖV 1972, S. 801 ff.; *Ericksen*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, VerwArch. 1972, S. 337 ff.; *Ott*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendschutz in verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1972, S. 1219; *von Olshausen*, Beurteilungsspielraum der Verwaltung und Rationalität der Rechtsanwendung, BVerwGE 39, S. 137, JuS 1973, S. 217.

11 Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films i. d. F. vom 9. 8. 1971 (BGBl. I, S. 1251).

12 VG Berlin vom 25. 10. 1972 - I A 68/72 und 69/72 - abgedruckt unten S. 375 und S. 378 = NJW 1973, S. 1148.

13 BVerwG vom 24. 4. 1959 - VII C 104/58 - BVerwGE 8, S. 272; vom 7. 5. 1971 - VII C 51/70 - DVBl. 1972, S. 182 (183); vgl. auch *Stüer*, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, (April-) Heft 8, m. w. Nachw. Fußn. 18.

14 So holte etwa das OVG Münster im Rechtsstreit um die Indizierung der Bundesprüfstelle für literarischen Jugendschutz - siehe dazu BVerwG vom 16. 12. 1971 - I C 31/68 - BVerwGE 39, S. 197, weitere Fundstellen s. Fußn. 10 - das Gutachten eines Professors ein, der eine Gefährdung der Jugend verneinte, folgte diesem Gutachten und gab der Klage statt. Es stützte sich dabei auf die frühere Rechtsprechung des BVerwG, wonach die Bundesprüfstelle keinen Beurteilungsspielraum habe, sondern das Gericht die Voraussetzungen des § 1 GJS unbegrenzt zu überprüfen habe, so etwa BVerwG vom 12. 1. 1966

seiner weitgehend politisch determinierten Aufgabe gerecht zu werden²⁰.

Auch bei der Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen haben die Gerichte mehrfach einen Bezug zur Ermessenskontrolle hergestellt und etwa die Aufstellung eines *Bebauungsplanes* und die darin zum Ausdruck kommende schöpferisch gestaltende Tätigkeit²¹ sowie die Entscheidung des *Bundesamtes für Landwirtschaft und Forsten* über die Einfuhrbeschränkungen nach § 10 Abs. 3 S. 1 AWG²² mit einer Ermessensentscheidung verglichen und der Kontrolle nach § 114 VwGO unterzogen.

Für die Überprüfung von *Beamtenbeurteilungen* und *pädagogisch-wissenschaftlichen Prüfungsentscheidungen*²³, aber auch gelegentlich in anderen Bereichen²⁴ sowie seit der Entscheidung des I. Senats des BVerwG²⁵ auch für die gerichtliche Kontrolle gesetzlich vorgesehener Gremienentscheidungen²⁶ ist der Verwaltung von den Gerichten ein nicht nachprüfbarer *Beurteilungsspielraum*²⁷ (Beurteilungsermächtigung) eingeräumt worden, wobei die Grenzen zum herkömmlichen Ermessensbegriff gerade nach der Entscheidung des GemS²⁸ allerdings zusehends fließender werden²⁹.

20 Vgl. dazu VerfGH NW vom 2. 11. 1973 - VerfGH 17/72 - Eildienst Landkreistag NW 1973, S. 269 (270) - Sennestadt-Urteil; vom 7. 12. 1973 - VerfGH 11-15/72 - Levern-Urteil; vom 7. 12. 1973 - VerfGH 16/72 - Lashorst-Urteil; vom 7. 12. 1973 - VerfGH 18/72 - Nettelstedt-Urteil.

21 BVerwG vom 12. 12. 1969 - IV C 105/66 - BVerwGE 34, S. 301 = DVBl. 1970, S. 414: »Planungshoheit bedeutet dabei vor allem die Einräumung eines Planungsermessens.« »In Richtung auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle der Planung ergibt sich aus der Verbindung von Plan und Gestaltungsfreiheit unabweisbar die Beschränkung darauf, ob im Einzelfall die gesetzlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit überschritten sind oder von der Gestaltungsfreiheit in einer der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (vgl. § 114 VwGO).«

22 AußenwirtschaftsG vom 28. 4. 1961 (BGBl. I, S. 481), BVerwG vom 21. 1. 1972 - VII C 29/70 - DVBl. 1972, S. 895 - Importquoten-Urteil - m. Anm. Redeker; vgl. auch Redeker, Anm. zu GemS OGH Beschluß vom 19. 10. 1971 - GemS OGB 3/70 - DVBl. 1972, S. 604 (608).

23 BVerwG vom 24. 4. 1959 - VII C 104/58 - BVerwGE 8, S. 272; vom 14. 7. 1961 - VII C 25/61 - BVerwGE 12, S. 359; vom 27. 9. 1962 - VII C 164/61 - BVerwGE 15, S. 39; vom 10. 7. 1964 - VII C 124/63 - BVerwGE 19, S. 128 (132 f.); vom 28. 1. 1966 - VII C 128/64 - BVerwGE 23, S. 124; Beschluß vom 20. 12. 1963 - VII B 21/63 - DVBl. 1964, S. 825; Beschluß vom 30. 8. 1966 - VII B 113/66 - DVBl. 1966, S. 860; vom 7. 5. 1971 - VII C 53/70 - DVBl. 1972, S. 182 (183); Stüer, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, (April-)Heft 8, Fußn. 18 m. w. Nachw.

24 Stüer, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, (April-)Heft 8, Fußn. 19.

25 BVerwG vom 16. 12. 1972 - I C 31/68 - BVerwGE 39, S. 197 (weitere Fundstellen s. Fußn. 10).

26 Vgl. zur Filmbewertung die Entscheidungen in Fußn. 12.

27 Begriff von *Bachof*, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, S. 97 (98); *Ule*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 309; *ders.*, Verwaltungsprozessrecht, § 2 I 3; *Jesch*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82/1957, S. 163; *Redeker*, Fragen der Kontrollrechte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 31 I c 2 »Einschätzungsprärogative« (8. Aufl.); vgl. *Kellner*, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 (576); *ders.*, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, S. 857 ff.; *Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618 m. umfangreichen weiteren Nachweisen; *ders.*, Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, DÖV 1970, S. 84 ff.; *ders.*, Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung - Rezension zum Urteil BVerwG vom 16. 12. 1971 - I C 31/68 -, DÖV 1972, S. 402 ff.

28 GemS OGH, Beschluß vom 19. 10. 1971 - GemS OGB 3/70 - DVBl. 1972, S. 604 m. Anm. Redeker = NJW 1972, S. 1411 (1414): »Vom Ergebnis her macht es keinen bedeutenden Unterschied, ob der Rechtsschutz dadurch erlangt wird, daß die Verwaltungsgerichte zwar von einer Ermessensentscheidung ausgehen, diese aber auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Billigkeit prüfen, oder dadurch, daß die Gerichte zwar von einer Rechtsentscheidung ausgehen, sich aber dann, zur Vermeidung einer uferlosen Kontrolle der Verwaltung, auf eine taktvolle und behutsame Rechtskontrolle beschränken«, mit Hinweis auf *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 212; *Franssen*, Anmerkung zum Vorlagebeschluß des BVerwG, JZ 1971, S. 226;

Soweit die Gerichte bei diesen Verwaltungsentscheidungen mit wertendem oder prognostischem Charakter einen kontrollfreien Beurteilungsspielraum anerkennen, wird dafür besonders auf die »Einmaligkeit und Unwiederholbarkeit der Prüfungssituation«³⁰, auf die »Höchstpersönlichkeit der Entscheidung«³¹ sowie auf die »bevorzugungswürdige Sachkunde eines Fachgremiums« hingewiesen, dessen »Zusammensetzung vermutete Fachkenntnis und Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz verbindet« und dessen »Besetzung die Gewähr für ein Wirksamwerden verschiedener Gruppen unserer pluralistischen Gesellschaft bietet«³².

