

Assistententagung Öffentliches Recht



Gießen 2000

Funktionen und Kontrolle der Gewalten

Axel Tschentscher, Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung, in: Michael Demel u.a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, S. 165-198.

Sonderdruck

Funktionen und Kontrolle der Gewalten

Herausgegeben von

Michael Demel M.A., Carola Hausotter, Claudia Heibeyn, Oliver Hendrichke,
Sebastian Heselhaus M.A., Dr. Arnim Karthaus, Matthias Mayer,
Frank Neumann, Dr. Arndt Schmehl, Dr. Astrid Wallrabenstein

40. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter
der Fachrichtung „Öffentliches Recht“

Gießen 2000

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Funktionen und Kontrolle der Gewalten / 40. Tagung der
Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung
„Öffentliches Recht“, Gießen 2000. Hrsg. von Michael Demel ... - Stuttgart ;
München ; Hannover ; Berlin ; Weimar ; Dresden ; Boorberg, 2001
ISBN 3-415-02780-5

Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung

AXEL TSCHENTSCHER

I. Einleitung

Eine Indienstnahme der Gerichte für irgend etwas anderes als die richtige und gerechte Entscheidung von Prozessen ist schon im Ansatz verdächtig. Stärker als die anderen Gewalten ist die Judikative auf eine einzige Kernfunktion konzentriert. Zwar ist den Verwaltungsgerichten durch den Untersuchungsgrundsatz eine aktivere Rolle im Prozeß zugewiesen als den Zivilgerichten. Doch blieb bisher immer eine deutliche Trennungslinie erkennbar zwischen dem Handeln der Verwaltung, die den Verwaltungsakt gestaltet, und demjenigen des Gerichts, das diesen Akt kontrolliert. Mit dem Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz¹, dem 6. Änderungsgesetz zur VwGO² und einer Reihe anderer Beschleunigungs- und Vereinfachungsgesetze³ hat der Bundesgesetzgeber Änderungen eingeführt, die seit Anfang 1997 diese Trennungslinie erstmalig in Frage stellen.

Besonders beachtlich für das Thema 'Indienstnahme der Gerichte' sind dabei drei Neuregelungen in der Verwaltungsgerichtsordnung: die Heilung von Form- und Verfahrensfehlern während des prozessualen Vorverfahrens (§ 87 I Nr. 7 VwGO), die Aussetzung des Prozesses zum Zwecke dieser Heilung (§ 94 S. 2 VwGO) und das seit langem umstrittene Nachschieben von Gründen (§ 114

1 Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) v. 12.9.1996, BGBl. I S. 1354.

2 Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften v. 2.5.1996, BGBl. I S. 656.

3 Seit 1979 hat der Bundesgesetzgeber das Beschleunigungsanliegen mit einer Vielzahl von Kommissionen und Gesetzesnovellen verfolgt; vgl. dazu *A. Guckelberger*, Maßnahmen zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – eine Zwischenbilanz, in: *J. Ziekow* (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 17-50 (17 ff.); *J. Berkemann*, Verwaltungsprozeßrecht auf "neuen Wegen", in: DVBl. 1998, S. 446-461 (447). Parallelen zur erweiterten Heilungsmöglichkeit bei Verwaltungsakten finden sich dabei auch im Planungs- und Genehmigungsrecht; vgl. § 215a II BauGB, § 17 VIc 2 FStrG und jetzt auch § 75 Ia 2 VwVfG.

S. 2 VwGO)⁴. Die gemeinsame *ratio* der drei Regeln ist das neu eingeführte und in § 94 S. 2 VwGO ausdrücklich benannte Gebot der *Verfahrenskonzentration*. Damit soll ausgeschlossen werden, daß ein im Ergebnis richtiger Verwaltungsakt wegen seiner fehlerhaften Entstehung „durch stattgebendes Anfechtungsurteil aufgehoben werden muß, dann aber erneut erlassen und unter Umständen nochmals der gerichtlichen Überprüfung unterworfen wird“⁵.

Die Gesetzesnovellen spitzen mit diesen Regelungen einen Zielkonflikt zu, der im Prozeß der Modernisierung des Staatswesens auch an anderer Stelle latent vorhanden ist – denjenigen zwischen Effizienzsteigerung einerseits und Gewaltentrennung andererseits. Aus der Perspektive des Generalthemas der Tagung, „Funktionen und Kontrolle der Gewalten“, stellt sich die Frage, welche Grenzen einem gesetzlich angeordneten ‚*trade-off*‘ zwischen Verfahrenseffizienz und klassischem Judikativverständnis gezogen sind. Diese Frage wird um so dringender, je mehr sich abzeichnet, daß das für die jüngsten Beschleunigungsnovellen geltend gemachte Motivbündel teils schon heute überholt ist⁶. Provokativ formuliert: kann es verfassungsrechtlich zulässig sein, daß aus einer tagespolitischen Laune des Gesetzgebers heraus das ohnehin schon angeschlagene Gewaltenteilungsprinzip weiter ausgehöhlt wird?

II. Wirkung der Neuregelungen

Nimmt man die Neuregelungen zunächst beim Wort, ohne die diskutierten Korrekturen durch verfassungskonforme Auslegung zu berücksichtigen, so entfalten sie durchschlagende Wirkung. Das ist selbst dann der Fall, wenn sich die vielbeschworenen Mißbrauchsgefahren⁷ nicht realisieren, sondern alle Beteiligten ge-

4 Vgl. dazu *J.-J. Rupp*, Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1987, S. 36 ff.; *W.-R. Schenke*, Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage, in: *NVwZ* 1988, S. 1-13 (2 ff.); *R.P. Schenke*, Das Nachschieben von Gründen nach dem 6. VwGO-Änderungsgesetz, *VerwArch.* 90 (1999), S. 232 ff.; *F.K. Schoch*, Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen, in: *DÖV* 1984, S. 401-411 (407 ff.).

5 Vgl. BT-Drucks. 13/3993, S. 12; insoweit gleichlautend die Begründung des Bundesrates zu dessen Entwurf, BT-Drucks. 13/1433, S. 12.

6 Vgl. die politischen Schlagworte des Reformgesetzwerks bei *C. Steinbeiß-Winkelmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung, in: *Ziekow* (Hrsg.), *Beschleunigung* (Fn. 3), S. 201-224 (202).

7 Zu den Mißbrauchsgefahren bei sanktionslos gestellten Verfahrens- und Formvorschriften ausführlich *H. Sodan*, Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, in: *Ziekow* (Hrsg.), *Beschleunigung* (Fn. 3), S. 107-127 (112 ff., 124: „verheerendes Signal für die öffentliche Verwaltung und deren Rechtstreue“, 125: „Freischuß“); ähnliche Bedenken bei *W.-R. Schenke*, „Reform“ ohne Ende, in: *NJW* 1997, S. 81-93 (87); dagegen *K. Meier*, Das 6. VwGO-Änderungsgesetz und seine Folgen aus erstinstanzlicher Sicht, in: *NVwZ* 1998, S. 688-694 (690: "haltlos"); vorsichtiger *K. Dolderer*, Die neu eingeführte "Ergänzung auf der nächsten Seite)

treu dem Wortlaut und der Zwecksetzung der Normen handeln. Die Wirkungen lassen sich wie folgt skizzieren:

1. Stellung der Prozeßparteien

Zunächst entsteht eine Gewichtsverlagerung zwischen den Prozeßparteien⁸. Der Streitgegenstand, verstanden als der prozessuale Anspruch des Klägers⁹, etwa auf Aufhebung eines ihn belastenden, rechtswidrigen Verwaltungsakts durch das Gericht, ist mit Erhebung der Klage nicht mehr unveränderlich eingefroren. Er bleibt vielmehr für die Verwaltung wandelbar; sie kann Verfahrensfehler, die ursprünglich die formelle Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründeten und damit den ersten und wichtigsten Schritt zum prozessualen Aufhebungsanspruch bildeten, auch noch nach Erhebung der Klage heilen. Selbst der Begründungsinhalt läßt sich unter Umständen noch im Prozeß von seiner materiellen Fehlerhaftigkeit befreien. Für die Kläger schlägt sich dieses prozessuale Gestaltungsrecht der Verwaltung in geänderten Erfolgsaussichten nieder: der bei Klageerhebung noch formell und materiell fehlerhafte Verwaltungsakt kann nachträglich zu einem rechtmäßigen werden.

