

A. Annäherung an das Bau- und Planungsrecht

I. Die Grundfrage: Wozu dient die Rechtsordnung?

Es entspricht einer gern geübten Gewohnheit, den Beginn eines wissenschaftlichen Textes mit einem Zitat in lateinischer Sprache zu schmücken. Für ein juristisches Buch kann man dazu auf eine große Auswahl zurückgreifen; denn die Traditionen der Rechtswissenschaft reichen bis weit in das Römische Recht zurück. Zwei lateinische Sätze sollen zitiert werden, um den Sinn, aber auch die Beschränkungen einer Rechtsordnung deutlich werden zu lassen.

Der erste Satz lautet: „Autoritas, non veritas facit legem“¹ (Durchsetzungskraft, nicht Wahrheit macht das Gesetz aus). Der zweite Satz heißt: „Securitas, non iustitia facit pacem“² (Sicherheit, nicht Gerechtigkeit schafft den Frieden).

Das sind zwei provozierende Sätze. Soll es für eine Rechtsordnung wirklich nicht auf „veritas“, also auf Wahrheit, und nicht auf „iustitia“, also Gerechtigkeit, ankommen, sondern nur auf „autoritas“, also Durchsetzungskraft, und „securitas“, also Sicherheit? In dieser Umkehrung darf man die Sätze nicht lesen. Denn eine lügnerische und ungerechte Rechtsordnung schafft weder Sicherheit noch Frieden. Was hier gemeint ist, ist etwas anderes:

Es genügt nicht für eine Rechtsordnung, wohltuende Programmsätze aufzustellen und milde Gutmäßigkeit zu verkünden. Von einer Rechtsordnung kann man vielmehr erst dann reden, wenn bestimmte Regeln mit Durchsetzungskraft, mit Autorität versehen sind und wenn diese Regeln auch gegenüber Anfechtungen derart verteidigt werden, dass die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft vor Unrecht von außen und vor Willkür von innen verschont bleiben und somit „Sicherheit“ genießen. Von einer Rechtsordnung kann also erst dann gesprochen werden, wenn ihre Regeln hoheitlich durchgesetzt werden. Diese Ordnung darf nicht ungerecht und unsocial sein, wenn sie auf Dauer Bestand haben soll. Ob ein Gesetz, eine Rechtsregel jedoch inhaltlich „wahr“, ob sie „gerecht“ ist, das lässt sich in vielen Fällen nicht eindeutig beantworten. Die Geltungskraft einer Regel darf man von diesem Befund nicht prinzipiell abhängig machen. Man sollte die Bedingung vielmehr umgekehrt formulieren: Wenn eine Norm nicht eindeutig lügnerisch, wenn sie nicht eindeutig ungerecht ist, dann ist ihrer Geltung der Vorzug gegenüber der regellosen Unordnung zu geben. Denn ohne eine funktionierende Rechtsordnung kann eines der höchsten Güter der Gemeinschaft, der innere Frieden, nicht aufrechterhalten werden. Ohne Rechtsordnung gilt das Faustrecht, der Schwache muss sich dem Starken beugen. Die Ungerechtigkeit und Rechtlosigkeit, die unter dem Faustrecht herrschen, sind umso vielerlei schlechter als eine auch nur mäßige Rechtsordnung, dass es sich lohnt, sich auch dann auf die Seite des Gesetzes zu stellen, wenn man selbst als Gesetzgeber anders gehandelt hätte.

Aus dem Gesagten lässt sich eine erste **Definition der modernen Rechtsordnung** ableiten: *Rechtsordnung, das ist der Inbegriff der hoheitlich durchzusetzenden, mindestens gerichtlich feststellbaren Regeln für alle Bereiche des menschlichen Zusammenlebens mit dem erkennbaren Ziel, eine gerechte soziale Ordnung herzustellen und zu erhalten.* Ob diese Definition für alle Zeiten gilt und gegolten hat, ob und welche anderen Definitionen möglich sind, soll hier nicht erörtert werden, bis auf den Hinweis, dass andere Meinungen dazu möglich sind und auch vertreten werden.³

1 Der Satz wird Thomas Hobbes, Autor des „Leviathan“ (1651), zugeschrieben; vgl. Thomas Hobbes, Leviathan, 2. lateinische Fassung 1668, Kap. 26, etwa Mitte, in deutscher Fassung hrsg. von Iring Fetscher, Neuwied 1966, S. 110 ff. und S. 203 ff.

2 Weitere lateinische Rechtsregeln in: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs, München 1982.

3 Näheres und anderes z. B. bei Uwe Wesel, Juristische Weltkunde, Eine Einführung in das Recht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2004, S. 35 ff.

In der obigen Definition ist davon die Rede, dass manche Rechtsregeln doch nicht hoheitlich durchsetzbar, aber wenigstens gerichtlich feststellbar sein müssen. Was ist damit gemeint?

Die Rechtsregeln sind nicht die einzigen Regeln, die in einer Gesellschaft Geltung beanspruchen. Neben den Rechtsregeln gibt es **moralische Regeln**, es gibt den „Anstand“ und die „guten Sitten“ (man spuckt nicht auf den Bürgersteig, auch wenn es nicht verboten ist); auch die Mode und die wechselnden Umgangsformen können bei- nahe zwingende Regeln auferlegen.