In allen anderen Fällen haben die Gerichte bisher eine Beurteilungsermächtigung der Verwaltung abgelehnt³³, wobei allerdings offenbleibt, welche Ausstrahlungskraft die Entscheidung des BVerwG zum literarischen Jugendschutz³⁴ auf die Kontrolle anderer Verwaltungsbereiche haben wird. Insbesondere für die gerichtliche Überprüfung der Bauleitplanung stellte sich angesichts der neueren Rechtsprechung die Frage, ob das BVerwG an seiner bisherigen Ansicht³⁵ wird festhalten können, wonach die in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG zur Charakterisierung der Belange verwendeten Begriffe als unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsermächtigung einer uneingeschränkten richterlichen Kontrolle zugänglich sind³⁶.

Jedenfalls zeigt dieser kursorische Überblick, daß sich eine einheitliche Linie richterlicher Spruchpraxis bisher nicht herausfinden konnte, und ferner, daß die eingeschlagenen Lösungswege neu überdacht werden müssen.

3. Unterscheidung zwischen autonomen und heteronomen Determinanten

Die Frage nach dem Umfang gerichtlicher Kontrolle in den hier angesprochenen Bereichen von Gesetzgebung und Verwaltung hat von der besonderen Eigenart dieser Entscheidungen auszugehen. Gesetze zur Wirtschaftslenkung oder kommunalen

Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 76, 92.

29 Dazu kritisch *Redeker*, Anmerkung zur Entscheidung des GemS, DVBl. 1972, S. 604 (608): »In die Prüfung der Beurteilungsermächtigung fließen (gegenüber der Ermessenskontrolle) zusätzliche Prüfungsmaßstäbe ein, die für die einzelnen Beurteilungsermächtigungen freilich durchaus verschieden sein können« (Ergänzung vom Verfasser).

30 Dazu grundsätzlich *Oldiges*, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 (619); *Semler*, Gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, NJW 1973, S. 1774; *Holland*, Verwaltungsrechtsschutz im Schulverhältnis, DVBl. 1968, S. 245; *Schmidt-Salzer*, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, S. 165 ff.; *Flatten*, Schul- und Prüfungsentscheidungen in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, SKV 1965, S. 190 (191); *Stüer*, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DÖV 1974, (April-)Heft 8, Fußn. 26, 27.

31 *Bettermann*, Anm. zu VG Frankfurt vom 14. 11. 1961 - VII 2 971/60 - DÖV 1962, S. 151; *Kellner*, Zum Beurteilungsspielraum, DÖV 1962, S. 572 (576); *ders.*, Der sog. Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, NJW 1966, S. 857 (858); *Rösgen*, Die Handhabung gesetzlicher Generalklauseln in der Revisionsinstanz, DÖV 1966, S. 532; *Stern*, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung, S. 22.

32 BVerwG vom 16. 12. 1971 - I C 31/68 - BVerwGE 39, S. 197 (weitere Fundstellen Fußn. 10).

33 Vgl. die umfangreiche Aufstellung bei *Ossenbühl*, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1971, S. 618 (621) Fußn. 24; besonders deutlich BVerwG vom 2. 4. 1968 - VI C 73/67 - BVerwGE 29, S. 279 (280) = DVBl. 1968, S. 428 (429); hier wird klar ausgesprochen, daß Beurteilungsermächtigungen im wesentlichen nur in drei Bereichen anzuerkennen sind: »bei Prüfungsentscheidungen, bei prüfungähnlichen Entscheidungen und bei den Wertungen der Dienstherren über ihre Beamten«. Die Entscheidung dürfte allerdings durch BVerwGE 39, S. 197 zumindest teilweise überholt sein.

34 BVerwGE 39, S. 197 (weitere Fundstellen Fußn. 10).

35 Vgl. dazu die grundlegende Entscheidung BVerwG vom 12. 12. 1969 - IV C 105/66 - BVerwGE 34, S. 301 = DVBl. 1970, S. 414 (weitere Fundstellen Fußn. 1) m. Anm. *Hoppe*, BauR 1970, S. 31 ff.

36 Kritisch dazu *Hoppe*, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Scupin-Festschrift, S. 121 (129); *Redeker*, DÖV 1971, S. 757 (759): Auch das Gericht habe gegenüber der Gemeinde keine bevorzugungswürdige Sachkunde.

Gebietsreform, Prüfungsentscheidungen, Filmbewertungen, Schriftindizierungen oder gemeindliche Planungsentscheidungen sind von einem hohen Grad an Wertungen, Erwägungen, Einschätzungen und Prognosen gekennzeichnet, die sich rechtlicher Fixierung weitgehend entziehen. Selbst mit den im jeweiligen Fachbereich zur Verfügung stehenden Mitteln empirisch-wissenschaftlicher Erforschung sind sie nur unvollständig offenzulegen und nachzuvollziehen. Nicht zuletzt scheitert eine völlige Objektivierung und Standardisierung der Bewertungsmaßstäbe daran, daß die zugrunde liegenden Überlegungen einen nicht geringen Teil außerrechtlicher, vielfach politisch-wertender Elemente enthalten, die den Entscheidungsprozeß bestimmen.

Dies wird etwa bei *wirtschaftslenkenden Maßnahmen* des Gesetzgebers besonders deutlich. Hier stehen zumeist geld-, kredit-, steuer-, konjunktur- oder haushaltspolitische – also primär außerrechtliche – Überlegungen im Vordergrund³⁷. Der gesetzgeberische Entscheidungsprozeß vollzieht sich auf der Grundlage einer bestimmten wirtschaftspolitischen Vorstellung und orientiert sich unter Beachtung der Sachgesetzmäßigkeiten des jeweiligen Gebietes an Zielvorstellungen und Leitlinien, die wegen ihres außerrechtlichen Charakters einem unmittelbaren rechtlichen Urteil entzogen sind³⁸. Vielfach werden dabei Prognosen und Einschätzungen etwa über zukünftiges Verbraucherverhalten oder Kaufkraftstabilität³⁹, über Veränderungen der Handelsbilanz oder Beurteilungen der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung⁴⁰ wirksam, die sich in rechtlichen Kontrollnormen schwerlich einfangen lassen.

Auch die *gesetzgeberische Neugliederungsentscheidung* ist überwiegend von außerrechtlichen Faktoren bestimmt. Es fließen dabei Gesichtspunkte der Raumordnung und Landesplanung⁴¹, Grundsätze des zentralörtlichen Gliederungsprinzips⁴², sozio-ökonomische Überlegungen und verwaltungsbetriebwirtschaftliche Methoden⁴³ sowie eine kaum übersehbare Zahl von weiteren Maßstäben, Gliederungskonzeptionen und Lösungsmodellen ein⁴⁴.

In diesem Geflecht unterschiedlicher Zielvorstellungen und oft gegenläufiger Interessenstrukturen hat der Gesetzgeber un-

ter Berücksichtigung der besonderen geographischen, siedlungsstrukturellen, sozio-ökonomischen und landschaftlichen Verhältnisse, unter Einbeziehung der sich abzeichnenden künftigen Entwicklungen sowie unter Beachtung selbstgesetzter Leitbilder und Modellkonzeptionen im Rahmen der politischen Durchsetzbarkeit⁴⁵ die in Rede stehenden Alternativen abzuwägen und die beteiligten Belange weitmöglichst zum Ausgleich zu bringen – eine Tätigkeit, die sich von einer dem Subsumtionsdenken verhafteten Anwendung von Konditionalprogrammen deutlich unterscheidet⁴⁶.

