

DIE ENTWICKLUNG DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Rechtsdisziplin durch höchstrichterliche Rechtsprechung

Festvortrag von Prof. Dr. Walter Krebs (Berlin) aus Anlaß des 80. Geburtstags von Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger (Münster)

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard Stürer, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster

Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hat sich sozusagen zu einem juristischen Dauerbrenner in Wissenschaft und Praxis entwickelt. Der Ausbau der verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten stärkt die Abwehr- und Mitwirkungsrechte des Bürgers und schützt ihn vor einem Eingreifen des Staates in individuelle Rechtspositionen. Zugleich wird aber in letzter Zeit auch zunehmend auf Schwachstellen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes hingewiesen (vgl. etwa Paul Stelkens, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Krise, DVBl. 1995, 1105; ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit im Umbruch, NVwZ 1995, 325). Steckt die Verwaltungsgerichtsbarkeit tatsächlich in einer Krise und welche Rezepturen sind zu verordnen? Ist der Rechtsstaat zu einem Rechtsmittel- oder Rechtswegestaat verkommen und – vor allem – leisten die Verwaltungsrichter selbst den notwendigen Beitrag zu der erforderlichen Balance der Kräfte zwischen Gesetzgeber, Verwaltung, Rechtsprechung und Gesellschaft und tragen die Gerichte in dem gebotenen Umfang zu einer Akzeptanz des Rechtsstaates und der richterlichen Entscheidungen durch die Bürger bei? Oder ist die nicht selten beklagte mangelnde Akzeptanz des Rechts am Ende nur ein bedauerliches Produkt der Rechtsprechung selbst? Die Beantwortung dieser zentralen Fragen des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsgerichtsbarkeit standen im Mittelpunkt einer Akademischen Feierstunde zu Ehren von Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger, der am 1. 11. 1995 sein 80. Lebensjahr vollendet hatte.

»Das Recht wirkt nicht in erster Linie durch staatliche Gewalt, sondern vor allem durch die Autorität, die es genießt«, machte Prof. Dr. Walter Krebs (Berlin) zu Beginn seines Vortrags über »Rechtsdisziplin durch höchstrichterliche Rechtsprechung« am 8. 11. 1995 vor Kollegen, Schülern und Freunden des Jubilars in dem bis auf den letzten Platz besetzten Festsaal der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster klar. Nicht staatlicher Zwang, sondern die Rechtsüberzeugung in der Bevölkerung führe vor allem im öffentlichen Recht zur Geltung des Rechts vielfach über seinen eigentlichen Regelungs- und Anwendungsbereich hinaus. »Die Geltung des Rechts hängt dabei von der Autorität der Rechtssätze ab, d. h. von dem Ansehen, das sie um ihrer selbst willen genießen«, erklärte Krebs, der selbst mehrere Jahre Geschäftsführender Direktor des Instituts für öffentliches Recht und Politik und Prorektor in Münster war, und leitete aus diesem Befund eine erhöhte Verantwortung gerade von Gesetzgeber und Rechtsprechung ab. Die Rechtsnormen müßten z. B., wenn sie auf allgemeine Akzeptanz stoßen sollen, auf die Sachstrukturen der zu regelnden Probleme eingehen und dürften nicht als Akte symbolischer Politik mißbraucht werden. Vor allem aber stehe die Rechtsprechung in einer erhöhten Verantwortung. Die Gerichte könnten nur dann eine allgemeine Akzeptanz ihrer Erkenntnisse für sich beanspruchen, wenn sie auch selbst durch überzeugende und neutralitätsverpflichtete Entscheidungen einen Beitrag zur Akzeptanz der Rechtsordnung leisteten. Denn die formale Rechtskraft von Entscheidungen der Fachgerichtsbarkeit – so machte Krebs deutlich – reicht über den entschiedenen Einzelfall und die am Rechtsstreit Beteiligten nicht hinaus. Und selbst durch Entscheidungen des BVerfG, mit denen die Nichtigkeit eines Gesetzes mit Allgemeinverbindlichkeit und mit Gesetzeskraft (§ 31 BVerfGG) festgestellt wird, sei der Gesetzgeber offenbar, so werde vertreten (Hans-Uwe Erichsen / Walter Frenz, Gemeinschaftsrecht vor deutschen Gerichten, Jura 1995, 422), nicht gehindert, erneut ein inhaltsgleiches Gesetz zu erlassen. Ein solches Ergebnis werde aus dem Grundsatz abgeleitet, daß der Gesetzgeber nur an die Verfassung und nicht an ein einfaches Gesetzesrecht gebunden sei. Trotz dieser formalen Beschränkung der Rechtskraftwirkung seien vielfach sogar lediglich durch obiter dicta in Gerichtsentscheidungen wichtige Weichenstellungen für die künftige Rechtspraxis bewirkt