Auch diese Regeln dienen dem menschlichen Zusammenleben, sie werden aber nicht hoheitlich durchgesetzt. Das liegt teilweise daran, dass sie von minderer Bedeutung sind (wie z. B. die Mode), teilweise aber auch daran, dass man ihre Einhaltung nicht mit den Mitteln des äußeren Zwanges durchsetzen kann. Dies gilt zum Beispiel für hohe moralische Forderungen. Moralische Forderungen richten sich an das innere Verhalten des Menschen, an sein inneres Selbst. Moralisch handelt nicht schon der, der äußerlich Gutes tut und Schlechtes vermeidet, sondern nur der, der das Gute um des Guten willen tut und das Schlechte nicht, weil er es innerlich verabscheut. Ein solches Verhalten kann man nicht erzwingen.

Nicht oder kaum erzwingen kann man auch höchstpersönliche Verhaltensweisen von einiger Dauer, die eigentlich die ständige aktive Mitwirkungsbereitschaft des Betroffenen voraussetzen. Wer solches durchsetzen will, muss sehr direkt auf die Person einwirken, er muss in Konfliktfällen ihren Willen mit physischer Gewalt brechen. Das ist immer schwierig und oft schmerhaft. Wenn es nicht dringend geboten ist, sollte der Rechtsstaat sich nicht mit Brachialgewalt durchsetzen. In Übereinstimmung mit diesem Grundsatz sind einige Rechtsnormen, durch die jemand auf Dauer zu einem nur von ihm persönlich erreichbaren Erfolg verpflichtet wird, nur gerichtlich feststellbar, aber nicht hoheitlich durchsetzbar. Die wichtigsten dieser Rechtsregeln sind

- die Verpflichtung zu einer bestimmten Arbeit durch einen Arbeitsvertrag und
- die Pflichten aus einer Ehe.

Auch wenn man sich in einem Arbeitsvertrag dazu verpflichtet hat, einem bestimmten Unternehmer oder einem bestimmten Betrieb Dienste zu leisten, kann man dazu vom Gerichtsvollzieher nicht gezwungen werden. Das Gericht kann zwar feststellen, dass man zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, aber man wird nicht zur Zwangsarbeit vorgeführt werden. Allenfalls muss man Schadenersatz leisten, wenn man seinen arbeitsvertraglichen Pflichten nicht wie versprochen nachkommt.

Auch die Pflicht zur „Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ kann vom Gericht nur festgestellt, aber nicht durchgesetzt werden. Ein Eingriff des Staates in diesen Bereich hätte so starken Zwangscharakter, dass er wohl von niemandem akzeptiert würde.

Dieses sind jedoch Ausnahmefälle. Im Grundsatz und im Regelfall gilt: Eine Rechtsordnung muss hoheitlich durchgesetzt werden. Dies ist gleichsam die Bedingung und die Gegenleistung dafür, dass die Bürger untereinander darauf verpflichtet werden, außerhalb von Notwehr und Nothilfe auf jegliche Gewaltanwendung zu verzichten. Im Rechtsstaat hat der Staat das **Gewaltmonopol** inne: Allein die staatlichen Organe dürfen physische Gewalt anwenden. Erst durch diesen Grundsatz werden die archaische Blutrache im Strafrecht und die brachiale Selbsthilfe im Zivilrecht verhindert. Wenn Selbsthilfe in Form von „Bürgerwehren“ wieder auftaucht, so ist dies ein Anzeichen dafür, dass staatliche Ordnungsgewalt nicht hinreichend präsent ist.

Wenn der Staat durch seine Gesetze etwas verlangt, dann muss er auch dafür sorgen, dass man sich danach richtet. Häufige und hilflose Duldung von Unrecht im Kleinen zieht Ungehorsam und Unrecht im Großen nach sich. Aus diesem Grund liegt eine ernste Gefährdung des Rechtsstaates darin, wenn sich die Rechtsordnung außerstande zeigt, dem Beschmieren von Wänden und Gegenständen im öffentlichen Raum, dem Zerkratzen der Scheiben in Bussen und Bahnen wirksam entgegenzutreten. Das Straf-

recht mit seinen Paragraphen über die Sachbeschädigung nützt hier offensichtlich gar nichts. Der Gesetzgeber muss sich zur Abwehr etwas anderes – etwas jugenderziehungsgerechtes – einfallen lassen.

Die auf dem Abschluss von Verträgen fußende Privatrechtsordnung muss dadurch effektiv gemacht werden, dass der Staat Gerichte und Gerichtsvollzieher bereitstellt, die es den Vertragspartnern erlauben, ihre vertraglich formulierten Rechte einzuklagen und auch zeitnah entschieden zu bekommen. Prozesse dürfen bis zur rechtskräftigen Entscheidung nicht lange dauern – sonst verzweifeln die Bürger an ihrem guten Recht. Und nicht zuletzt: Wenn der Staat sich selbst eine rechtliche Ordnung, eine Verfassung gibt, dann muss er sie auch selbst einhalten. Ein Rechtsstaat muss sich an seine eigenen Regeln halten, muss sie auch gegenüber sich selbst durchsetzen.

Für das Bau- und Planungsrecht gilt also ebenfalls: Es handelt sich um hoheitlich durchzusetzende Regeln mit dem Ziel, Ordnung herzustellen und zu erhalten. Diese Regeln gelten nicht nur für den Bürger, sondern auch und gerade für den Staat selbst, für die öffentliche Verwaltung.

Literatur:

Die Grundfrage: Wozu dient die Rechtsordnung?

Braun, Johann, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Tübingen 2011;

Braun, Johann, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. Tübingen 2011;

Engisch, Karl (Hrsg.), bearbeitet von *Würtenberger, Thomas*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010;

Hoerster, Norbert, Was ist Recht?, 2. Aufl. München 2013;

Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, Studienausgabe von Ralf Dreier, München 2011;

Wesel, Uwe, Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010;

Wesel, Uwe, Juristische Weltkunde, Eine Einführung in das Recht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2004.