Ähnliche Strukturen weist eine *gemeindliche Planungsentscheidung* auf. Das Vorziehen oder Zurückstellen von Belangen, die Entwicklung planerischer Vorstellungen und Leitbilder sowie die Entscheidung innerhalb eines Geflechts mehr oder weniger zahlreicher, in ihrem Verhältnis zueinander komplexer Interessen sind schöpferisch-technische Vorgänge, die primär außerrechtlichen, sachimmanenten Gesetzmäßigkeiten unterliegen und auf der gestaltenden Rationalität des Planers beruhen⁴⁷.

Auch die Schriftindizierung durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, die Filmbewertung durch ein Verwaltungsgremium nach § 9 FilmförderungsgG, die Beamteneurteilung durch einen Dienstvorgesetzten sowie die pädagogisch-wissenschaftlichen Prüfungsentscheidungen sind nicht nur – ja nicht einmal in erster Linie – rechtlich bestimmt, sie beruhen vielmehr weitgehend auf allgemein fachlichen Gesichtspunkten, sachimmanenten Gesetzmäßigkeiten und einem nicht geringen Maß an eigenen Wertungen, Erwägungen und Beurteilungen des Entscheidenden, wobei auch ein stark prognostischer Charakter etwa der Schriftindizierung oder einer Prüfungsentscheidung zu betonen ist⁴⁸.

Allerdings vollziehen sich diese Entscheidungen nicht in einem rechtsfreien Raum. Sie werden vielmehr von Verfassung und Gesetzen rechtlich determiniert. Diese rechtliche Bindung wird von *Handlungsnormen* – also jenen Gesetzmäßigkeiten, nach denen sich die Entscheidungen von Gesetzgeber oder Verwaltung vollziehen – und von *Kontrollnormen* – also jenen Verfassungs- und anderen Rechtsnormen, die bei der gerichtlichen Überprüfung dieser Entscheidungen zur Anwendung gelangen – ausgeübt.

Die Handlungsnormen, die sich also an Gesetzgeber oder Verwaltung wenden, bestehen aus zwei Teilen: Durch einen rechtlichen Bereich werden die Entscheidungen fremd (*heteronom*) determiniert, der andere Teil der Handlungsnormen ist einer rechtlichen Fixierung entzogen. Er vollzieht sich nach sachimmanenten (*autonomen*) und fachbezogenen Grundsätzen, Maßstäben, Wertungen und Erwägungen. Die normativen

37 BVerfG, Beschluß vom 2. 10. 1973 – 1 BvR 345/73 – NJW 1973, S. 2099 (2100) – StabilitätzuschlagG; Beschluß vom 9. 3. 1971 – 2 BvR 326, 327, 341–345/69 – BVerfGE 30, S. 250 ff. = NJW 1971, S. 1603; Beschluß vom 24. 9. 1965 – 1 BvR 228/65 – BVerfGE 19, S. 119 (127) – CouponsteuerG; vgl. ferner Beschluß vom 30. 10. 1961 – 1 BvR 833/59 – BVerfGE 13, S. 181 (203) – Schankerlaubnissteuer; vom 24. 1. 1962 – 1 BvR 845/58 – BVerfGE 13, S. 331 (345 f.) – Gewerbesteuer; vom 22. 5. 1963 – 1 BvR 78/56 – BVerfGE 16, S. 147 (161).

38 BVerfG, Beschluß vom 9. 3. 1971 – 2 BvR 326, 327, 341–345/69 – BVerfGE 30, S. 250 = NJW 1971, S. 1603 – Absicherungsg.

39 BVerfG, Beschluß vom 15. 12. 1970 – 1 BvR 559, 571, 586/70 – BVerfGE 29, S. 402 = NJW 1971, S. 319 – Konjunkturzuschlag.

40 BVerfG, Beschluß vom 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 745/66 – NJW 1971, S. 1255 – Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse; Beschluß vom 2. 10. 1973 – 1 BvR 345/73 – NJW 1973, S. 2099 (2100) StabilitätzuschlagG.

41 Schulz-Gadow, Einfluß der Raumordnung und Landesplanung auf die kommunale Neugliederung, Diss. jur., Münster 1974 (maschinenschriftlich).

42 Dazu kritisch Tiggemann, Grenzen und Möglichkeiten der Anwendung des zentralörtlichen Gliederungsprinzips in der kommunalen Neugliederung, Städte- und Gemeinderat 1974, S. 46; Steinberg, Zu den Begriffen Stadtregion und Solitärstadt, Gutachten zur kommunalen Neugliederung, erstattet im Auftrage der Stadt Sennestadt im Rahmen des Verfassungsverfahrens der Stadt Sennestadt gegen das Gesetz zur Neugliederung des Raumes Bielefeld vom 24. 10. 1972 (VerfGH NW 17/72), Unna 1973.

43 Hirsch, Ökonomische Maßstäbe für die kommunale Gebietsreform, Abhandlungen zur Kommunalpolitik Bd. 3, Köln 1971.

44 Hoppe, Verfassungsrechtliche und verwaltungspolitische Aspekte der kommunalen Gebietsreform, Städte- und Gemeinderat 1973, S. 14 ff. (21); Hoppel/Rengeling, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, S. 47 ff.; Wagener, Neubau der Verwaltung, Gliederung der öffentlichen Aufgaben und ihrer Träger nach Effektivität und Integrationswert, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 41, Berlin 1969.

45 Dieser Gesichtspunkt wird besonders vom StGH NS vom 23. 1. 1974 – StGH 2/72 – A. U., S. 27 (Wolfsburg-Gesetz) hervorgehoben.

46 Zu den besonderen Sachstrukturen der kommunalen Gebietsreform als Vorgang der Organisationsplanung, Hoppe, Verfassungsrechtliche und verwaltungspolitische Aspekte der kommunalen Gebietsreform, Städte- und Gemeinderat 1973, S. 14 (18); Planungsprogramme als Zweckprogramme im Sinne der entscheidungstheoretischen Analyse von Niklas Luhmann; vgl. hierzu Oberndorfer, Strukturprobleme des Raumordnungsrechts, Die Verwaltung 1972, S. 261.

47 Hoppe, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Scupin-Festschrift, S. 121 (123) mit Hinweis auf Beenken, Zur Überprüfbarkeit der Bauleitpläne nach dem BBauG, Bonn 1967, S. 13; Imboden, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL 18 (1960), S. 113 (130); Schmidt-Abmann, Grundfragen des Städtebaurechts, 1972, S. 160 ff.; Badura, Das Planungsermessens und die rechtsstaatliche Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Festschrift Bayerischer Verfassungsgerichtshof, 1972, S. 157 ff.; Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, NJW-Schriften 8 (1971), Rdz. 148.

48 Stüer, Die gerichtliche Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, DUV 1974, (April-)Heft 8; vgl. auch Ossenbühl, Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung, in diesem Heft vorstehend abgedruckt.

Determinanten, die das Wesen der Planung, der Prüfungsentscheidungen, der Beamtenbeurteilungen, der Filmbewertungen oder auch der Neugliederungsmaßnahmen als Entscheidungsprozessen mit typischen Eigengesetzlichkeiten nicht verändern, stellen dabei begleitende Schranken und Grenzen dar, indem sie normativ geprägte Ziel- und Wertvorstellungen, Form- und Verfahrensvorschriften sowie allgemeine Grundregeln für Abwägungs- und Bewertungsvorgänge aufstellen⁴⁹. Nur in diesem Bereich *heteronomer Determinanten* ist eine rechtliche Kontrolle denkbar. Der *autonome Bestandteil* der Handlungsnormen dagegen ist einer Rechtskontrolle nicht zugänglich.