worden. Eine derart weitreichende Geltung richterlicher Entscheidungen lasse sich aber auf Dauer nur gewährleisten, wenn auch die Gerichte die für sie geltenden »Spielregeln« einhalten. Denn der hohe Grad der Rechtsbefolgung in der Bevölkerung gehe vor allem auf die Erwartung der Bürger zurück, daß auch alle anderen Teilnehmer sich an eine Befolgung der »Spielregeln« halten. Die oberste »Spielregel« der Richter sei aber die strikte Bindung an Gesetz und Recht sowie die Wahrung richterlicher Unabhängigkeit und Neutralität. Diese Gesichtspunkte kämen neuerdings häufig zu kurz, wofür Krebs verschiedene Beispiele benannte: Das Gericht dürfe sich nicht über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen und seine eigene politische Wertung an die Stelle der gesetzgeberischen Leitentscheidung setzen. Gegen diesen Grundsatz habe das BVerwG etwa bei der Entscheidung zu Ladenschlußzeiten bei Tankstellen verstoßen (BVerwG, Urteil vom 26. 10. 1993 – 1 C 17.91 –, DVBl. 1994, 411 = BVerwGE 94, 244). Wenn nach § 6 Abs. 2 LadSchlG an Tankstellen während der allgemeinen Ladenschlußzeiten und an Sonn- und Feiertagen nur die Abgabe von Ersatzteilen für Kraftfahrzeuge sowie die Abgabe von Betriebsstoffen gestattet sei, erklärte Krebs gewiß zum Leidwesen vieler Autofahrer, dann sei der Reisebedarf davon jedenfalls nicht umfaßt (so die Vorinstanz OVG Münster, Urteil vom 3. 12. 1990 – 4 A 1513/89 –, NJW 1991, 1374). Auch das BVerfG habe die Grenze der Verfassungsbindung der Rechtsprechung in der Maastricht-Entscheidung (Urteil vom 12. 10. 1993 – 2 BvR 2143/92 und 2159/92 –, DVBl. 1993, 1254 = BVerfGE 89, 155, 175) hinsichtlich der Beurteilung seines Zusammenwirkens mit dem EuGH erreicht. Auch die Kruzifix-Entscheidung des BVerfG (Urteil vom 15. 5. 1995 – 1 BvR 1087/91 –, DVBl. 1995, 1069) nannte Krebs als Beleg dafür, daß die Richter in Karlsruhe die gebotene Zurückhaltung gegenüber dem kontrollierten Staatsorgan nicht gewahrt hätten. Dies gelte vor allem hinsichtlich der Schelte, die das höchste deutsche Gericht gegenüber dem VGH München erhoben habe. Wenn das BVerfG es im Eilverfahren aufgrund einer Folgenabwägung selbst abgelehnt habe, eine einstweilige Anordnung zu erlassen (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 5. 11. 1991 – 1 BvR 1087/91 –, BVerfGE 85, 94 = NVwZ 1992, 52), dann sei es merkwürdig, dem Fachgericht eine gleichgerichtete Entscheidung vorzuwerfen.