Der Gesetzgeber hat die neuen Regelungen ersichtlich so gemeint, daß ein Kläger bei nachträglicher Anhörung oder Begründungsergänzung keine zweite Klage gegen den Verwaltungsakt in seiner neuen Gestalt erheben können soll¹⁰. Das wiederum setzt voraus, daß die "Streitsache"¹¹ einem Wandel unterliegt. Das Gericht beurteilt den Verwaltungsakt nicht länger in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gewonnen hat, sondern so, wie er sich zum Zeitpunkt der letzten fehlerheilenden Verwaltungshandlung im Prozeß darstellt. Darin liegt erstens – entgegen der Beteuerung des Gesetzgebers¹² – eine Ausnahme von der Gegenstandsbestimmung in § 79 I Nr. 1 VwGO nach dessen Zielsetzung ein Gericht die Sachentscheidung erst treffen soll, wenn die Ver-

zung von Ermessenserwägungen" im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1999, S. 104-110 (109: "positive Motivation").

- 8 So auch *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 124; *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 237.
- 9 Vgl. *F.O. Kopp/W.-R. Schenke*, VwGO, 11. Aufl. 1998, § 90 Rn. 7 f.; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1998, Rn. 603 ff. (604, 608); *W. Schmitt Glaeser/H.-D. Horn*, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 113.
- 10 Vgl. *K. Redeker*, Die "Heilungsvorschriften" der 6. VwGO-Novelle, in: NVwZ 1997, S. 625-628 (628).
- 11 I.S.v. § 90 VwGO; die Unzulässigkeit weiterer Klagen folgt dann aus § 173 VwGO i.V.m. § 17 I 2 GVG. Dies ist, zusammen mit der Rechtskraftwirkung der Entscheidung (§ 121 VwGO), die wichtigste Konsequenz aus der Bestimmung des Streitgegenstandes; vgl. *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 601; *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 116.
- 12 Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 114 S. 2 VwGO: BT-Drucks. 13/3993, S. 13; so auch *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 619; *M. Löhnig*, "Nachschieben von Gründen", in: JA 1998, S. 700-704 (701 ff.).

waltung das letzte Wort gesprochen hat¹³. In solchen Fällen wird zweitens eine Klageänderung kraft Gesetzes vorgenommen und damit eine Ausnahme von der Dispositionsmaxime des § 91 VwGO etabliert¹⁴. Durch die neuen prozessualen Befugnisse der Verwaltung haben die Kläger zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht länger Gewißheit, daß das Gericht den Verwaltungsakt in der ursprünglichen Gestalt beurteilt, d.h. mit allen vorprozessualen Mängeln.

Besondere Verunsicherung erzeugt dabei die Möglichkeit der Ergänzung von Ermessenserwägungen im Prozeß (§ 114 S. 2 VwGO) – das schon vor der Reform umstrittene Nachschieben von Gründen¹⁵. Die damit angesprochene Heilung materieller Fehler greift mit den formellen Heilungsmöglichkeiten ineinander¹⁶: gleich ob die Begründung eines Verwaltungsakts ganz unterblieben, unvollständig¹⁷ oder inhaltlich fehlerhaft ist – in jedem Fall bleibt der Verwaltung die spätere Heilung noch im Prozeß. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits anerkannt, daß eine solche Heilung selbst bei vermeintlichem intendierten Ermessen möglich sein soll, also dann, wenn die Verwaltung eine Darlegung der Gesichtspunkte des Ermessens (§ 39 I 3 VwVfG) zunächst für entbehrlich hielt¹⁸. In diesen Fällen entsteht im Prozeß erstmalig ein Anlaß, die Entscheidung überhaupt mit Ermessenserwägungen zu begründen¹⁹. Verallgemeinerte man diese Argumentation, so wäre eigentlich jede erstmalige oder geänderte Begründung nach § 114 S. 2 VwGO zuzulassen. Fälle des Ermessensausfalls und der falschen Wahl der Ermächtigungsgrundlage würden dann ebenso heil-

13 Zu dieser Zielsetzung *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 74 Rn. 5.

14 Für eine Ausnahmewirkung etwa *Dolderer*, Ergänzung (Fn. 7), S. 107; im Ergebnis auch *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 262; vgl. insoweit die Bezugnahme der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 13/5098, S. 24) auf den Vorschlag des Bundesrates, in dessen Begründung die Beschränkung der Dispositionsmaxime deutlich wird: BT-Drucks. 13/1433, S. 13. Dagegen *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 91 Rn. 4, § 113 Rn. 63 ff.

15 Zum Streitstand vor Verabschiedung der Neuregelungen *F. Schoch*, Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen, in: DÖV 1984, S. 401-411 (407 ff.); *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 239 f.

16 Vgl. die Heilbarkeit formeller Begründungsmängel gem. §§ 39 I, 45 I und II VwVfG sowie die Begründung zu § 114 S. 2 VwGO im ursprünglichen Entwurf des Bundesrates, BT-Drucks. 13/1433, S. 13; dazu außerdem *W.-R. Schenke*, „Reform“ (Fn. 7), S. 88: Verhältnis der exklusiven Alternativität zwischen den Fällen des § 39 I VwVfG und denen des § 114 S. 2 VwGO; ebd., S. 89, allerdings Kritik an dem vom Gesetzgeber angenommenen Ergänzungsverhältnis (vgl. Fn. 16).

17 "Völlig unzulängliche oder nur scheinbare Begründungen stehen einem gänzlichen Fehlen einer Begründung gleich"; *F. Kopp*, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, *VerwArch.* 61 (1970), S. 219-259 (247).

18 BVerwGE 105, 55 (59); zustimmend *K. Beckmann*, Das intendierte Ermessen, in: VR 1999, S. 357-359 (359). Zum Stand der Diskussion rund um die Figur des intendierten Ermessens jüngst *M. Borowski*, Intendiertes Ermessen, in: DVBl. 2000, S. 149-160 m.w.N.

19 Vgl. BVerwGE 105, 55 (57).

bar wie die unzureichende Sachaufklärung. Der Reformintention entspräche eine solche Auslegung durchaus, denn die Begründungsergänzung soll weder ein neues Widerspruchsverfahren noch einen weiteren Prozeß auslösen²⁰.