Der *Anteil autonomer und damit kontrollfreier Determinanten* ist nach der spezifischen Eigenart der in Rede stehenden Entscheidungen unterschiedlich⁵⁰. Er ist um so größer, je weitgehender Gesetzgeber und Verwaltung zur *eigenverantwortlichen, letztverbindlichen und damit kontrollfreien Entscheidung* berufen sind. Der Umfang dieser Entscheidungslegitimation kann sich aus speziellen gesetzlichen Vorschriften herleiten⁵¹, er ergibt sich im übrigen aus den besonderen Funktionen, die Gesetzgeber und Verwaltung in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat zugewiesen sind.

Für die Kontrolle *wirtschaftslenkender oder stabilitätspolitischer* Gesetze bedeutet dies, daß die Gerichte gehindert sind, die gesetzgeberischen Beurteilungen im autonomen wirtschafts- oder stabilitätspolitischen Raum durch eigene Wertungen zu ersetzen und damit den Boden »wirtschaftspolitischer Neutralität des Grundgesetzes« zu verlassen⁵².

Ferner bedeutet es für die Überprüfung *außenpolitischer Verträge*⁵³ ebenso wie für die gerichtliche Kontrolle von *Gesetzen zur kommunalen Gebietsreform*⁵⁴ den Verzicht des Verfassungsgerichts, »Politik zu betreiben, d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen«⁵⁵.

Für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von *Prüfungsentscheidungen, Beamtenbeurteilungen, Gremienentscheidungen* oder *gemeindlichen Planungsentscheidungen* folgt daraus schließlich, daß die Gerichte gehindert sind, in den durch Ge-

setz eingeräumten oder aus dem Gewaltenteilungsprinzip sich ergebenden eigenverantwortlichen (autonomen) Gestaltungsraum der Verwaltung mit eigenen richterlichen Beurteilungen und Entscheidungen einzugreifen.

Das Bestehen dieser autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsräume ist verfassungsrechtlich unbedenklich und verstößt insbesondere nicht gegen das in Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck gekommene Prinzip eines möglichst lückenlosen Rechtsschutzes des Bürgers. Diesem Anliegen wird dadurch ausreichend Rechnung getragen, daß der rechtlich determinierte Teil der Entscheidung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen wird. Gerichtlicher Rechtsschutz dient der Abwehr von Rechtsverletzungen. Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG verlangt nicht, daß die Entscheidung im autonomen (außerrechtlichen) Bereich letztverantwortlich vom Gericht getroffen wird⁵⁶.

4. Auswirkungen auf die Kontrollnormen

Das Vorhandensein autonomer Gestaltungsräume kann allerdings nicht ohne Auswirkungen auf die Kontrollnormen bleiben. Sind Gesetzgeber und Verwaltung bei Entscheidungen der hier genannten Art auch autonom und damit zum Teil kontrollfrei determiniert, so ist es dem Gericht verwehrt, mit Kontrollnormen in diesen außerrechtlichen Bereich »hineinzuprüfen«. Die Kontrollnormen erfahren also durch die autonomen Gestaltungsräume von Gesetzgeber und Verwaltung eine inhaltliche Festlegung und Begrenzung. Dies gilt sowohl für die Kontrolleröffnungsnormen als auch für die materiellen Kontrollmaßstäbe.

So tragen etwa die *Kontrolleröffnungsnormen*⁵⁷ dem Bestehen autonomer Gestaltungsräume dadurch Rechnung, daß sie *Eingangsvoraussetzungen* für die materielle Kontrolltätigkeit der Gerichte aufstellen und so dem Verfahren eine ganz bestimmte Richtung geben. Zu ihnen gehört etwa § 90 BVerfGG, der eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Grundrechtsverletzung zur Voraussetzung einer Verfassungsbeschwerde macht, es zählen hierzu auch § 91 BVerfGG und die entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen⁵⁸, die eine Verfassungsbeschwerde gegen Neugliederungsmaßnahmen nur bei Verletzung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechtes eröffnen, oder § 42 Abs. 2 VwGO, der die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsklage von der (möglichen) Verletzung subjektiver Rechte abhängig macht.

Besonders aber die *materiellen Kontrollmaßstäbe*, also jene Regeln, die bei der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung der Gerichte zur Anwendung gelangen, werden durch das Vorhandensein autonomer (kontrollfreier) Gestaltungsräume inhaltlich festgelegt und geprägt. Sie werden mehr und mehr zu *offenen Generalklauseln*, die auf außerrechtliche Maßstäbe, Erwägungen und Bewertungen Bezug nehmen und damit weitgehend an rechtlicher Aussagekraft verlieren. Die kontrollfreien Gestaltungsräume von Gesetzgeber und Verwaltung *begrenzen und verkürzen die vorhandenen Einzelmaßstäbe*

49 Für den Bereich der Planung Hoppe, Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, S. 121 (123).

50 Er entfällt etwa im Strafrecht bei Fragen der Strafzumessung ganz. Soweit nach dem Gesetz mehrere Lösungen für die Strafzumessung möglich und vertretbar erscheinen, kommt die »letztverbindliche Konkretisierung« und damit eine vollständige Überprüfung der Erstentscheidung »dem für die Wahrung der Rechtseinheit verantwortlichen Revisionsgericht zu«, die Konstruktion eines irrevisiblen Spielraums der Vertretbarkeit ist im Strafrecht unhaltbar, so jedenfalls Frisch, Ermessen, unbestimmter Rechtsbegriff und »Beurteilungsspielraum« im Strafrecht, NJW 1973, S. 1345 (1349).

51 So etwa bei der Gremienentscheidung aus § 9 FilmförderungsgG. Vgl. VG Berlin vom 25. 10. 1972 - I A 68/72 und 69/72 -, abgedruckt unten S. 375 und S. 378; bei der Indizierungsentscheidung der Bundesprüfstelle für literarischen Jugendschutz aus § 1 GJS, BVerfGE 39, S. 197 (weitere Fundstellen Fußn. 10).

52 BVerfG, Beschluß vom 9. 3. 1971 - 2 BvR 326, 327, 341-345/69 - BVerfGE 30, S. 250 - AbsicherungsgG m. w. Nachw.; Beschluß vom 16. 3. 1971 - 1 BvR 52, 665, 754/66 - NJW 1971, S. 1255 - Bevorratungspflicht; Beschluß vom 8. 12. 1970 - 1 BvR 95/68 - BVerfGE 29, S. 327 (331) - Schankerlaubnissteuer; Beschluß vom 2. 10. 1973 - I BvR 345/73 - NJW 1973, S. 2099 - Stabilitätzuschlag.

53 BVerfG vom 31. 7. 1973 - 2 BvE 1/73 - DVBl. 1973, S. 657 - Grundlagenvertrag - L.: »Der Grundsatz des judicial self restraint zielt darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten« m. Anm. Kimminich = JZ 1973, S. 594 m. Anm. Oppermann = DÖV 1973, S. 581 m. Anm. Scheuner; vgl. ferner Lewald, Die verfassungsrechtliche Lage Deutschlands, NJW 1973, S. 2265 m. w. Nachw.