Bereits zu Beginn der Feierstunde hatte der Dekan der Juristischen Fakultät, Prof. Dr. Dirk Ehlers (Münster), die Verdienste von Christian-Friedrich Menger gewürdigt und den Jubilar als einen herausragenden Vertreter seines Faches bezeichnet. Auch der Präsident der Hochschulrektorenkonferenz Prof. Dr. Hans-Uwe Erichsen (Münster), neben Prof. Dr. Werner Hoppe (Münster) und Prof. Dr. Albert von Mutius (Kiel) einer der drei Habilitanden, die zu der Festveranstaltung eingeladen hatten, würdigte Leben und Werk des Jubilars: Im Jahre 1915 im oberschlesischen Oppeln als Sohn eines preußischen Landrats geboren, promovierte Menger in Göttingen als Schüler von Eduard Wahl mit einer Dissertation über Fragen der Mitwirkung des Staates bei der Begründung selbständiger Verbandspersonen in der deutschen Rechtsgeschichte. Nach der Referendarausbildung in Berlin sowie Kriegsdienst und amerikanischer Kriegsgefangenschaft kam der Jubilar 1949 an die Westfälische Wilhelms-Universität nach Münster als planmäßiger wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. Hans Julius Wolff zum Kommunalwissenschaftlichen Institut. Nach einer Habilitation über verwaltungsprozeßrechtliche Fragen übernahm Menger im Jahre 1952 seinen ersten Lehrstuhl an der damaligen Hochschule für Arbeit, Politik und Wirtschaft in Wilhelmshaven-Rüstersiel. 1955 wechselte er nach Speyer an die Hochschule für Verwaltungswissenschaften und 1961 an die Universität Kiel. Seit 1967 war Menger als Nachfolger von Hans Julius Wolff Leiter des Kommunalwissenschaftlichen Instituts,

wie *Erichsen*, der die Leitung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts später von *Menger* übernommen hatte, erläuterte.

Schon mit seiner Habilitation über das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes setzte *Menger* Maßstäbe sowohl im allgemeinen Verwaltungsrecht als auch Verwaltungsprozessrecht, das einen seiner Forschungsschwerpunkte bildete (Christian-Friedrich *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954). Er arbeitete über die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht, über die Handlungsformen der Verwaltung bei der Subventionsvergabe, über das Gesetz als Norm und Maßnahme ebenso wie über den sozialen Rechtsstaat (vgl. Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner GG, Tübingen 1953) und die Rechtsprechung im modernen Staat (Moderner Staat und Rechtsprechung, Eine historische und systematische Studie über Stellung und Bedeutung der Dritten Gewalt im modernen Staat, Tübingen 1968; vgl. auch Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart, Heidelberg 1982).

Menger wurde zu hohen akademischen Ämtern berufen. *Erichsen*, Schüler *Mengers* und selbst über viele Jahre Rektor in Münster, erinnerte etwa an das Rektorat des Jubilars in den Amtsjahren 1957 bis 1959 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, an seine Zeit als Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Kiel (1964) und an den stellvertretenden Vorsitz der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (1960–1961) (vgl. bereits *Menger*, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 1957, 1 ff.). *Menger* hat immer die Verbin-

dung mit der Praxis gesucht. So war er nebenamtlich Richter am OVG des Landes Rheinland-Pfalz, am OVG für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein, wo er 1965 zum Obergerichtsrat ernannt wurde, und als Richter im Nebenamt am OVG für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster. Auch nach seiner Emeritierung im Jahre 1981 ist der Jubilar als Autor und Mitautor zahlreicher verwaltungs- und verfassungsrechtlicher Schriften hervorgetreten. Noch 1993 ist die achte Auflage seiner weitverbreiteten und hoch geschätzten Schrift »Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit« erschienen (Heidelberg 1993), in der er auch einen vielbeachteten Beitrag zur Bewältigung der Zeit des Nationalsozialismus leistete. Wer mit ihm zusammenarbeitete, war vor allem von seinem klaren Blick für das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, von der Anerkennung der Leistung anderer, seiner Bescheidenheit im persönlichen Umgang, aber auch von der Toleranz beeindruckt, mit der er die Meinungen Andersdenkender gelten ließ.

Das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mit seinen vielfältigen, facettenreichen Aspekten hat sich zu einem der Kernstücke des modernen öffentlichen Rechts entwickelt (vgl. auch System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich *Menger*, Köln 1985). Vor allem die Richterschaft, so mahnte der geehrte Verfassungs- und Verwaltungsrechtler in seinen Dankesworten die Festversammlung eindringlich, müsse dafür Sorge tragen, daß die Rechtsordnung weiterhin ihren Platz als ein von allen akzeptiertes Fundament des Staates behaupten und ausbauen könne.