Die Schwächung der klägerischen Stellung ist bei alledem nicht allein ein Privatproblem der Betroffenen, sondern wirkt mittelbar auch auf das System der Gewaltbalance. Die Gerichte können ihre Kontrollfunktion gegenüber der Verwaltung nämlich nur in den Fällen wahrnehmen, in denen sich Kläger finden, die das Prozeßrisiko zu tragen bereit sind. Hier gilt: je schwächer die prozessuale Stellung, desto geringer die Klagebereitschaft. Dank rechtssoziologischer Studien ist dieser Zusammenhang schon länger als Problem erkannt. In einer Allensbach-Umfrage vom Februar 1995, also noch vor Verabschiedung der Beschleunigungsnovellen, gingen nur 28% der Befragten davon aus, daß ein Einzelnler bei seiner Klage gegen den Staat eine gerechte Chance habe; 49% vertraten die Auffassung, der Staat werde vor Gericht bevorzugt²¹. Wenn vor diesem Hintergrund die prozessualen Gewichte weiter zu Lasten der Kläger verschoben werden, mögen noch hinreichend Viele zur Klage gegen politisch brisanten Großprojekten bereit sein – die breitenwirksame Kontrolle der Verwaltung im Alltagsgeschäft aber gerät in Gefahr.

2. Stellung des Gerichts

Eine *Gewichtsverlagerung zwischen den Gewalten* entsteht dadurch, daß das Gericht einen Teil seiner ursprünglichen Kontrolle gegenüber der Verwaltung verliert. Sofern die Aussetzung zur Heilung von Verfahrensfehlern begehrt wird, ist es nicht mehr frei, den Prozeß unverzüglich zur Entscheidung zu bringen, sondern muß sich am Kriterium der Verfahrenskonzentration orientieren²². Das Gericht kann aus erkannten Fehlern nicht ohne weiteres die Rechtswidrigkeit und Aufhebbarkeit des Verwaltungsakts schließen, sondern muß gewärtig sein, daß sich die Verwaltung der drohenden gerichtlichen Sanktionierung während des Prozesses wieder entzieht.

20 Vgl. BVerwG NVwZ 1999, S. 425-429 (428). Gegen das Erfordernis eines neuerlichen Vorverfahrens auch *Dolderer*, Ergänzung (Fn. 7), S. 107 f.; *M. Gerhardt*, in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, § 114 (Mai 1997) Rn. 12e ("versteht sich von selbst"); *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 262, 265; *Sächs-OVG SächsVBl.* 1998, S. 218-222 (219); a.A. *W.-R. Schenke*, „Reform“ (Fn. 7), S. 90: erneutes Widerspruchsverfahren. Die Überlegungen, die noch in BVerwGE 85, 163 (167) zur Zweckerreichung und "leeren Förmel" eines weiteren Vorverfahrens angestellt wurden, sollen nach der Gesetzesbegründung durch die Neuregelung entbehrlich sein; vgl. die Begründung zum Bundesratsentwurf, BT-Drucks. 13/1433, S. 13.

21 *E. Noelle-Neumann*, Rechtsbewußtsein im wiedervereinigten Deutschland, in: *ZfRSoz* 16 (1995), S. 121-155 (130). Die übrigen 23% der 1.081 Befragten waren unentschieden; das Mißtrauen gegenüber Chancengleichheit war in Ostdeutschland (19%/52%) noch etwas größer als in Westdeutschland (31%/48%).

22 § 94 S. 2 VwGO; vgl. dazu *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 94 Rn. 25.

Neben der Schwächung ihrer Stellung erfahren die Gerichte außerdem eine *Verpflichtung auf politische Ziele*. Während das Gericht bisher allein den konkreten Rechtsstreit zur Entscheidung bringen mußte, hat es zukünftig mit dem Grundsatz der Verfahrenskonzentration ein Kriterium anzuwenden, das über das gegenwärtige Verfahren hinausführt²³. Es muß prognostizieren, ob die Verwaltung nach ihrem Unterliegen im Prozeß einen neuen Verwaltungsakt erlassen und ob die Klägerin daraufhin einen neuen verwaltungsgerichtlichen Prozeß anstrengen wird. Wenn eine mehrfache gerichtliche Auseinandersetzung in derselben Sachfrage möglicherweise zu vermeiden ist, wird das Gericht dem Aussetzungsantrag stattgeben müssen, obwohl der konkrete Prozeß wegen erkennbarer Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts bereits entscheidungsreif ist.

Die Überlegungen zur Verfahrenskonzentration gehören dabei nicht zur konkreten Entscheidungsfindung, sondern betreffen die volkswirtschaftliche Effizienz des Verwaltungshandelns nach einem Prozeß. Dadurch unterscheiden sie sich grundlegend von den bisherigen Kriterien für Aussetzung, Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens²⁴. Die neu eingeführte 'Verfahrenskonzentration' ist auch etwas ganz anderes als die altbekannte 'Konzentrationsmaxime'. Letztere betrifft nur den einzelnen Prozeß und das Bestreben, ihn möglichst vor oder in einer einzigen mündlichen Verhandlung zum Abschluß zu bringen²⁵.

'Verfahrenskonzentration' als Gesetzesgebot bedeutet für die Richterinnen und Richter, daß sie verbindlich auf ein Ziel verpflichtet werden, dessen Verfolgung gemeinhin dem Aufgabenbereich der Exekutive zugewiesen ist. Rechtssprechung soll nicht mehr nur juristisch einwandfrei, sie soll auch ein Beitrag zur Effizienz sein. Damit hat der Bundesgesetzgeber seine Vorstellungen über die Dringlichkeit einer Standortpolitik zu einem Zeitpunkt an die Justiz weitergereicht²⁶, in dem kritische Stimmen die behaupteten Standortnachteile längst

23 *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 121; *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 94 Rn. 25; *Redeker*, "Heilungsvorschriften" (Fn. 10), S. 626.

24 § 94 S. 1 VwGO (Aussetzung wegen Voreingrifflichkeit) – Anknüpfungspunkt ist die Abhängigkeit des konkreten Rechtsstreits von anderen Verfahren; Art. 100 GG (Vorlage zur konkreten Normenkontrolle) – Anknüpfungspunkt ist die Entscheidungserheblichkeit für den konkreten Rechtsstreit; § 173 VwGO i.V.m. §§ 239-244, 246 ZPO (Unterbrechung und Aussetzung bei Parteiverhinderung) – Anknüpfungspunkt sind die Parteien des konkreten Rechtsstreits; § 173 VwGO i.V.m. §§ 245, 247 ZPO (Unterbrechung und Aussetzung bei höherer Gewalt) – Anknüpfungspunkt ist die Durchführbarkeit des konkreten Rechtsstreits; § 173 VwGO i.V.m. § 251 ZPO (Ruhen auf Antrag) – Anknüpfungspunkt ist ein Antrag im konkreten Rechtsstreit; Art. 177 EGV, Art. 41 EGKS-V, Art. 150 EAG-V (Aussetzung zur Vorabentscheidung über Auslegung von Gemeinschaftsrecht) – Anknüpfungspunkt ist die Entscheidungserheblichkeit im konkreten Rechtsstreit.

25 Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 87 Rn. 1.

26 Zur Verknüpfung des Gesetzgebungsprojekts mit der Standortdebatte vgl. die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/5098, S. 8, in Verbindung mit dem ursprünglichen Bundesratsentwurf, BT-Drucks. 13/1433, S. 1; sowie *H.-P. Schmieszek*, (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

als unbegründet entlarvt hatten²⁷. Der Identifizierung der 'Verfahrenskonzentration' als *politischer* Zielvorgabe kann man nicht entgegenhalten, daß das Kriterium seinen politischen Charakter in dem Moment verliert, in dem es zur Gesetzespflicht erstarkt. Denn mit dem neuen Grundsatz verhält es sich ähnlich, als würde man der Justiz die Förderung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, des ausgeglichenen Staatshaushalts oder des Weltfriedens vorgeben – alles Ziele jenseits der Streitentscheidungsaufgabe der Dritten Gewalt, die ihren politischen Charakter auch dann nicht verlieren, wenn sie in Form kodifizierter Normen auftreten. Was im Gewand eines verfahrensrechtlichen Terminus daherkommt, bleibt folglich auch nach seiner Vergesetzlichung eine justizfremde, politische Zielvorgabe.