54 VerfGH NW vom 2. 11. 1973 - VerfGH 17/72 - Eildienst Landkreistag NW 1973, S. 269 (A. U., S. 19 f.) - Sennestadt-Urteil: »Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die konkreten Zwecke der von ihm zu setzenden Ordnung und die von ihm zur Verwirklichung dieser Zwecke für notwendig gehaltenen Einzelregelungen selbst zu bestimmen. Darin liegt der Handlungs- und Beurteilungsspielraum begründet, dessen das Parlament zu seiner politischen Entscheidung bedarf.«

55 So das BVerfG zum Grundlagenvertrag, vgl. Fußn. 53.

56 BVerfG vom 13. 12. 1970 - VII C 75/66 - BVerfGE 35, S. 69 = JZ 1971, S. 222 m. Anm. Fransen, Vorlagebeschluß zu § 131 AO; GemS OGH, Beschluß vom 19. 10. 1971 - GemS OGB 3/70 - DVBl. 1972, S. 604 (607) - § 131 AO; BVerfG vom 16. 12. 1971 - I C 31/68 - BVerfGE 39, S. 197 (weitere Fundstellen s. Fußn. 10) - GJS; vgl. auch BVerfG vom 18. 12. 1953 - 1 BvL 106/53 - BVerfGE 3, S. 225 (243); Beschluß vom 10. 10. 1961 - 2 BvL 1/59 - BVerfGE 13, S. 151 (161); Beschluß vom 12. 1. 1967 - 1 BvR 169/63 - BVerfGE 21, S. 73 (79) = DVBl. 1967, S. 232 (zum Beurteilungsspielraum); Redeker, Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757 (758 Fußn. 10).

57 Normen, die Zulässigkeitsvoraussetzungen enthalten.

58 Vgl. dazu Hoppel/Rengeling, Der Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, »Verfahrensfragen«, S. 183-214 (Mitarbeit Stürer).

und *reduzieren* das für eine gerichtliche Überprüfung zur Verfügung stehende *Maßstabssystem* auf einen geringeren als sonst üblichen Umfang. Das läßt sich in vielen Bereichen richterlicher Kontrolltätigkeit nachweisen:

Es zeigt sich besonders deutlich bei der *Grundrechtsprüfung* für den Bereich *wirtschaftslenkender und steuerpolitischer Maßnahmen*. Während sonst ein Gesetz im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde uneingeschränkt auf Eignung, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit geprüft wird, entfällt hier zu meist die Erforderlichkeitsprüfung zugunsten einer abgeschwächten Zumutbarkeits- oder Vertretbarkeitskontrolle⁵⁹.

Oft werden wirtschaftslenkende und steuerpolitische Gesetze auch nur auf Sachgerechtigkeit, Geeignetheit⁶⁰ oder Willkürfreiheit geprüft. Jedenfalls entfällt eine allgemeine Zweckmäßigkeitkontrolle. »Ob auch andere Maßnahmen zur Erreichung des vom Gesetzgeber verfolgten Zieles möglich und besser geeignet gewesen wären, hat das BVerfG nicht zu entscheiden⁶¹«.

Ähnliches gilt für die gerichtliche Überprüfung von Gesetzen zur *kommunalen Gebietsreform*. Auch hier entfällt eine allgemeine Zweckmäßigkeitprüfung. Die Neugliederungsmaßnahme ist zwar an Gründen des öffentlichen Wohls (Gemeinwohls) zu messen. In diesem Rahmen ist der Gesetzgeber jedoch frei, »die konkreten Zwecke der von ihm zu setzenden Ordnung und die von ihm zur Verwirklichung dieser Zwecke für notwendig gehaltenen Einzelregelungen selbst zu bestimmen. Darin liegt der Handlungs- oder Beurteilungsspielraum begründet, dessen das Parlament zu seiner politischen Entscheidung bedarf«⁶².

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle zieht sich auf eine eingeschränkte⁶³ Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Neugliederungslösung zurück. Gelegentlich gerät sie sogar in die Nähe einer reinen Willkür- und Mißbrauchskontrolle⁶⁴.

Auch die *verwaltungsgerichtliche Überprüfung* von *gemeindlichen Bebauungsplänen* ist von einer Totalkontrolle weit entfernt. Unter Beachtung des autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraumes der Gemeinde sind die Gerichte darauf beschränkt zu untersuchen⁶⁵, ob der vorgelegte Plan

– subjektiv – von einer an den Leitlinien des § 1 Abs. 1 BBauG zu messenden Planungsintention getragen wird (Fehler: *städtebauliches Intentionsdefizit*) und – objektiv – durch hinreichend gewichtige städtebaulich beachtliche Allgemeinbelange legitimiert ist (Fehler: *städtebauliches Legitimationsdefizit*), ob die in § 1 Abs. 4 und 5 BBauG als unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Beurteilungsermächtigung⁶⁶ umschriebenen Belange beachtet worden sind und ob die einer jeden Planung zugrunde liegende *Interessenabwägung* rechtlichen Anforderungen genügt. Hier kommen als *Abwägungsfehler* das von Hoppe so bezeichnete Ermittlungs- und Feststellungsdefizit, das Abwägungsdefizit, die Abwägungsfehleinschätzung, die Abwägungsdisproportionalität sowie die Verletzung des privaten Schonungs- und Differenzierungsgebotes in Betracht⁶⁷.

Jenseits dieser rechtlichen Maßstäbe beginnt der autonom planerisch-gestaltende Bereich, der einer Rechtskontrolle entzogen ist.

Auch für die gerichtliche Kontrolle von *Prüfungsentscheidungen* ist ein besonderes Maßstabssystem entwickelt worden, das den Eigengesetzlichkeiten und Besonderheiten pädagogisch-wissenschaftlicher Bewertungs- und Entscheidungsverfahren genügend Raum läßt. Hier beschränkt sich die Kontrolle der Gerichte auf die Untersuchung, ob der Prüfer von falschen Tatsachen ausgegangen ist, ob er die allgemeinen Bewertungsgrundsätze nicht beachtet hat, ob er sich von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder ob das Prüfungsverfahren den Grundsatz der Chancengleichheit⁶⁸ verletzt. Der autonome Bereich pädagogischer Wertungen und Erwägungen, etwa die Frage der Eignung eines Schülers zur Mitarbeit in der nächsthöheren Klasse, der Kenntnisse und Fähigkeiten eines Kandidaten für eine Beförderung in die gehobene Beamtenlaufbahn oder die Beurteilung, ob ein Schüler den Anforderungen eines wissenschaftlichen Hochschulstudiums wird genügen können – diese und andere Fragen des pädagogisch-wissenschaftlichen Bereichs sind einer gerichtlichen Überprüfung nicht unmittelbar zugänglich⁶⁹.

Ähnliche Überlegungen kennzeichnen das für die Überprüfung von *Gremienentscheidungen* bei Schriftindizierungen und Filmbewertungen aufgestellte Kontrollschema. Auch hier sind die Gerichte darauf beschränkt zu überprüfen, ob das Fachgremium »von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ob es die Grenzen seiner Einschätzungsprärogative eingehalten und die im Gesetz niedergelegten Wertmaßstäbe angewendet hat«⁷⁰. Die von diesen Kontrollmaßstäben nicht erfaßten Wertungen und fachbezogenen Beurteilungen gehören in einen dem Gremium durch Gesetz zugewiesenen Bereich autonomer und damit kontrollfreier Gestaltungsbefugnis.

S. 100; Hoppe, Anm. zu BVerwG 34, S. 301 BauR 1970, S. 15 ff.; ders., Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen, NJW-Schriften 8 (1971), Rdz. 148 ff.; ders., Zur Rechtskontrolle von Bebauungsplänen, Scupin-Festschrift, S. 121 (127 ff.).

66 So die bisherige Rechtsprechung des IV. Senats, es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß es fraglich ist, ob das BVerwG an dieser Ansicht wird festhalten können (vgl. Fußn. 35 und 36).