Planungsrechtliche Optimierungsgebote – naturschutzrechtliche Eingriffsregelung – Folgekosten

Bericht über die Tagung des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer und des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Bernhard *Stüer*, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Lehrbeauftragter an den Universitäten Münster und Osnabrück, Münster

Die Speyerer Jahrestagungen des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen – seit dem Jahre 1977 zugleich Veranstaltungen des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer – haben sich seit Jahren zu einem wichtigen Forum der Straßenrechtler Deutschlands entwickelt. Mit den planungsrechtlichen Optimierungsgeboten, der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung und den Folgekosten bei der Verlegung von Verkehrsanlagen hatten die Teilnehmer aus allen Bereichen von Wissenschaft und Praxis des Straßenrechts drei Themen in den Mittelpunkt ihrer Beratungen gestellt, die sowohl für die wissenschaftliche Grundlegung als auch für die praktische Umsetzung des Straßenrechts zentrale Bedeutung gewonnen haben, wie Prof. Dr. Willi *Blümel* (Speyer) als Vorsitzender des Arbeitsausschusses und als wissenschaftlicher Leiter der Tagung zu Beginn der zweitägigen Veranstaltung vom 23./24. 10. 1995 erläuterte¹.

Planungsrechtliche Optimierungsgebote

»Die Begriffe der Optimierung und des Optimierungsgebotes bedeuten üblicherweise ein Verfahren zweckrationaler Entscheidungsfindung bzw. Normbegründung im Wege konkreter Abwägung von abstrakt gleichrangigen Zielen oder Zwecken. Optimierung ist ein Synonym für Abwägung im und für den konkreten

Fall und fungiert als das gerade Gegenteil jeder absoluten oder auch nur relativen Regelhaftigkeit und Normrationalität einer Entscheidung.« Mit diesen Worten eröffnete Prof. Dr. Richard *Bartlspurger* (Erlangen/Nürnberg) seine kritischen Überlegungen zu den »planungsrechtlichen Optimierungsgeboten«. Eine klare Absage erteilte der Erlanger Staatsrechtslehrer allen Bestrebungen, das Optimierungsgebot als feste rechtliche Regel in die planungsrechtlichen Kontrollmaßstäbe zu integrieren und hieraus zusätzliche, etwa strikt zu beachtende Vorgaben für die Planung oder die gerichtliche Kontrolle abzuleiten. Das Optimierungsgebot dürfe weder als strikt zu beachtender Planungsleitsatz noch als rechtlich zu beurteilendes Maximierungsgebot verstanden werden. Es kennzeichne vielmehr lediglich als allgemeiner Bewertungsmaßstab ein Prinzip der Gewichtung, das für die Abwägungsentscheidung typisch sei. Vor einer Verselbständigung des Begriffs im Sinne regelhafter Anforderungen an den Planungsprozeß oder die gerichtliche Kontrolle sei jedenfalls zu warnen. »Als Planungsleitsatz im Sinne der Rechtsprechung des BVerwG kommt das Optimierungsgebot schon deshalb nicht in Betracht, weil es keine strikte Beachtung für sich beanspruchen kann«, machte der Hochschullehrer klar. Auch eine regelhafte Verwendung jenseits einer strikten Bindung im Sinne eines relativen Gewichtungsvorrangs sei abzulehnen. Ebenso kritisch stand der Referent dem Grundsatz der Planerhaltung gegenüber, den er mit der Gefahr verband, die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrensvoraussetzungen für die Rechtsverbindlichkeit des Satzungsrechts zu unterlaufen und Fehler sozusagen sanktionslos werden zu lassen. Eine Überhöhung des planerischen Optimierungsgebots mit dem Ziel einer regelhaften Anwendung sei auch aus verfassungsrechtlichen Gründen problematisch. Eine verhältnismäßige Vorrangentscheidung könne sich lediglich im Einzelfall, nicht aber prinzipiell ergeben. Deshalb sei die insoweit auch prinzipiell unge-

¹ Vgl. zu den Tagungen des Arbeitsausschusses »Straßenrecht« die Berichte bei Bernhard *Stüer*, DÖV 1986, 65; DÖV 1987, 104; DÖV 1988, 507; DÖV 1989, 217; DVBl. 1990, 35; DVBl. 1990, 1393; DVBl. 1992, 1528; DVBl. 1993, 1300; Martin *Pfeil*, DVBl. 1991, 1351; Thomas *Ammelburger*, NVwZ 1995, 873.