II. Der Aufbau der Rechtsordnung

1. Die Rechtsquellen

Wenn Regeln eingehalten werden sollen, dann müssen sie bekannt sein. Man muss die Rechtsregeln also finden, sich von ihrer Existenz vergewissern können. Im modernen Gesetzesstaat ist es üblich, dass man die Rechtsregeln in einem Gesetzesblatt nachlesen kann. Es handelt sich dann um geschriebenes, um positives Recht. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass manche Landesgesetzgeber (z. B. das Saarland) bereits dazu übergegangen sind, Gesetze im Volltext nur noch im Internet zu verkünden. In einer gedruckten Zeitung erscheint dann nur noch eine Hinweisbekanntmachung.

Die öffentliche Bekanntmachung eines schriftlich abgefassten Texts war nicht immer Voraussetzung für die Inkraftsetzung einer Regel. Eine Rechtsordnung gab es schon lange vor der Erfindung der Buchdruckerkunst. Das Römische Recht war zwar auch schon vor der Erfindung des Buchdrucks aufgeschrieben, nämlich im *Corpus iuris Justiniani*, einer mit Gesetzeskraft ausgestatteten Sammlung des römischen Rechts, die Kaiser Justinian 528 bis 534 zusammenstellen ließ (und aus der oben ein Satz zitiert wurde). Sowohl das römische als auch das germanische Recht beruhte jedoch nicht auf der Schriftlichkeit, sondern auf Überlieferung. Es handelte sich um „Gewohnheitsrecht“. **Gewohnheitsrecht** entsteht nicht dadurch, dass es aufgeschrieben wird, sondern dadurch, dass jedermann von der Geltung einer bestimmten Regel als wirksam und angemessen überzeugt ist und dass diese Regel seit langer Zeit fortdauernd angewendet wird. Gewohnheitsrecht kann auf die Formel gebracht werden: Das, was bisher immer geschehen ist, soll auch künftig geschehen; das, was alle tun, soll auch der

Einzelne tun. Im modernen kontinentaleuropäischen Rechtsleben gibt es dafür nur noch wenige Beispiele; das Gewohnheitsrecht wird hier als allzu archaisch, allzu unsystematisch empfunden. Nur der angelsächsische Rechtskreis lässt mit seinem „case-law“ noch starke Anklänge an gewohnheitsrechtliche Ursprünge erkennen. „Case-law“ bedeutet, dass Rechtsstreitigkeiten und Strafrechtsfälle nicht nach aufgeschriebenen abstrakten Normen, sondern (möglichst) anhand vergleichbarer konkreter Fälle („cases“), die vorher schon einmal von den Gerichten entschieden worden sind, beurteilt werden. Anwälte und Richter im „case-law“ müssen sich also bemühen, den richtigen vergleichbaren Fall, den „Präzedenzfall“, zu finden. Das Gesetz hat nach der englischen Rechtsauffassung nur den Zweck, den an einzelnen Punkten etwa hervortretenden Mißständen des case-law abzuhelfen; der Strom aber, der auf seiner Oberfläche diese einzelnen Stücke von Gesetzesrecht („statute law“) trägt, ist Gewohnheitsrecht in der Form des Gerichtsgebrauchs geblieben, niedergelegt in den mehreren tausend Bänden der Entscheidungssammlungen („law reports“).⁴ Auch in der Bundesrepublik Deutschland gibt es zwar die sogenannte „höchstrichterliche Rechtsprechung“ und eine daraus folgende Bindung der Rechtspraxis. Aber die Rechtsprechung beruft sich doch in aller Regel auf geschriebenes Recht und wendet dieses Recht, nicht Gewohnheitsrecht an. Gewohnheitsrecht gilt hier nur noch selten.

Vergleichsweise häufig gibt es in der Bundesrepublik nur noch örtliches Gewohnheitsrecht („Observanz“ genannt), bezogen auf die Öffentlichkeit örtlicher Wege und auf die Frage, wer die Kosten für die Unterhaltung solcher Wege zu tragen hat. Ein bestimmter Weg, eine Straße kann dadurch zur „öffentlichen Straße“ werden, dass jeder Mann davon überzeugt ist, es handele sich hier um eine öffentliche Straße, und dass auch alle Leute diese Straße vielfältig benutzen. Eine solche Straße, die nach allgemeiner Überzeugung seit jeher öffentlich ist und die auch von vielen Menschen in dieser Weise benutzt wird, ist kraft Gewohnheitsrechts „öffentlicht“, selbst wenn darüber niemals ein verbindlicher Beschluss der zuständigen Dienststelle gefasst und protokolliert worden ist. Auch die Wegebau- und Unterhaltpflichten für solche Straßen oder Wege können gewohnheitsrechtlich geregelt sein.⁵

Im Allgemeinen kann man sich jedoch in Kontinentaleuropa darauf verlassen, dass sämtliche Rechtsregeln in einem gedruckten oder zumindest elektronisch bekanntgemachten Gesetzblatt verkündet sind. In einem Bundesstaat wie der Bundesrepublik Deutschland gibt es dann nicht nur das Gesetzblatt des Bundes (also das Bundesgesetzblatt), sondern auch die Gesetz- und Verordnungsblätter der sechzehn Bundesländer, in denen die Gesetze veröffentlicht werden. Da auch die Selbstverwaltungskörperschaften, insbesondere die Städte, Gemeinden und Kreise, mit gesetzgeberischer Gewalt (Satzungsgewalt) versehen sind, muss man zusätzlich die Bekanntmachungen (Amtsblätter) der Selbstverwaltungskörperschaften lesen, wenn man über alle nationalen Vorschriften informiert sein will. Seit dem Abschluss der Römischen Verträge von 1957 über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften – die sich inzwischen zur Europäischen Union fortentwickelt haben – muss man in zunehmendem Umfang auch mit der Geltung europarechtlicher Vorschriften rechnen; diese werden im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht, und zwar mehrsprachig. Es handelt sich entweder um Verordnungen, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten,

4 Das Bild vom Strom des Gewohnheitsrechts stammt von Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 13. Aufl. (bearb. von Konrad Zweigert), Stuttgart 1980, S. 174.