67 Siehe hierzu die Nachweise unter Fußn. 65; zum interkommunalen Abwägungsgebot BVerwG vom 8. 9. 1972, DVBl. 1973, S. 34 ff. und Hoppe, Zwischengemeindliche planungsrechtliche Gemeindenabklagen, Zum interkommunalen Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 4 S. 2 BBauG), Wolff-Festschrift 1973.

68 BVerwG vom 13. 10. 1972 – VII C 17/71 – DOV 1973, S. 420 – DVBl. 1973, S. 150; vom 17. 1. 1969 – VII C 77/67 – BVerwG 31, S. 190 m. w. Nachw.; vom 3. 5. 1963 – Buchholz, 421.0 Prüfungswesen, Nr. 19, S. 53; Stüer, DOV 1974, (April-)Heft 8, Fußn. 37.

69 Oldiges, Die Kontrolle von Schul- und Prüfungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichte, JurA 1970, S. 611 ff.

70 BVerwG 39, S. 197; auch die Entscheidungen des VG Berlin (Nachweise Fußn. 12) gehen davon aus.

59 BVerfG, Beschluß vom 16. 3. 1971 – BvR 52, 665, 667, 754/66 – NJW 1971, S. 1255 – Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse; Beschluß vom 9. 3. 1971 – 2 BvR 326, 327, 341–345/69 – BVerfGE 30, S. 250 (264) – AbsicherungsG.

60 BVerfG, Beschluß vom 7. 4. 1964 – 1 BvL 12/63 – BVerfGE 17, S. 306 – § 1 Abs. 2 Nr. 1 Personenbeförderungsg; Beschluß vom 27. 1. 1965 – 1 BvR 213, 715/58 und 66/60 – BVerfGE 18, S. 315 – § 12 Milch- und FettG; Beschluß vom 24. 9. 1965 – 1 BvR 228/65 – BVerfGE 19, S. 119 (126) – CouponsteuerG; Beschluß vom 18. 12. 1968 – 1 BvL 5, 14/64 und 5, 11, 12/65 – BVerfGE 25, S. 1 (2) – MühlenG; Beschluß vom 15. 12. 1970 – 1 BvR 559, 571, 586/70 – BVerfGE 29, S. 402 – Konjunkturzuschlag; Beschluß vom 9. 3. 1971 – 2 BvR 326, 327, 341 – 345/69 – BVerfGE 30, S. 250 (264) – AbsicherungsG; Beschluß vom 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 – NJW 1971, S. 1255 – Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse; Beschluß vom 2. 10. 1973 – 1 BvR 345/73 – NJW 1973, S. 2099 – StabilitätzuschlagG; ferner Klöpfer, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen, NJW 1971, S. 1585 m. w. Nachw. Fußn. 3; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 19, 76 f., 289 f., 346 f.

61 BVerfGE 29, S. 402 – Konjunkturzuschlag (weitere Fundstellen Fußn. 60).

62 VerfGH NW vom 2. 11. 1973 – VerfGH 17/72 – Eildienst Landkreistag NW 21/1973, S. 269 (270) – Sennestadt-Urteil – m. w. Nachw.

63 Dazu noch unten bei Fragen der Kontrolldichte: Die Verfassungswidrigkeit wird nur bei Evidenz der Fehlerhaftigkeit, nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit oder bei eindeutiger Verletzung des Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes festgestellt, so insbesondere die neuere Rechtsprechung des VerfGH NW.

64 So etwa StGH NS vom 23. 1. 1974 – StGH 2/72 – Wolfsburg-Gesetz – und – StGH 3/73 – Cuxhaven/Land Hadeln/Stade. Die Einzelbegründungen gehen über allgemeine Leerformeln nicht hinaus.

65 BVerwG 34, S. 301, weitere Fundstellen s. Fußn. 1; vom 16. 4. 1971 – IV C 66/67 – DVBl. 1971, S. 746 = DOV 1971, S. 639 = BauR 1971,

Insgesamt wird deutlich, daß das System richterlicher Kontrollmaßstäbe in den hier gekennzeichneten Bereichen mit Rücksicht auf die autonome Gestaltungsbefugnis von Gesetzgeber und Verwaltung auf ein geringeres als sonst übliches Maß reduziert wird.

5. Autonomer Gestaltungsbereich und richterliche Kontrolldichte⁷¹

Oft läßt allerdings selbst dieses begrenzte Maßstabssystem ein Übergreifen richterlicher Kontrolle in den autonomen Gestaltungsraum von Gesetzgeber und Verwaltung zu. Diese Gefahr der *Ausufahrung gerichtlicher Prüfungstätigkeit* ist um so größer, je weitreichender und ausgreifender die zur Verfügung stehenden Kontrollmaßstäbe und richterlichen Prüfungsraster sind.

Dies ist insbesondere in dem von VerfGH NW für die Kontrolle von *Neugliederungsgesetzen* entwickelten Prüfungsschema deutlich geworden. Bei Maßnahmen der kommunalen Gebietsreform ist es dem Gesetzgeber nach der Aussage des Gerichts verwehrt, Zwecke zu verwirklichen oder Sachverhalte herbeizuführen, die dem Staat und seinen Gebietskörperschaften im ganzen mehr schaden als nützen⁷².

Diese Schaden-Nutzen-Bilanz setzt eine recht genaue und bis ins einzelne gehende Analyse sowohl der mit dem Gesetz verfolgten Zwecke als auch der mit ihm verwirklichten Sachverhalte voraus. Sie führt dazu, daß der VerfGH bei der Gegenüberstellung von Vorteilen und Nachteilen, von Nutzen und Beeinträchtigung, Gewichtungen und Wertungen selbst vornimmt und Abwägungen selbst anstellt.

Um diese recht eingehende und weitreichende Prüfung abzuschwächen, zieht sich der Gerichtshof in weiten Bereichen seiner Kontrolltätigkeit auf eine *Evidenzprüfung* zurück: Über Wertungen, Erwägungen und Prognosen des Gesetzgebers könne sich das Gericht nur hinwegsetzen, wenn sie *eindeutig widerlegbar* oder *offensichtlich fehlsam* sind⁷³.

Ein Neugliederungsgesetz sei nur verfassungswidrig, wenn es *offensichtlich* ungeeignet, *eindeutig* übermäßig oder *offensichtlich* unverhältnismäßig sei. Durch dieses zusätzlich eingeführte Merkmal einer *Evidenz der Fehlerhaftigkeit* wird die strikte und vollständige Anwendung der Kontrollmaßstäbe durch eine grobmaschigere und damit mehr und mehr pauschalere Handhabung der gerichtlichen Prüfungsnormen ersetzt. Die richterliche *Kontrolldichte* (Prüfungsintensität, Prüfereichweite) wird auf den geringeren Umfang der Evidenzprüfung reduziert.

Ähnliche Überlegungen sind für die gerichtliche Überprüfung von *wirtschaftslenkenden Gesetzen* kennzeichnend. Auch hier hat das Bundesverfassungsgericht die Frage etwa der Zwecktauglichkeit einer gesetzlichen Maßnahme »stets sehr eingeschränkt«⁷⁴ behandelt und jeweils nur geprüft, ob das

eingesetzte Mittel »objektiv ungeeignet«⁷⁵, »objektiv untauglich«⁷⁶ oder »schlechthin, völlig oder eindeutig ungeeignet« ist⁷⁷. Auch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung spricht das Gericht von einer sehr weitgehenden Gestaltungsfreiheit sowie von einem weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers⁷⁸. Deshalb müsse die »sachliche Gleichwertigkeit der Alternativlösung in jeder Hinsicht eindeutig feststehen«⁷⁹, die gesetzgeberischen Motive und Zielvorstellungen müßten »eindeutig widerlegbar« oder »offensichtlich fehlerhaft« sein⁸⁰.