Diese Doppelbindung der Gerichte an das justizfunktionale Ziel 'Streitentscheidung' einerseits und das politische Ziel 'Effizienzsteigerung' andererseits ist eine neuartige Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes. Sie ist geeignet, das Vertrauen rechtssuchender Bürger in eine funktionierende gerichtliche Verwaltungskontrolle zu erschüttern. Der Verwaltungsprozeß gewährleistet die gerichtliche Sanktionierung rechtswidrigen Verwaltungshandelns nur noch unter Vorbehalt.

Bei alledem bleiben die Gerichte nicht passiv, sondern sie sind mit gesetzlichen Handlungsaufträgen versehen. Sie müssen der Verwaltung je nach Lage des Falles Gelegenheit geben, das ursprünglich rechtswidrige Verwaltungshandeln nachzubessern. Gleich ob sie initiativ wirken oder auf einen Antrag reagieren – immer sind die Gerichte selbst Akteure im Prozeß der Nachbesserung. 'Indienstnahme der Gerichte' bedeutet also auch die Beteiligung der Dritten Gewalt an der Reparatur fehlerhaften Verwaltungshandelns.

3. Fazit zur Wirkung der Neuregelungen

Die Neuregelungen begründen die Gefahr, daß die Kläger im Verwaltungsprozeß zum Spielball der Effizienzorientierung von Verwaltung und Gericht werden. Ihr berechtigtes Interesse an einer einsehbaren Begründung des Verwaltungsakts, an der vorherigen Anhörung und an einer auch im übrigen korrekten Beteiligung der mitwirkungsbefugten Ausschüsse und Behörden (§ 45 I VwVfG) wird im Ergebnis sanktionslos gestellt. So kann es geschehen, daß dieses Interesse im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß keinen Platz mehr findet. Eine überla-

Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), in: NVwZ 1996, S. 1151-1155 (1151).

²⁷ Ausführlich *Steinbeiß-Winkelmann*, Vorgaben (Fn. 6), S. 203; auch *H. Schmitz*, Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts im Schlanken Staat, in: *Ziekow* (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 171-191 (175); *ders./F. Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, in: NVwZ 1996, S. 955-962 (956 f.). Die Verfahrensdauer in Deutschland ist nicht größer als in anderen europäischen Ländern; *Ziekow*, Beschleunigung (Fn. 3), S. 9-16 (13).

stete Verwaltung kann beispielsweise auf Anhörung und Begründung zunächst ganz verzichten, um dann im Verwaltungsprozeß beides nachzuholen. Sie kann auch gefahrlos eine durch schlechte Sachaufklärung unzureichende Begründung geben, die dann im Verwaltungsprozeß nachgebessert wird. In beiden Fällen wird das Gericht mit Blick auf das gesetzgeberische Ziel der Verfahrenskonzentration die nachträgliche Erfüllung eigentlich vorgängiger Verwaltungspflichten gestatten müssen. Aus Sicht der Adressaten und Kläger schält sich in solchen Fällen ein für sie einsehbarer Grund des Verwaltungshandelns erst nach und nach heraus – und auch nur dann, wenn sie hartnäckig bis in den Verwaltungsprozeß hinein auf einer Klärung besteht. Die Aufklärungs- und Begründungslast der Verwaltung wird faktisch von einer Bringschuld zur Holschuld.

III. Rezeption der Neuregelungen

Es ist wenig verwunderlich, daß die Gesetzesänderungen – trotz einiger Abschwächungen gegenüber dem ursprünglichen Entwurf²⁸ – bei Gerichten und in der Literatur überwiegend auf Ablehnung und Kritik gestoßen sind²⁹. Von einer Umgestaltung des Prozesses zum verwaltungsgerichtlichen *"Reparaturbetrieb"* ist die Rede³⁰, dem Gericht werde eine *"Hilfsfunktion"* angesonnen³¹, es werde in die Rolle einer *"Oberwiderspruchsbehörde"* gedrängt³², die Heilung bis in die dritte verwaltungsgerichtliche Instanz sei ein *"Tollstück"*³³, ein derartiger

-
- 28 Die ursprüngliche Sollbestimmung in § 87 I 2 Nr. 7 VwGO (vgl. BT-Drucks. 13/3993, S. 5) wurde nach der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (wie auch schon im Entwurf des Bundesrates) zu einer Kannbestimmung, denn sie erwecke "jedenfalls optisch den Eindruck, daß das Gericht auf diese Weise zum ‚Rechtsberater‘ der Verwaltung gemacht werde und einseitig Partei beziehe, was mit der unabhängigen Stellung der Gerichte kaum zu vereinbaren sei" – BT-Drucks. 13/5098, S. 24; BT-Drucks. 13/1433, S. 5. Außerdem sollte ein neu gefaßter § 113 VwGO die Aufhebung formell fehlerhafter Verwaltungsakte zusätzlich davon abhängig machen, daß der Behörde im Verfahren Gelegenheit zur Heilung gegeben wurde; BT-Drucks. 13/3993, S. 5; vgl. dazu C. Steinbeiß-Winkelmann, Diskussionsbeitrag, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 129 ff. (138 f.).
- 29 Mildere als die im folgenden zitierte Kritik etwa bei E. Franßen, Geschäftslage des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 2000, S. 536-547 (537) sowie ders., Jahresbilanz 1999 des BVerwG, in: NVwZ 2000, S. 411-413 (412): "Hoffnung bislang nicht erfüllt". Sogar eine begrüßenswerte Stärkung der "mediativen Rolle" der Gerichte sieht V. Warendorf, Das 6. VwGOÄnderungsG, in: NWVBl. 1998, S. 177-181 (179).
- 30 Berkemann, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 3), S. 446; W. Kuhla/J. Hüttenbrink, Endstation Einzelrichter, in: DVBl. 1996, S. 717-722 (718); K. Redeker, Neue Experimente mit der VwGO?, in: NVwZ 1996, S. 521-526 (522); ähnlich Hufen, Fehler (Fn. 12), Rn. 616 ("Reparaturinstanz").
- 31 W.-R. Schenke, „Reform“ (Fn. 7), S. 86; ähnlich C. Meissner, Die Novellierung des Verwaltungsprozeßrechts, in: VBIBW 1997, S. 81-88 (87): "Rolle von Verwaltungshelfern".
- 32 Dolderer, Ergänzung (Fn. 7), S. 108.
- 33 Berkemann, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 3), S. 447.

„*Freischuß*“ der Verwaltung untergrabe deren Disziplin³⁴, die Reform laufe dem Beschleunigungsziel sogar zuwider³⁵ und eine Nachholung der Anhörung während des Prozesses sei verfassungswidrig³⁶.