5 Vgl. BVerwG, U. v. 10.1.1957 – I C 82.56 –, DÖV 1957, 153 (zur gewohnheitsrechtlichen Wegebau- und Unterhaltpflicht); zum Fall einer Verneinung von Bundesgewohnheitsrecht vgl. BVerfG, B. v. 14.2.1973 – 2 BvR 667/72 –, BVerfGE 34, 293 (303): Es gibt kein Bundesgewohnheitsrecht, das es den Strafgerichten gestattet, solchen Anwälten die Verteidigungsbefugnis zu entziehen, die im Verdacht stehen, an der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat beteiligt gewesen zu sein (Fall Gudrun Ensslin – Verteidiger Otto Schily).

oder um Richtlinien, die von den Mitgliedstaaten durch nationale Gesetzgebung umgesetzt werden müssen.

Wenn man das Bundesgesetzblatt und die Gesetz- und Verordnungsblätter der Länder durchsieht, wird man darin zwei verschiedene Arten von Rechtsvorschriften finden, nämlich „Gesetze“ und „Rechtsverordnungen“. Der Zahl nach überwiegen dabei die **Rechtsverordnungen**. Der Unterschied zwischen „Gesetzen“ und „Rechtsverordnungen“ besteht darin, dass die „Gesetze“ vor ihrer Verkündung von einem Parlament (also vom Bundestag oder von einem Landtag) beschlossen, die Rechtsverordnungen aber nicht vom Parlament, sondern „nur“ von der Regierung, einem Ministerium oder einer sonstigen Verwaltungsinstanz formuliert und beschlossen werden. Welcher Sinn steckt hinter dieser Zweiteilung?

Grundsätzlich müssen Rechtsnormen von einem Parlament beschlossen werden; denn der Staatsbürger hat Anspruch darauf, dass die Regeln, denen er sich unterwerfen soll, von der Volksvertretung diskutiert und nur dann in Kraft gesetzt werden, wenn sich dafür im Parlament eine Mehrheit gefunden hat. Dies geschieht auch mit allen Vorschriften, die den formellen Titel „Gesetz“ tragen; man nennt diese Vorschriften daher „formelle Gesetze“ oder besser noch „Parlamentsgesetze“. Einige wenige formelle Gesetze tragen nicht diesen Titel, sondern sie werden als „Ordnung“ bezeichnet, wie z. B. die Zivilprozessordnung und andere Prozessordnungen, die Abgabeordnung, die Gemeindeordnungen. Diese „Ordnungen“ sind häufig Verfahrensgesetze; im Übrigen besteht jedoch kein Unterschied zu den formellen Gesetzen.

Der Grundsatz, dass Gesetze vom Parlament gebilligt werden sollten, kann jedoch nicht in allen Fällen durchgehalten werden. Der moderne Rechts- und Gesetzesstaat ist auf eine solche Vielzahl von Regelungen angewiesen, dass die Parlamente in Bund und Ländern völlig überfordert wären, wenn sie sich mit jeder Einzelheit selbst befassen müssten. Das ist auch nicht erforderlich. Der Bundestag muss zum Beispiel nicht darüber beschließen, ob ein Stoppschild sechseckig oder achteckig zu sein hat, wie ein Rückstrahler an einem Fahrrad aussehen muss, ob in einem Dorf eine Tankstelle zulässig sein soll oder nicht. Solche Dinge kann man der Verwaltung überlassen.

Unter diesem Gesichtspunkt der Arbeitsvereinfachung und Entlastung ist es dem parlamentarischen Gesetzgeber durch Art. 80 GG erlaubt worden, die Einzelheiten einer Regelung der ausführenden Verwaltung zu überlassen. Der Gesetzgeber muss dann in seinem formellen Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß dessen, was er der Verwaltung überlassen will, genau beschreiben. Aufgrund einer solchen „Ermächtigung“ darf die Verwaltung die generalisierende Regelung des Gesetzes „weiterdenken“, sie darf dazu eine Rechtsverordnung erlassen. Rechtsverordnungen sind genauso verbindlich wie formelle Gesetze, sie sind daher „Gesetze im materiellen Sinn“. Da sie nicht vom Parlament erlassen werden, ist allerdings verständlich, dass alle schwerwiegenden Eingriffe in die Rechte des Bürgers unter „Parlamentsvorbehalt“ stehen: Sie dürfen nicht durch eine Rechtsverordnung angeordnet werden, sondern nur durch formelles Gesetz. Dies gilt z. B. gemäß Art. 104 Abs. 1 GG für Beschränkungen der persönlichen Freiheit. Ganz allgemein folgt aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip des Grundgesetzes, dass „wesentliche Entscheidungen“, insbesondere im „grundrechtsrelevanten Bereich“, vom parlamentarischen Gesetzgeber zu treffen sind⁶ und nicht der Verwaltung überlassen werden dürfen.