Auch bei der Überprüfung des *Grundlagenvertrages* zieht sich das Bundesverfassungsgericht⁸¹ in weiten Teilbereichen auf eine reine Evidenzprüfung zurück und begründet dies mit dem Hinweis auf einen »breiten Raum politischen Ermessens«, der den Gesetzgebungsorganen zukomme. Das Gericht könne »dem Gesetzgeber erst entgegenreten, wenn er die Grenzen dieses Ermessens eindeutig überschreite«⁸².

Es ist zu fragen, ob diese Zurückhaltung richterlicher Kontrolltätigkeit nicht auch auf die *verwaltungsgewerliche Überprüfung* in jenen Bereichen übertragen werden sollte, in denen autonome Gestaltungsbefugnisse der Verwaltung in Rede stehen. Auch hier könnte eine allzu strikte Anwendung der zur Verfügung stehenden Kontrollmaßstäbe eine Ausufahrung richterlicher Kontrolle in den autonomen Gestaltungsraum der Verwaltung bedeuten. Je mehr es gelingt, *allgemeine Bewertungsgrundsätze* für Prüfungsentscheidungen, Beamtenbeurteilungen, Filmbewertungen oder Planungsentscheidungen aufzustellen und zu entwickeln, je weitreichendere Kontrollmaßstäbe für eine gerichtliche Überprüfung zur Verfügung stehen, um so größer ist die Gefahr, daß richterliche Kontrolltätigkeit in den autonomen (kontrollfreien) Gestaltungsraum der Verwaltung vordringt. So sehr das Bemühen um eine stärkere Durchleuchtung und Strukturierung außerrechtlicher Bewertungs- und Entscheidungsvorgänge Unterstützung verdient, so sorgfältig ist darauf zu achten, daß nicht durch eine von den Gerichten überbetonte Entwicklung und Verwendung allgemeiner Bewertungsmaßstäbe der eigenverantwortliche Entscheidungsraum der Verwaltung unzulässig reduziert wird⁸³.

75 BVerfGE 17, S. 306 (317) (s. Fußn. 3).

76 BVerfGE 16, S. 147 (181) (s. Fußn. 3).

77 BVerfGE 19, S. 119 (126); BVerfGE 29, S. 402; BVerfG NJW 1971, S. 1603 (s. Fußn. 3); vgl. auch *Kloepfer*, Das Geeignetheitsgebot bei wirtschaftslenkenden Steuergesetzen, zum Beschluß des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Absicherungsg, NJW 1971, S. 1585; *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz 1971, S. 108.

78 BVerfG vom 17. 3. 1959 - 1 BvL 39, 44/56 - BVerfGE 9, S. 201 (206).

79 BVerfGE 25, S. 1 (19 f.); BVerfG, NJW 1971, S. 1255 (s. Fußn. 3).

80 Ähnliche Formulierungen enthält die Entscheidung BVerfG vom 18. 12. 1968 - 1 BvR 638, 673/64 und 200, 238, 249/65 - BVerfGE 24, S. 367 für die Zulässigkeit von Legaleiteignungen: »Soweit (bei der Beurteilung der maßgeblichen Sachverhalte) Wertungen und Erwägungen des Gesetzgebers von Bedeutung sind, kann sich das Gericht über sie allerdings nur hinwegsetzen, wenn sie eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlsam sind oder der Wertordnung des Grundgesetzes widersprechen« (406) (Ergänzung vom Verfasser).

81 BVerfG vom 31. 7. 1973 - 2 BvF 1/73 - NJW 1973, S. 1539.

82 BVerfG, aaO: »Wenn die Maßnahme des Gesetzgebers also rechtlich oder tatsächlich einer Wiedervereinigung in Freiheit offensichtlich entgegensteht«; vgl. auch BVerfG vom 17. 8. 1956 - 1 BvB 2/51 - BVerfGE 5, S. 85 (126 ff.); BVerfG, Beschluß vom 20. 12. 1960 - 1 BvL 21/60 - BVerfGE 12, S. 45 (51 f.).

83 Ein Beispiel für eine m. E. zu weitreichende gerichtliche Überprüfung ist die Rechtsprechung des VG Frankfurt zur Kontrolle von Prüfungsentscheidungen, vgl. insbesondere vom 26. 1. 1972 - III/2 E 296/68 - DVBl. 1972, S. 428 L.: »Die Gesamtnote in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ist rechtsfehlerhaft zustande gekommen, wenn die ihr zugrunde liegenden Bewertungen der schriftlichen Arbeiten auf einer unrichtigen tatsächlichen Feststellung bzw. auf einer Verletzung des allgemein gültigen Bewertungsgrundsatzes, daß *Richtiges nicht als falsch bewertet werden darf*, beruhen.« Das Gericht führt dabei eine Art »Zweitkorrektur« der schriftlichen Arbeiten durch, wobei es die Prüfungsbeurteilungen durch eigene Bewertungen und Beurteilungsmaßstäbe ersetzt.

71 Darunter soll hier die Anwendung und Handhabung gerichtlicher Kontrollmaßstäbe verstanden werden.

72 Vgl. die Aachen-Urteile des VerfGH NW vom 4. 8. 1972, z. T. abgedruckt im Eildienst des Landkreistages NW 1972, S. 206 ff.; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Hoppe*, Entwicklungslinien in der Rechtsprechung des nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshofs zu kommunalen Gebietsänderungen, in: Rechtsfragen der Gegenwart, Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1972, S. 92 ff.; *ders.*, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen zum Aachen-Gesetz. Eine Analyse, Städte- und Gemeinderat 1972, S. 257 ff.

73 So auch für die Schaden-Nutzen-Bilanz VerfGH NW vom 2. 11. 1973 - VerfGH 17/72 - Eildienst des Landkreistages NW 1973, S. 269 (270); kritisch *Hoppe*, Städte- und Gemeinderat 1972, S. 257 ff.; auch *Stüer*, Die Urteile des Verfassungsgerichtshofes für das Land Nordrhein-Westfalen zum Bielefeld-Gesetz, Städte- und Gemeinderat 1974, (April-) Heft 4; *Hoppe/Tiggemann/Stüer*, Gutachten zur kommunalen Neugliederung im Raum Kettwig, S. 139 ff.

74 So ausdrücklich BVerfG, Beschluß vom 9. 3. 1971 - 2 BvR 326, 327, 341-345/69 - NJW 1971, S. 1603.

Hier könnte eine auf *Evidenz der Fehlerhaftigkeit* begrenzte gerichtliche Überprüfung jenen Freiraum sichern, dessen die Verwaltung auf der Grundlage des Gewaltenteilungsprinzips zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Aufgaben bedarf. Vielleicht wird es auf diese Weise gelingen, den Weg zu einer »taktvollen und behutsamen Rechtskontrolle«⁸⁴

⁸⁴ Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungslehre, S. 212, ähnlich Fransen in seiner Anm. zum Vorlagebeschuß des BVerwG, JZ 1971, S. 226; Schmidt-Salzer, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungs-

zu finden, der das Extrem einer richterlichen Totalkontrolle ebenso wie einen Rückzug gerichtlicher Überprüfung auf bloße Willkür- und Mißbrauchskontrolle vermeidet. So wird es immer wieder neuer und intensiverer Anstrengungen bedürfen, um jene schmale Gratwanderung zu vollführen, die von richterlicher Kontrolltätigkeit in einem gewaltenteilenden Rechtsstaat erwartet wird.

behörden, S. 76, 92; vgl. auch GemS OGH - Beschuß vom 19. 10. 1971 - GemS OGB 3/70, DVBl. 1972, S. 604 (606).