Wenn es gleichwohl nicht zu anhaltenden Protesten gekommen ist, so vor allem, weil die stillwirkende Kraft der korrigierenden Auslegung den Reformen des Gesetzgebers längst die Spitze, aber eben auch die intendierte Wirkung genommen hat. So soll das Gericht im vorbereitenden Verfahren nicht von sich aus die Initiative ergreifen dürfen, um der Verwaltung eine Heilung nahezu legen³⁷. Auch die beantragte Aussetzung soll es trotz Sachdienlichkeit für die Verfahrenskonzentration verweigern dürfen, wenn Anhaltspunkte für eine Prozeßverschleppung bestehen³⁸. Eine Heilung soll – entgegen dem Gesetzeswortlaut³⁹ – nur wirksam sein, wenn der einzelne durch die nachgeholtete Verfahrenshandlung genau so gestellt wird, wie er ohne den Fehler gestanden hätte⁴⁰. Für die materielle Nachbesserung durch Ergänzung von Ermessenserwägungen soll eine ungeschriebene Grenze dort bestehen, wo der Begründungswandel eine Wesensänderung des Verwaltungsakts bewirkt⁴¹. Vor Kostennachteilen sollen Kläger bewahrt bleiben, obwohl die insoweit erforderliche und ursprünglich be-

34 H. Sodan, Diskussionsbeitrag, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 133; ähnlich L. Knopp, Novellierung der Verwaltungsgerichtsordnung, in: BB 1997, S. 1001-1004 (1003: "Freibrief").

35 Sodan, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 126.

36 L. Eckert, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1997, S. 59 f., 65 f.; A. Hatje, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477-485 (484 f.); C.-D. Bracher, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?, DVBl. 1997, S. 534-538 (535); Sodan, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 126. Kritisch Berkemann, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 3), S. 447 f.; Redeker, Experimente (Fn. 30), S. 523. Für die Verfassungsmäßigkeit U. Häußler, Heilung von Anhörungsfehlern im gerichtlichen Verfahren, in: BayVBl. 1999, S. 616-622 (622); R. Krumsiek/K.P. Frenzen, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, in: DÖV 1995, S. 1013-1027 (1025); Schmitz/Wessendorf, Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz (Fn. 27), S. 957 f.

37 Kopp/Schenke, VwGO (Fn. 9), § 87 Rn. 1.

38 Kopp/Schenke, VwGO (Fn. 9), § 94 Rn. 25.

39 Vgl. § 45 II VwVfG: "Handlungen nach Absatz 1 können bis zum Abschluß eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden." § 87 I Nr. 7 VwGO: "der Verwaltungsbehörde die Gelegenheit zur Heilung von Verfahrens- oder Formfehlern ... geben"; § 94 S. 2 VwGO: "... die Verhandlung zur Heilung von Verfahrens- und Formfehlern aussetzen, ..."

40 Hüfen, Fehler (Fn. 12), Rn. 595 ff. (598 f.); ders., Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, in: JuS 1999, S. 313-320 (315) – Grundsatz der 'realen Fehlerheilung'. Besonders deutlich ebd., S. 316: "Zum anderen ist nicht jeder Verfahrensfehler heilbar, auch wenn er im Katalog des § 45 I VwVfG genannt ist." Zustimmend Sodan, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 124; H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 100, 430 f.

41 Vgl. Kopp/Schenke, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 68 ff.; VG München NVwZ 1998, S. 1325-1327 (1327).

absichtige Prozeßrechtsanpassung nie Gesetz geworden ist⁴². Und schließlich soll bei Heilungen während des Prozesses eine Umstellung auf die Fortsetzungsfeststellungsklage in Betracht kommen⁴³.

In diesem stillen Wandel durch Auslegung kommt eine erstaunliche handwerkliche Leistungsfähigkeit des Juristenstandes zum Ausdruck. Doch bleibt ein ungutes Gefühl, wenn Rechtsprechung und Literatur eine gesetzliche Entscheidung so unverblümt zur Wirkungslosigkeit verdammen. Das Unwohlsein verstärkt sich bei einem Blick auf die Begründung der Korrekturen. Durchweg werden 'grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken' geltend gemacht, die auf einen bunten Strauß verfassungsrechtlicher Maßstäbe gestützt sind, ohne aber im einzelnen offenzulegen, gegen *welchen* Verfassungsrechtssatz der Gesetzgeber mit *welcher* Neuregelung konkret verstoßen haben soll. Eine verfassungskonforme Auslegung hält man schon deshalb für erforderlich, weil die Indienstnahme der Gerichte ohne sie "im Hinblick auf rechtliches Gehör, Gewaltenteilung, Chancengleichheit und Neutralität in der Tat problematisch" wäre⁴⁴.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen der Indienstnahme der Gerichte

1. Diskutierte verfassungsrechtliche Maßstäbe

Versucht man, die diskutierten verfassungsrechtlichen Maßstäbe für eine Kontrolle der Indienstnahme zu aktivieren, so stellt sich heraus, daß sie nicht recht passen wollen. Die Gesetzesänderungen richten sich nicht gegen ein einzelnes staatsorganisatorisches Prinzip oder gegen eine einzelne Grundrechtsgarantie, sondern entfalten ihre Beeinträchtigung des Rechtsschutzes gewissermaßen "zwischen den Zeilen" der Verfassungsnormen. Das sei im folgenden für die wichtigsten der diskutierten Grundsätze kurz gezeigt.

a) Gewaltenteilung

Als naheliegender verfassungsrechtlicher Maßstab für die Indienstnahmeregelungen kommt angesichts der beschriebenen Schwächung der gerichtlichen Kontrolle und der Verpflichtung der Gerichte auf politische Ziele zunächst der

42 Vgl. § 161 II VwGO (Kostenentscheidung nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes); zu den nicht verwirklichten Plänen des Gesetzgebers *M. Sachs* in: P. Stelkens/H.J. Bonk/M. Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl. 1998, § 45 Rn. 126 f.

43 Vgl. *Hufen*, Heilung (Fn. 40), S. 318; auch *W.-R. Schenke*, „Reform“ (Fn. 7), S. 90.

44 *Hufen*, Heilung (Fn. 40), S. 317. Ähnlich *B. Stürer*, Die Beschleunigungsnovellen 1996, in: DVBl. 1997, S. 326-341 (334): von den Vorschriften solle nur behutsam Gebrauch gemacht werden, weil sie "rechtsstaatlich nicht unbedenklich" seien; *C. Degenhart*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 101 Rn. 8 ("Nicht unbedenklich"), der allerdings im Ergebnis (Art. 103 Rn. 46) wesentlich auf eine Kontrolle durch das Gebot der Waffengleichheit abstellt.

Grundsatz der Gewaltenteilung in Betracht. Schon im Ansatz stellt sich hier aber das Problem, daß der Grundsatz allein kaum subsumtionsfähig ist. Gewaltenteilung ist zwar ein Leitbild für die Funktionszuordnung und Organisation der Staatsorgane⁴⁵. Für die Umsetzung dieses Leitbildes sind indes spezielle Verfassungsnormen einschlägig, beispielsweise diejenigen zur Inkompatibilität⁴⁶. Gegenüber solchen Detailregelungen verbleibt dem Prinzip selbst kaum noch eigenständige Bedeutung⁴⁷. Einen Verstoß könnte man allenfalls dann annehmen, wenn die Gesetzesänderungen dem Gericht den Kernbereich autonomer Wirkungsmöglichkeit streitig machten. Davon sind die neuen Heilungsvorschriften aber weit entfernt. Die Befrachtung der Richterschaft mit der Aufgabe, auch das politische Ziel der volkswirtschaftlichen Effizienz im Auge zu behalten, ist zwar eine neuartige Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes, aber keine, die gewichtiger wäre als andere schon vom Grundgesetz selbst vorgesehenen Gewaltenüberschneidungen – man denke etwa die Zuweisung von Rechtsetzungs- und Gnadenbefugnissen an die Exekutive.