Rechtsverordnungen dienen also dazu, vorhandene gesetzliche Regelungen auszubauen, sie mit Einzelheiten zu versehen. Im Bereich des Bau- und Planungsrechtes ist die wichtigste Rechtsverordnung die Baunutzungsverordnung (BauNVO), die auf der Grundlage einer Ermächtigung im Baugesetzbuch (BauGB) ergangen ist. In der Baunutzungsverordnung hat das Bundesbauministerium im Einzelnen beschrieben, welche

⁶ Sog. „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts, B. v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 –, BVerfGE 47, 46 (78).

Festsetzungen in einem Bebauungsplan über die Art und das Maß der baulichen Nutzung sowie über die Bauweise getroffen werden können. Dass solche Festsetzungen prinzipiell möglich sind, steht allgemein formuliert im § 9 Abs. 1 des Baugesetzbuchs. Nur die Einzelheiten sind durch die Ermächtigung in § 9a BauGB dem Verordnungsgeber überlassen worden.⁷

Manchmal werden Verordnungen vom höherrangigen Gesetzgeber durch Parlamentsgesetz geändert (so geschehen mit der Baunutzungsverordnung durch die BauGB-Novelle 2013 zur Förderung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden). Die geänderte Vorschrift besitzt dann eigentlich Gesetzesrang. Sie könnte vom Verordnungsgeber nicht mehr geändert werden. Um dadurch entstehende Komplikationen zu vermeiden, gibt es dann im Parlamentsgesetz eine „Entsteinerungsklausel“.⁸ Damit wird angeordnet, dass die durch Gesetz in einer Verordnung geänderte Vorschrift weiterhin nur noch den Rang von Verordnungsrecht genießen soll. Damit kann sie später vom Verordnungsgeber geändert werden.

Wie bereits erwähnt, gibt es neben den Parlamentsgesetzen und den Rechtsverordnungen als dritte Kategorie von Normen noch die „Satzungen“. Im Bau- und Planungsrecht interessieren am meisten die von den Gemeinden als Satzung erlassenen Bebauungspläne. Was ist das für eine Rechtsform? Die Gemeinden haben wie Bund und Länder eine Volksvertretung, ein Parlament. Auch dieses Parlament darf „Gesetze“ erlassen, sie heißen dann allerdings Satzungen. Weil die Gemeinden im Staatsaufbau erst die dritte Stufe (nach dem Bund und nach den Ländern) einnehmen, sind sie bei der Gestaltung ihrer Gesetze wesentlich mehr Einschränkungen unterworfen als die Länder und der Bund. Sie müssen sich an einen „Rahmen der Gesetze“ halten, der ihnen vom Bund und von den Ländern vorgegeben ist. Innerhalb dieses Rahmens besitzen sie jedoch „Satzungsautonomie“, sie dürfen insoweit die örtlichen Angelegenheiten selbst und in eigener Verantwortung regeln. Diese Satzungsautonomie ist ein wesentlicher Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung: Sie setzt die Gemeinden (und Kreise) in die Lage, auf die örtlichen Verhältnisse gezielt einzugehen, in ihren Plänen genau das festzusetzen, was den örtlichen Verhältnissen angemessen ist.

Im Bild 1 sind die Rechtsquellen noch einmal zusammengefasst: Es gibt gesetztes (positives) Recht, das im Gesetzblatt verkündet ist, und „Gewohnheitsrecht“, das aufgrund allgemeiner Überzeugung und fortdauernder Übung gilt. Im deutschen Rechtskreis besteht der Großteil des Rechts aus gesetztem Recht.

Innerhalb des gesetzten Rechts gibt es drei Arten: die formellen Gesetze, die Rechtsverordnungen und die (kommunalen) Satzungen. Die formellen Gesetze werden vom zuständigen Parlament in einem vorgeschriebenen Verfahren verabschiedet und verkündet. Die Rechtsverordnungen werden von der Exekutive aufgrund parlamentarischer Ermächtigung erlassen. Die Satzungen werden von den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften aufgrund ihrer Befugnis, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, erlassen.

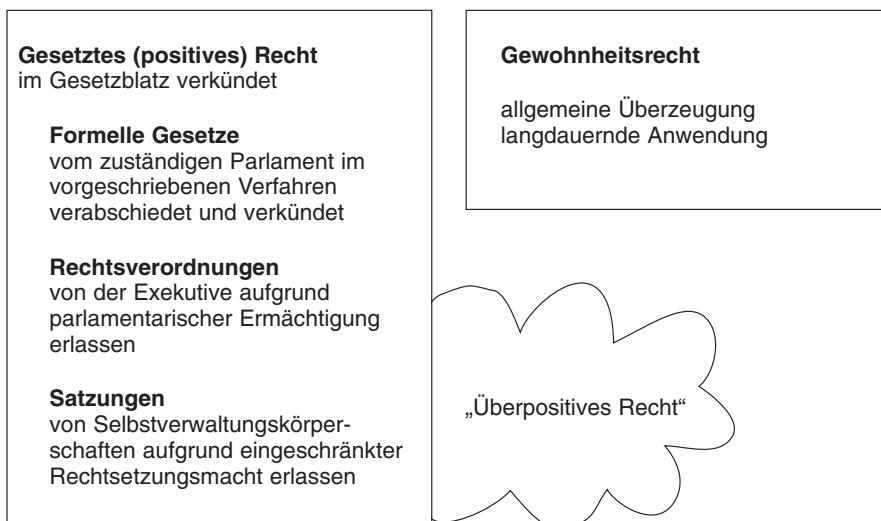
Eher eine philosophische Frage als eine Frage von praktischer Bedeutung ist die Erwähnung, ob es über dem vom Gesetzgeber ausformulierten, dem im Gesetzblatt verkündeten Recht noch ein so genanntes „überpositives“ Recht gibt. Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind die Staatsorgane der Bundesrepublik an „Gesetz und Recht“ gebunden. Damit erkennt das GG an, dass überpositives Recht über dem geschriebenen Gesetz stehen kann. Unter **überpositivem Recht** versteht man solche Regeln, die auch dann gelten, wenn sie nicht aufgeschrieben sind, kein Gewohnheitsrecht sind, deren Brisanz aber

⁷ Zu den Grenzen der Verordnungsermächtigung in § 9a BauGB (bis zum 20.7.2004 § 2 Abs. 5 BauGB) vgl. BVerwG, U. v. 27.2.1992 – 4 C 43.87 –, BVerwGE 90, 57; § 25c Abs. 2 BauNVO 1990 ist nichtig, weil das BauGB nicht zum Erlass von Vorschriften ermächtigt, die unmittelbar in rechtsverbindliche B-Pläne eingreifen.