Zum »Ermessen« bei Erteilung einer vorläufigen Gaststättenerlaubnis (§ 11 GastG)

— Zum Beschuß des OVG Münster vom 17. 5. 1973 (IV B 211/73)¹ —

Von Assessor Dr. Hans Henning L o h m a n n, Wiss. Assistent, Marburg

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 des Gaststättengesetzes vom 5. 5. 1970 kann Personen, die einen erlaubnisbedürftigen Gaststättenbetrieb von einem anderen übernehmen wollen, die Ausübung des Gaststättengewerbes bis zur Erteilung der (endgültigen) Erlaubnis auf Widerruf gestattet werden. Mit der Auslegung dieser Vorschrift befaßt sich der Beschuß des OVG Münster vom 17. 5. 1973¹. Zu entscheiden war über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO), mit der die Verwaltung zur Gewährung einer solchen »vorläufigen« Erlaubnis verpflichtet werden sollte. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Erteilung der vorläufigen Erlaubnis auf Grund der in § 11 GastG enthaltenen Kann-Formulierung im Ermessen der Behörde stehe. Dieses Ermessen sei allerdings nicht frei, sondern werde durch den Zweck des § 11 GastG (Sicherung der Betriebskontinuität, reibungsloser Inhaberwechsel) und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt. Die Ablehnung eines Antrags auf Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis sei gerechtfertigt, wenn nach einer Interessenabwägung Bedenken von einigem Gewicht bestünden, ob der Antragsteller die endgültige Erlaubnis erhalten könne.

Die Entscheidung enthält eine bemerkenswerte Abweichung zum Urteil des OVG Münster vom 1. 4. 1969 (IV A 1285/68)². Damals hatte derselbe Senat entschieden, daß die Kann-Formulierung des § 7 GastG 1930 der Behörde bei Erteilung einer vorläufigen Gaststättenerlaubnis gerade *kein* Ermessen einräume. § 7 GastG 1930 lautete: »Die zuständige Behörde kann Personen, die einen der im § 1 Abs. 1 bezeichneten Betriebe von einem anderen übernehmen, zur Ausübung des Gewerbes bis zur Erteilung der Erlaubnis auf Widerruf zulassen.« Bei der Auslegung dieser Bestimmung vertrat der Senat den Standpunkt, daß der Behörde mit dem Wort »kann« nur die Möglichkeit (Befugnis) gegeben werde, die Vorerlaubnis zu erteilen. Ein Ermessen stehe der Behörde aber nicht zu; vielmehr folge aus Sinn und Zweck der Vorschrift, daß die Vorerlaubnis auch erteilt werden *müsse*, sofern nicht bereits feststehe, daß der Bewerber die endgültige Konzession nicht erhalten könne.

Gegenüber dem § 7 GastG 1930 scheint der § 11 des jetzt geltenden GastG 1970 nur unwesentlich anders formuliert. Wie also kommt das OVG Münster in seinem Beschuß vom 17. 5. 1973 zu einer so grundlegend veränderten Auslegung? Befaßt man sich näher mit dieser Frage, so entdeckt man sehr rasch, daß der Wechsel in der Rechtsprechung wohl kaum mit der besonderen Situation im neuen Gaststättenrecht erklärt

werden kann, sondern vielmehr auf restaurative Tendenzen hinweist, wie sie sich jüngst sowohl auf dem Gebiet des Ermessens³ als auch auf dem Parallelgebiet des unbestimmten Rechtsbegriffs⁴ in der Rechtsprechung abzuzeichnen scheinen.

Gerade die Rechtsprechung zur vorläufigen Gaststättenerlaubnis liefert in ihrer Wechselhaftigkeit ein getreues Spiegelbild der jeweils sich ablösenden pro- und regressiven Tendenzen in der Ermessenslehre. Was den § 7 GastG 1930 anging, so bestand *vor* dem Urteil des OVG Münster vom 1. 4. 1969 weitgehende Einigkeit darin, daß die Erteilung (und Verlängerung) der Vorerlaubnis in das pflichtgemäße Ermessen der Behörde gestellt sei⁵. Im Rahmen der Ermessensausübung sollten das öffentliche Interesse an der Fernhaltung unzuverlässiger Personen und das private Interesse des Antragstellers an kontinuierlicher Weiterführung des Gaststättenbetriebes gegeneinander abzuwägen sein⁶. Diese Auffassung fand auch in der Lehre Zustimmung⁷. Ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Vorerlaubnis bestand demnach nicht⁸; allerdings war nach den zu § 7 GastG 1930 ergangenen Ausführungsbestimmungen im früheren Preußen, in Bayern, Württemberg und Braunschweig⁹ die Vorerlaubnis *im allgemeinen* zu erteilen, sofern das Bedürfnis für die Fortführung des Betriebs voraussichtlich anzuerkennen war und gegen die persönliche Zuverlässigkeit des Antragstellers keine Bedenken bestanden.

Diese Auslegung des § 7 GastG 1930 bewegte sich ganz im Rahmen der herkömmlichen Ermessenslehre, für die das Wesen des Ermessens in einer der Verwaltung von Gesetzes wegen eingeräumten, freilich durch die »Ermessensschranken« gleich

³ Beschuß des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe vom 19. 10. 1971 zur Auslegung des § 131 AO (GmS OGB 3/70), BVerwGE 39, 355 ff. = DVBl. 1972, 604 ff. = NJW 1972, 1411 ff. = DÖV 1972, 712 ff.; ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. 1. 1972 zu § 12 Außenwirtschaftsgesetz (VII C 29/70), DVBl. 1972, 895 f.

⁴ Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. 12. 1971 zu § 1 GJS (I C 31/68), BVerwGE 39, 197 ff. = DVBl. 1972, 383 ff. = NJW 1972, 596 ff. = JZ 1972, 204 ff. sowie des VG Berlin vom 25. 10. 1972 zum Filmförderungsgesetz (VG I A 69/72), NJW 1972, 1148 ff.

⁵ So: VGH Stuttgart vom 11. 3. 1954, DÖV 1954, 285; OVG Lüneburg vom 4. 9. 1959, GewArch. 1963, 65 f. (65) = DÖV 1962, 154 (LS); VGH München vom 20. 11. 1964, NJW 1965, 1979 f.

⁶ VGH München, NJW 1965, 1979 f. (1980).

⁷ Vgl. etwa: Weiß/Mayer, GastG, 1932, § 7 Anm. 2; Michel, GastG, 4. Auflage 1952, § 7 Anm. IV; Scheer, GastG, 1959, § 7 Anm. II 1; Gropp, Gaststättenrecht in: Brauditsch/Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. VIII (1965), § 7 GastG Anm. II.

⁸ Scheer, aaO (Fußn. 7).

⁹ Vgl. für Preußen: Ausführungsbestimmungen vom 5. 6. 1930, MBlV 1930 Nr. 25, S. 541 (zu § 7 GastG); für Bayern: § 14 der Vollzugsbekanntmachung vom 15. 9. 1931; für Württemberg: § 68 der VollzugsVO vom 8. 7. 1930; für Braunschweig: Art. 6 der Ausführungsbestimmungen vom 30. 6. 1930.

¹ Abgedruckt in DVBl. 1973, 863 f. = NJW 1973, 1993 f.

² Abgedruckt in OVG 24, 266 f. = NJW 1969, 1732 f.