b) *Unabhängigkeit der Gerichte*

Unter den zahlreichen speziellen Verfassungsgeboten, die durch das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet sind, soll die Unabhängigkeit der Gerichte die Richterschaft vor dirigistischen Eingriffen der Regierung schützen, etwa vor Weisungen des Justiz- oder Innenministers, nach denen in einem bestimmten Verfahren vorzugehen ist⁴⁸. Diese Unabhängigkeit ist durch die Neuregelung nicht betroffen. Denn wenn die gerichtliche Kontrolldichte gegenüber der Verwaltung geringer ist, dann heißt das nicht im Umkehrschluß, daß der Exekutive eine stärkere Kontrolle und Einflußnahme auf die Gerichte erwächst. Die Bedeutung der Verwaltungsgerichte mag sich verringern, ihre Unabhängigkeit nicht.

c) *Waffengleichheit der Parteien*

Die geschwächte Verfahrensposition der Kläger bildet den Anlaß, nach einer möglichen Verletzung der Waffengleichheit zu fragen. Dieses Gebot gilt als

45 Vgl. BVerfGE 3, 225 (247) – Gleichberechtigung ("tragendes Organisationsprinzip").

46 Vgl. Art. 55 I, 66, 94 I 3, 137 I GG. Grundsätzlich kann eine Person nicht mehreren Staatsorganen gleichzeitig angehören; BVerfGE 18, 172 (183) – Wählbarkeitsbeschränkung; 26, 186 (197) – Ehrengericht; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 489; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 64.

47 H.D. Jarass, in: ders./B. Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 20 Rn. 23; M. Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 20 Rn. 93; Schulze-Fielitz (Fn. 46), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 65.

48 Vgl. dazu die Kontroverse um die Zusammenlegung von Innen- und Justizministerium in Nordrhein-Westfalen: VerFGH NW JZ 1999, S. 1109-1113 mit ablehnender Anmerkung v. J. Isensee, in: JZ 1999, S. 1113-1117 (1115).

notwendiger Bestandteil des fairen Verfahrens⁴⁹ nicht nur für Straf- und Zivil-, sondern auch für Verwaltungsprozesse⁵⁰, verankert sowohl im Rechtsstaatsprinzip⁵¹ wie auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention⁵².

Unabhängig von der Gerichtsbarkeit bedeutet prozessuale Waffengleichheit jedoch nicht Gleichwertigkeit der Erfolgchancen⁵³. Der schuldige Straftäter, der säumige Schuldner und der querulatorische Nachbar können ihre schwache *materielle* Rechtsstellung nicht durch prozessuale Ansprüche sanieren. Mit Ausnahme des Strafprozesses ist nicht einmal eine gleichgewichtige Informationsmacht gefordert⁵⁴. Der für alle Verfahren verfassungskräftige Kern der Waffengleichheit erschöpft sich vielmehr (wie beim prozessualen Fairneßgebot generell) in der formalen Verfahrensstellung der Parteien⁵⁵ – bei Beweisanträgen⁵⁶ und Rechtsmitteln⁵⁷, bei Gehör vor Gericht⁵⁸ und Teilnahmerecht an der Verhandlung⁵⁹, bei Rechtsbeistand⁶⁰ und Verfahrensfinanzierung⁶¹. Deshalb können

-
- 49 Zu diesem allgemein *P.J. Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, 1984; *D. Dörr*, Faire Verfahren, 1984. Zum Verhältnis von Fairneß und Verfahrensgerechtigkeit *A. Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 121 ff.
- 50 *Degenhart* (Fn. 44), Art. 103 Rn. 46; *W. Lichtenberg*, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts, 1974, S. 57 ff.
- 51 *Schulze-Fielitz* (Fn. 46), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 203 f.; *C. Degenhart*, Gerichtsverfahren, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 76 Rn. 36; *ders.* (Fn. 44), Art. 103 Rn. 46. Zur Verankerung des fairen (Gerichts-)Verfahrens im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) jüngst wieder BVerfG, Beschluß vom 18.1.2000, 1 BvR 321/96.
- 52 Vgl. zur Erstreckung des Art. 6 EMRK auf die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit *J. Schwarze*, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *NVwZ* 2000, S. 241-252 (242).
- 53 *Degenhart*, Gerichtsverfahren (Fn. 51), § 76 Rn. 45 ("formale Waffengleichheit"); vgl. BVerfGE 52, 131 (156 f.) – Arzthaftungsprozeß. Auch die Rechtsprechungskritik von *M. Gubelt*, in: *I. v. Münch/P. Kunig* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 3 Rn. 46, geht nicht so weit, daß gleichwertige Erfolgchancen gefordert würden.
- 54 Vgl. zum unbeschränkten Akteneinsichtsrecht im Strafprozeß BVerfGE 62, 338 (343 ff.) – Bundeszentralregistergesetz.
- 55 Zum zivilprozessualen Erkenntnisverfahren insoweit grundlegend BVerfGE 52, 131 (156 f.) – Arzthaftungsprozeß („Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung“).
- 56 Vgl. BVerfGE 52, 131 (160 f.) – Arzthaftungsprozeß.
- 57 BVerfGE 54, 277 (293) – Revisionsablehnung; 65, 76 (91) – Offensichtlichkeitsentscheidungen; zur Rechtsanwendungsgleichheit bei Rechtsmitteln außerdem *W. Heun*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 3 Rn. 86.
- 58 Vgl. BVerfGE 64, 135 (145) – Urteilsübersetzung; 65, 171 (174 ff.) – Pflichtverteidiger; 66, 313 (318 ff.) – Verteidigungskosten; *H. Hill*, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Straf Gewalt, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 156 Rn. 44 ff. (46).
- 59 Vgl. BVerfGE 89, 120 (129 f.) – Anwesenheitsrecht.
- 60 Etwa BVerfGE 38, 105 (112 ff.) – Rechtsbeistand; 46, 321 (324) – Mehrfachmandatierung.
- 61 Vgl. BVerfGE 74, 78 (94 f.) – Kostenrisiko; 88, 5 (12 ff.) – Gewerkschaftliche Beratungshilfe.

Versuche, die Kritik an den jüngsten Beschleunigungsnovellen mit dem Grundsatz der Waffengleichheit zu begründen⁶², im Ergebnis nicht überzeugen⁶³.

d) *Unparteilichkeit der Gerichte*

Gegen das rechtsstaatliche Gebot der *Unparteilichkeit der Gerichte* wäre verstoßen, wenn die Indienstnahme bedeutete, daß Richterinnen und Richter eine bestimmte Partei im Prozeß unterstützen. Das scheint tatsächlich der Fall zu sein. Wie auch immer man die neuen Regelungen würdigt – im Ergebnis helfen jedenfalls die Gerichte der Verwaltung bei der Reparatur ihrer Fehlleistungen.

Doch nicht für jeden Fall richterlichen Aktivismus zieht das Unparteilichkeitsgebot wirksame Grenzen. Der Grundsatz erfährt nämlich nach zwei Seiten erhebliche Beschränkungen seiner Anwendbarkeit. Auf der einen Seite liegt eine Parteilichkeit des Gerichts nicht allein dadurch vor, daß sie von den Parteien als solche empfunden wird⁶⁴: wollte man die psychologischen Wirkungen entscheiden lassen, dann wären – angesichts der empirischen Daten⁶⁵ – alle Verwaltungsgerichte als parteilich einzustufen. Auf der anderen Seite bedeutet Unparteilichkeit der Gerichte nicht Unparteilichkeit des Rechts: der Zivilrichter verletzt seine Unparteilichkeit nicht dadurch, daß er zugunsten des Mieters eine gesetzliche Mieterschutzbestimmung zur Durchsetzung bringt. Als Kontrollbereich des Unparteilichkeitsgrundsatzes bleiben somit nur die nicht- bloß-subjektiven Parteinahmen im Prozeß, die zudem mehr sind als bloße Folgerungen aus rechtlichen Gewichtsverlagerungen.