⁸ Beispieldfall: BVerwG, U. v. 16.1.2003 – 4 CN 8.01 –, ZfBR 2003, 476.

darin besteht, dass sie sich sogar gegenüber dem geschriebenen Recht durchsetzen, wenn dieses anderslautend ist. Die Frage nach dem überpositiven Recht – auch „Naturrecht“ genannt – erhebt sich immer dann, wenn die Geltung des gesetzten Rechts bestritten wird. In der Bundesrepublik Deutschland kommt es nur selten zu solchen Konfliktsituationen. Denn ein großer Teil dessen, was früher als Gegenstand des überpositiven Rechts betrachtet wurde, ist heute im Grundgesetz, zum Teil auch in völkerrechtlichen Verträgen und Konventionen – wie z. B. der Menschenrechtskonvention – festgehalten. Dies betrifft insbesondere die allgemeinen Menschen- und Freiheitsrechte; zu ihrer Durchsetzung bedarf es heute nicht mehr der Berufung auf das Naturrecht, auf das überpositive Recht. Im Zusammenhang mit dem überpositiven Recht wird häufig auch das „Widerstandsrecht“ zitiert. Auch das Widerstandsrecht ist jedoch unter dem Grundgesetz kein überpositives Recht mehr. Denn gemäß Art. 20 Abs. 4 GG darf jedermann gegen den, der es unternimmt, die gerechte verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen, Widerstand leisten. Was unter dem Nationalsozialismus noch formell illegal war, nämlich der Widerstand gegen die Staatsgewalt, das wäre in der Bundesrepublik materiell legal, wenn die Herrschenden selbst unrechtmäßige Herrschaft ausüben würden. Ein solcher Staatsstreich von oben ist jedoch in der Bundesrepublik bisher nicht versucht worden, auch in Zukunft ist er wenig wahrscheinlich.

Bild 1: Die Rechtsquellen

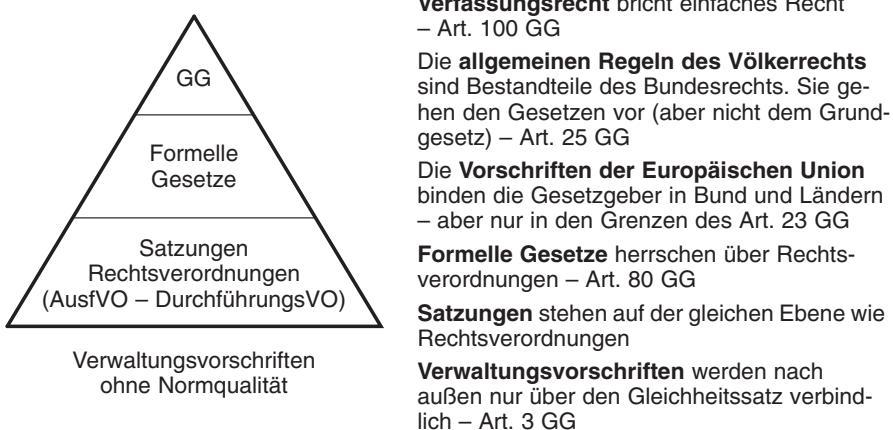


2. Die Vorschriftenhierarchie im öffentlichen Recht

a) **Vom Grundgesetz zur Verwaltungsvorschrift.** Wenn man die Rechtsnormen nach ihrer Qualität und nach ihrer Herkunft unterteilt, ergibt sich eine Hierarchie: Die Parlamentsgesetze stehen über den Rechtsverordnungen (RVO), die Bundesgesetze über den Landesgesetzen, das Europarecht über dem nationalen Recht. Das vom Gesetzgeber der höheren Ebene kommende Recht steht nicht nur bildlich über den Normen, die von der politisch nachfolgenden Ebene erlassen worden sind, sondern es verdrängt dieses Recht auch tatsächlich. „Bundesrecht bricht Landesrecht“, so drückt es Art. 31 GG lapidar aus. So betrachtet kann man (wie im Bild 2 geschehen) eine regelrechte Vorschriftenpyramide aufbauen, deren Gipfel das Grundgesetz und die Grundrechte bilden. An ihnen (und am grundgesetzlich erlaubten Europarecht) müs-

sen sich alle anderen Vorschriften messen lassen. Direkt unter dem Grundgesetz sind das Europarecht und die Bundesgesetze einzuordnen, wobei rechtmäßiges Europarecht höher steht als deutsches Bundesrecht. Zum Bundesrecht gehören auch die Rechtsverordnungen, die aufgrund von Bundesgesetzen ergangen sind. Auch sie gehören zum Bundesrecht, welches Landesrecht bricht. Unterhalb des Bundesrechts rangieren die Landesgesetze (einschließlich der Rechtsverordnungen kraft Landesrechts) aus den sechzehn deutschen Bundesländern. In den Rahmen des Bundes- und Landesrechts müssen sich wiederum die Satzungen der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften einfügen.

Bild 2: Die Vorschriftenpyramide



Die Satzungsautonomie ist den Selbstverwaltungskörperschaften durch das Grundgesetz (im Art. 28 Abs. 2) garantiert; auch die Landesverfassungen enthalten eine **Garantie der kommunalen Selbstverwaltung**. Einer weitergehenden Ermächtigung für den Erlass von Satzungen bedarf es nicht, die Satzungshoheit gehört zum Wesen der Selbstverwaltung. Man muss allerdings darüber hinaus beachten, dass die Kommunen nicht nur Selbstverwaltungskörperschaften sind, sondern zugleich untere Verwaltungsbehörden ihres Bundeslandes, die übergeordnete Gesetze des Landes und des Bundes gleichsam im Auftrag des Staates auszuführen haben. Bei der Erfüllung solcher Aufträge kann es vorkommen, dass die Kommunen durch das auftragsumschreibende Landesgesetz dazu ermächtigt sind, Rechtsverordnungen zu erlassen. Hauptbeispiele für solche Rechtsverordnungen sind Polizeiverordnungen nach den Ordnungsgesetzen der Bundesländer und örtliche Bauvorschriften nach der Landesbauordnung. Diese Vorschriften werden von den Kommunen zwar nach dem gleichen Verfahren verabschiedet wie eine Satzung; sie bedürfen jedoch der besonderen Ermächtigung, weil sie nicht zum eigentlichen Selbstverwaltungsbereich gehören.

Wenn von Vorschriftenhierarchie die Rede ist, soll noch einmal daran erinnert werden, dass Rechtsverordnungen in der Hierarchie immer speziell unterhalb des Parlamentsgesetzes stehen, auf dessen Basis sie erlassen werden durften. Das versteht sich eigentlich von selbst: Rechtsverordnungen dienen dazu, den Regelungsinhalt eines Parlamentsgesetzes zu vervollständigen, weil der Gesetzgeber selbst nicht jede Einzelheit in das formelle Gesetz hineinschreiben wollte. Aus dieser Tatsache folgt, dass Rechtsverordnungen sich an die Vorgaben des darüberstehenden Parlamentsgesetzes halten müssen; sie dürfen nicht mehr regeln, als in der Ermächtigunggrundlage vorgesehen ist, und sie müssen auch ausdrücklich die Ermächtigunggrundlage in ihrem Text nennen

(in der Regel geschieht dies in einer Präambel – sog. *Zitiergebot*). Wird die Ermächtigung überschritten, ist die Rechtsverordnung insoweit nichtig.

Unterhalb der aus dem Grundgesetz, dem Bundes- und Landesrecht sowie den kommunalen Satzungen aufgebauten Normenpyramide gibt es schließlich noch die sogenannten **Verwaltungsvorschriften**. Diese Verwaltungsvorschriften werden als „*Erlassen*“, als „*Richtlinien*“ oder als „*Rundschreiben*“ von der Ministerialbürokratie des Bundes oder der Länder verfasst und an die beteiligten Verwaltungsbehörden geschickt. Es handelt sich dabei zwar nicht um Rechtsnormen, dennoch haben Verwaltungsvorschriften einen ganz erheblichen Einfluss.

Der Einfluss beruht darauf, dass die Verwaltung hierarchisch organisiert ist. Der Inspektor muss dem Regierungsrat gehorchen, der Regierungsrat dem Oberregierungsrat und alle Beamten und Angestellten einer Fachverwaltung dem zuständigen Staatssekretär und dem Minister. In der Beamtenhierarchie besteht Befehlsgewalt der höheren über die jeweils nachgeordneten Dienststellen, und diese Befehlsgewalt kann durch Verwaltungsvorschriften in die Tat umgesetzt werden. So heißt es z. B. in § 35 des Gesetzes zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – *BeamtStG*): ¹*Beamtinnen und Beamte haben ihre Vorgesetzten zu beraten und zu unterstützen.* ²*Sie sind verpflichtet, deren dienstliche Anordnungen auszuführen und deren allgemeine Richtlinien zu befolgen.* ³*Dies gilt nicht, soweit die Beamtinnen und Beamten nach besonderen gesetzlichen Vorschriften an Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen sind.* Wenn also ein hoher Beamter einer Baugenehmigungsbehörde seine nachgeordneten Mitarbeiter anweist, keinerlei Ausnahmegenehmigungen mehr für den Ausbau von Dachgeschoßen zu erteilen, dann wirkt dies gegenüber den betroffenen Bürgern genauso, als ob dies in einem Gesetz stehen würde. Wirksam ist eine solche Anordnung natürlich nur dann, wenn keine höherstehende Vorschrift etwas anderes sagt. Gibt es aber keine Vorschrift, in der geregelt ist, unter welchen Umständen die Genehmigung für den Ausbau von Dachgeschoßen erteilt werden muss, dann kann eine Verwaltungsvorschrift der Erteilung von solchen Genehmigungen einen Riegel vorschlieben.