Man könnte schon zweifeln, ob über den vertrauensschädigenden Eindruck hinaus überhaupt eine objektive Parteinahme vorliegt. Das Kriterium der Verfahrenskonzentration, nach dem sich die gerichtliche Hilfe bemißt, ist nämlich nicht partei-, sondern verfahrensbezogen: es fragt nicht, wie die Verwaltung zum Erfolg geführt werden kann, sondern vielmehr, wie den Gerichten ein weiterer Prozeß erspart bleibt. Der ‚*trade-off*‘, der hier stattfindet, liegt zwischen dem Einzelprozeß und dem gerichtlichen Kontrollsystem insgesamt – nicht zwischen dem Einzelprozeß und den Zielen der Verwaltung. Oder anders ausgedrückt, mit Blick auf das Thema dieses Vortrags: es geht weniger um die Indienstnahme der Gerichte *für die Verwaltung* als vielmehr um die Indienstnahme der Gerichte *für die Effizienz*.

Selbst wenn man in der neuen Effizienzpflichtigkeit der Gerichte eine objektive Parteinahme sieht, so ist diese doch bereits weitgehend durch die neuen Regelungen im Verwaltungsverfahrensrecht, also außerhalb des Prozesses, deter-

62 So etwa *Kuhla/Hüttenbrink*, Endstation (Fn. 30), S. 718; auch *Degenhart* (Fn. 44), Art. 103 Rn. 46, unter Verweis auf *Hatje*, Heilung (Fn. 36), S. 481 f., der im Ergebnis aber die gegenteilige Ansicht vertritt.

63 *Hatje*, Heilung (Fn. 36), S. 481 f.; *Dolderer*, Ergänzung (Fn. 7), S. 109.

64 *Dolderer*, Ergänzung (Fn. 7), S. 110.

65 *Noelle-Neumann*, Rechtsbewußtsein (Fn. 21), S. 130.

miniert. Dächte man sich das aktive Handeln der Gerichte weg, so bliebe immer noch das Hauptgewicht der klägerischen Beeinträchtigung, denn auch ohne Hinweis oder Aussetzung könnte die Verwaltung von sich aus während des Prozesses die Heilung bewirken. Selbst der unaufmerksamsten Behörde würde spätestens anhand der Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Verfahrens klar werden, wo die Mängel liegen; eine Heilung wäre ihr dann immer noch während des Berufungsverfahrens möglich. Die Verschlechterung der Verfahrensposition tritt also für die Kläger nicht erst durch das neue Prozeßrecht ein, sondern im Schwerpunkt bereits durch die Erweiterung der Heilungsmöglichkeiten.

Bei dieser Konstellation ist die Unparteilichkeit der Gerichte jedenfalls für das Gesamtproblem nicht der passende Kontrollmaßstab⁶⁶.

e) Justizgewährleistungsanspruch

Für Beeinträchtigungen der Verfahrensstellung im Prozeß kommt außerdem der Justizgewährleistungsanspruch aus Art. 19 IV GG in Betracht – das "formelle Hauptgrundrecht"⁶⁷. Es garantiert für jede Verletzung durch die öffentliche Gewalt den Zugang zu den Gerichten. Daß überhaupt gerichtlicher Rechtsschutz gewährt wird, ist aber hier nicht das Problem, sondern allein, wie er prozessual ausgestaltet ist. Für diese Ausgestaltung lassen sich nur bedingt Anforderungen aus Art. 19 IV GG ableiten. Nicht einmal die institutionelle Existenz einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist damit vorgeschrieben⁶⁸. Auch die auf das Ergebnis zielende Formel vom Anspruch auf 'effektiven Rechtsschutz' hilft bei genauer Betrachtung nicht weiter. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Anspruch zum Gebot einer lückenlosen und tatsächlich wirksamen gerichtliche Kontrolle erweitert⁶⁹ und verortet ihn teils bei den einzelnen Grundrechten⁷⁰, teils in der Rechtsschutzgarantie des Artikel 19 IV GG⁷¹, ohne daß

66 So wohl auch *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 241; aus den zahlreichen Stimmen, die hierzu anderer Ansicht sind, etwa *D. Ehlers*, Anhörung im Verwaltungsverfahren, in: *Jura* 1996, S. 617-624 (622); *Kuhla/Hüttenbrink*, Endstation (Fn. 30), S. 718; *W.-R. Schenke*, „Reform“ (Fn. 7), S. 86; *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 126; *Redeker*, Experimente (Fn. 30), S. 521, 523.

67 *F. Klein*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: *VVDStRL* 8 (1950), S. 67-125 (88); *E. Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 19 IV (1985) Rn. 21; *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, Art. 19 IV Rn. 31; kritisch dazu *P.M. Huber*, in: *H. v.Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1, 1999, Art. 19 Abs. 4 Rn. 373.

68 Vgl. die Subsidiaritätsbestimmung zu den ordentlichen Gerichten in Art. 19 IV 2 GG.

69 BVerfGE 25, 352 (364) – Gnadengesuch; 35, 263 (274) – Suspensivanordnung; 40, 272 (272, 275) – Effektivität des Rechtsschutzes; sowie für die Rechtswegregelung des Art. 14 III 4 GG: BVerfGE 35, 348 (361) – Armenrecht.

70 Zu Art. 2 II GG insbesondere BVerfGE 53, 30 (65) – Mülheim-Kärlich; zu Art. 3 I GG etwa BVerfGE 42, 64 (64, 78) – Zwangsversteigerung I; zu Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG etwa 63, 131 (143) – Gegendarstellung; zu Art. 12 I GG beispielsweise BVerfGE 39, 276 (295) – Studienplatzvergabe; 44, 105 (121) – Berufsverbot; 45, 422 (430) – Amtsenthebung; zu (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

bisher eine überzeugende Abgrenzung gelungen wäre⁷². In der jüngsten Entscheidung differenziert der Erste Senat – anders als die Literatur⁷³ – dazu ausdrücklich zwischen Verfahrensregelungen, die bei jedem Klagebegehren Bedeutung haben (dann Art. 19 IV GG) und solchen, die im Interesse bestimmter Grundrechtsgarantien geboten sind⁷⁴. Es mag hier dahinstehen, ob damit nicht eine Überbetonung der materiellen Reichweite von Art. 19 IV GG verbunden

Art. 14 I GG etwa BVerfGE 24, 367 (401) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz: „Nach der grundgesetzlichen Konzeption ist hier nach ein effektiver ... Rechtsschutz ein wesentliches Element des Grundrechts selbst.“ Zur Kontinuität insbesondere bei Art. 14 I GG siehe BVerfGE 35, 348 (361 f.) – Armenrecht; 37, 132 (148) – Vergleichsmiete I; sowie die Zwangsversteigerungsfälle BVerfGE 46, 325 (333 f.); 51, 150 (156): "Aus Art. 14 GG folgt unmittelbar die Pflicht der Gerichte, bei Eingriffen in dieses Grundrecht einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten." Zur Herleitung des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 8 I GG siehe *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 8 Rn. 63 m.w.N. Eine besondere Stellung nehmen dabei die Entscheidungen ein, in denen die Herleitung auf einzelne Grundrechte „in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip“ gestützt wird: BVerfGE 39, 276 (295) – Studienplatzvergabe; 45, 422 (430) – Amtsenthebung (jeweils Art. 12 I GG); 53, 115 (127 f.) – Entschädigungsfrist (Art. 2 I GG).