An dem Beispiel wird deutlich, dass Verwaltungsvorschriften gegenüber dem Bürger wie Gesetze wirken können, und zwar sowohl mit negativem als auch mit positivem Effekt. Der mögliche positive Effekt beruht auf dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes. Wenn eine Verwaltung sich selbst Regeln gesetzt hat (und dies geschieht durch Verwaltungsvorschriften), dann darf sie nicht mehr willkürlich von einer solchen Regelung abweichen. Wenn also (in Umkehrung des obigen Beispiels) durch eine Verwaltungsvorschrift geregelt wird, unter welchen Bedingungen die Genehmigung zum Ausbau von Dachgeschoßen in der Regel erteilt werden soll, dann kann die Verwaltung nicht mehr willkürlich im Einzelfall eine Genehmigung versagen, wenn die vorformulierten Bedingungen eingehalten sind. Denn niemand darf willkürlich ungleich behandelt werden, dies ist vom Grundgesetz garantiert.

b) Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat. Innerhalb der Vorschriftenhierarchie soll noch ein näherer Blick auf die (gerade im Bau- und Planungsrecht wichtigen) Zuständigkeiten des Bundes, der Länder und der Gemeinden für die Normsetzung geworfen werden.

Die Grundregel über die Gesetzgebungskompetenzen in der Bundesrepublik Deutschland steht im Art. 70 GG. Dort heißt es, dass die Länder das Recht zur Gesetzgebung haben, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Motive für diese Regelung zugunsten der Länder können am besten durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes verdeutlicht werden.

Das Grundgesetz wurde wenige Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges gleichsam unter der Oberaufsicht der drei westlichen Siegermächte von deutschen Beauftragten (vom parlamentarischen Rat) entworfen. Die drei westlichen Siegermächte wollten

unter allen Umständen verhindern, dass sich auf deutschem Boden erneut ein zentralistisch organisierter Einheitsstaat etablierte. Daher machten sie den „Vätern des Grundgesetzes“ zur Auflage, dem Zentralstaat (also dem Bund) nur so viele Befugnisse einzuräumen, wie es zum Funktionieren des Gesamtstaates unbedingt erforderlich sei. Eben dies ist in Art. 70 GG geregelt: Der Bund darf nur dort gesetzgeberisch tätig werden, wo es ihm (kraft Einsicht in die Notwendigkeit einer zentralen Regelung) ausdrücklich erlaubt ist.

Bei der Ausarbeitung des Grundsatzes, den Bund nur mit den Zuständigkeiten auszustatten, die zum Funktionieren des Gesamtstaats nötig sind, wählte man zunächst eine dreifache Abstufung der Intensität der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes:

Es gab (und gibt immer noch) Bereiche (wie z. B. die Ein- und Ausfuhrzölle an den Staatsgrenzen, das Passwesen, das Währungs-, Geld- und Münzwesen), die allein vom Bund geregelt werden dürfen und sollten; das ist der Bereich der **ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes**. Die Länder haben hier die Befugnis zur Gesetzgebung nur, soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden (Art. 71 GG). In einem zweiten Bereich hat der Bund die Befugnis zur Gesetzgebung, sobald und soweit sich ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung herausstellt. Solange und soweit der Bund von diesem Gesetzgebungsrecht nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 GG), bleibt die Regelungskompetenz bei den Ländern. Dieser Regelungsbereich – zu dem u. a. das „Bodenrecht“ und damit auch das Bauplanungsrecht gehört – wird der Bereich der „konkurrierenden Gesetzgebung“ genannt.

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 72 GG gibt es ein Zugriffsrecht von zwei Seiten: Erst wenn der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung tätig wird, werden etwa vorhandene Landesgesetze, die die gleiche Materie regeln, verdrängt. Eine Verdrängung von Landesrecht durch Bundesrecht erfolgte zum Beispiel mit dem Bundesbaugesetz von 1960. Bis 1960, dem Verkündungsjahr des Bundesbaugesetzes, gab es kein Bauplanungsrecht des Bundes, sondern nur entsprechende Landesgesetze. Diese Landesgesetze wurden 1960 vom Bundesbaugesetz verdrängt. Seit 1986 ist das Bundesbaugesetz mit dem 1971 erlassenen Städtebauförderungsgesetz zum Baugesetzbuch zusammengefasst.

Eine dritte Kategorie gab es nur bis zur Föderalismusreform, die am 1. September 2006 in Kraft getreten ist. Bis dahin gab es die Zuständigkeiten des Bundes zur sog. **Rahmengesetzgebung**: Hier musste sich der Bund in seiner Regelungsintensität so weit zurückhalten, dass den Ländern noch Raum für eigenständige materielle Regelungen blieb. Es sollte also nur ein (relativ grober) Rahmen geschaffen werden, in den sich die Länder dann mit ihren Gesetzen einordnen konnten. Aufgrund dieser Rahmensexzungskompetenz ist 1965 das (Bundes-)Raumordnungsgesetz entstanden, das von den Landesplanungsgesetzen im Einzelnen fortgeschrieben und ausgefüllt wurde. Die Kompetenz des Bundes zur Rahmengesetzgebung wurde 2006 abgeschafft und in das Recht des Bundes zur konkurrierenden Gesetzgebung integriert. Allerdings darf der Bund in den ehemaligen Bereichen der Rahmengesetzgebung nur tätig werden,

- wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht, und
- die Länder sind auch danach nicht gehindert, hiervon abweichende Regelungen zu treffen (außer bei den Grundsätzen des Naturschutzes und dem Arten- und Meeresnaturschutz – Art. 73 Abs. 3 GG).

Der Bund ist wiederum befugt, nach einem Abweichungsgesetz der Länder erneut einzutreten und die Materie seinerseits anders und wieder neu zu regeln. Die Länder müssen dem Bund sogar nach einem „Abweichungsgesetz“ sechs Monate Zeit zur vorsorglichen Korrektur geben, denn ein Abweichungsgesetz darf gemäß Art. 73 GG erst sechs Monate nach seiner Verkündung in Kraft treten. Bislang (bis 2018) ist es (wie wohl zu erwarten war) nicht zu einer solchen „Ping-Pong-Gesetzgebung“ gekommen.