- 71 BVerfGE 25, 352 (364) – Gnadengesuch; 35, 263 (274) – Suspensivanordnung; 65, 1 (69 f.) – Volkszählung; 67, 43 (58) – Offensichtlich unbegründeter Asylantrag; 94, 166 (206 f.) – Flughafenverfahren. Zur Entwicklung der Rechtsprechung ausführlich das Sondervotum zur Mülheim-Kärlich-Entscheidung, BVerfGE 53, 30 (69 ff., 72 ff.); *J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984, S. 71 ff.; sowie jüngst BVerfG NJW 2000, S. 1175-1179 (1176) – Akteneinsicht im Verwaltungsprozeß.
- 72 Ausführlich zur Abgrenzungproblematik, aber ohne Ergebnis *Held*, Grundrechtsbezug (Fn. 71), S. 71 ff.
- 73 Vgl. *Degenhart*, Gerichtsverfahren (Fn. 51), § 76 Rn. 10 f.; *Schulze-Fielitz* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 112; *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 375 (Zuordnung verwaltungsprozessualer Fragen allein zu Art. 19 IV GG). Zweifelnd *H.-J. Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 154 Rn. 17: Bedürfnis für grundrechtsunmittelbare Rechtsschutzansprüche „scheint“ gegeben zu sein, wenn außer dem Verwaltungsprozeß auch das vorausgegangene Verwaltungsverfahren berührt ist. Unbestimmt *Jarass*, (Fn. 47), Art. 19 Rn. 27 ("zu beachten").
- 74 BVerfG NJW 2000, S. 1175-1179 (1176). Schon früher für ein Ergänzungsverhältnis zwischen diesen Grundlegungen BVerfGE 60, 253 (297) – Anwaltsverschulden. Zur getrennten Entwicklung der Rechtsprechung der beiden Senate *Held*, Grundrechtsbezug (Fn. 71), S. 71 ff. Für ein, allerdings nicht im Detail erläutertes, Verhältnis der "Ergänzung", "Verzahnung", "Arbeitsteiligkeit" oder "Komplementarität" von Art. 19 IV GG und Grundrechten auch *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 21, 23; *H.-J. Papier*, Justizgewähranspruch, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, § 153 Rn. 5. Für die Grundrechte ausschließlich als Basis eines Justizgewährungsanspruchs im Privatrecht *H. Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, in: NJW 1982, S. 1-7 (6).

ist⁷⁵. Immerhin wären dann neben dem Prozeßrecht auch sämtliche Materien des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts einer rechtsgutsabstrakten und inhaltsschwachen⁷⁶ Kontrolle nach Art. 19 IV GG unterstellt⁷⁷, während es sonst maßgeblich auf das Gewicht des im Einzelfall betroffenen materiellen Grundrechts ankommt⁷⁸.

Selbst wenn man der substantiellen Aufladung von Art. 19 IV GG folgen wollte, fielen die hier untersuchten Indiennahmenvorschriften nicht in den vom Bundesverfassungsgericht abgesteckten Kontrollbereich. Eine rein prozessuale Beurteilung der Neuregelungen scheidet schon daran, daß sich die in ihnen geregelte Heilung auf je unterschiedliche Voraussetzungen im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht und im materiellen Verwaltungsrecht bezieht. Sie wirken folglich nicht bei jedem Klagebegehren gleichartig.

Es würde im übrigen für die geschilderte Problematik auch nicht weiterführen, die Anwendbarkeit von Art. 19 IV GG zu bejahen, denn dieses Prozeßgrundrecht hat gerade dort seine geringste Kontrolldichte, wo es – wie bei der Heilungsmöglichkeit – um die Wechselwirkung zwischen Gerichts- und Verwaltungsverfahren geht (funktionaler Zusammenhang)⁷⁹. Solange *im Ergebnis* die Verletzung subjektiver Rechte überprüfbar und in diesem Sinne "effektiv" geschützt bleibt, ist der Gesetzgeber nach Art. 19 IV GG in der Ausgestaltung nicht gebunden⁸⁰. Dies ist letztlich Ausdruck des "überkommenen Dogmas" der

75 Vgl. zur Diskrepanz zwischen europäischem und deutschem Verständnis von der Reichweite des Gebots effektiven Rechtsschutzes BVerfG 58, 1 (41) – Eurocontrol. Deziert für ein Zurücktreten der materiellen Grundrechte im Bereich des Rechtsschutzes *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 375; dagegen *J. Ziekow*, Zügige Verwaltungsverfahren, in: ders. (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 51-95 (56).

76 Zur inhaltlichen Schwäche von Art. 19 IV GG als Maßstab vgl. die Zusammenstellung bei *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 233 ff. (Verwirkung, Ausschlußfristen, Bestandskraft, kein allg. Begründungsgebot, kein allg. Akteneinsichtsrecht, Präklusion) sowie Rn. 262 ff. (gerichtliches Verfahren).

77 So insbesondere *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 498 ff.

78 Vgl. *J. Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 14 Rn. 146.

79 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 24-26; *J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 44 ff.; vgl. außerdem *Schulze-Fielitz* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 68 f.; a.A. *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 375, 493 ff., der die Vorwirkungen im Verwaltungsverfahren als vollumfänglich von Art. 19 IV GG erfaßt sieht, was mit dem Wortlaut der Norm schwerlich zu vereinbaren ist, sowie *W. Krebs*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 19 Rn. 47 f., 66 m.w.N.

80 Zur Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers über das Verfahren etwa BVerfGE 56, 216 (236) – Rechtsschutz im Asylverfahren. Sie gilt insbesondere für die Abgrenzung zu grundrechtlich geschützten Interessen Dritter: BVerfGE 69, 315 (357) – Brokdorf. Zum weiten Spielraum des Gesetzgebers bei Art. 19 IV GG außerdem *Schulze-Fielitz* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 80. Konsequenterweise führt ein Verfassungsverstoß hier nicht automatisch zur Nichtigkeit der Norm, sondern zur Unvereinbarerklärung mit Fristsetzung (meist ca.

(Fortsetzung auf der nächsten Seite)

dienenden Rolle des Verfahrens in der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik⁸¹. Das Verfahren ist danach nicht als Eigenwert der Rechtsschutzsystematik anzusehen, sondern bildet lediglich das Medium zur Verwirklichung materieller Rechte. Solange diese Rechte im Ergebnis nicht gefährdet sind, so der Umkehrschluß, verdient die Einhaltung von Verfahrensregeln keinen Schutz⁸².

f) Materieller Grundrechtsschutz

Wenn die formellen Verfassungsgebote nicht weiterhelfen, dann bleibt die Frage nach materiellem Grundrechtsschutz. In ihrer Dimension als Abwehrrechte erweisen sich die Grundrechte jedoch für die Indienstnahmeproblematik als wenig hilfreich. Ihr materieller Schutzgehalt richtet sich gegen eine unangemessene Behandlung im Ergebnis: bei der Normenkontrolle in Form möglicher Ergebnisse und bei der Anwendungskontrolle in Form tatsächlicher Ergebnisse. Wendet man das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen des materiellen Grundrechtsschutzes an, so ist das staatliche Handeln verfassungswidrig, wenn das Mittel der Grundrechtsbeeinträchtigung im Ergebnis der Abwägung nicht durch ein hinreichendes Gewicht des verfolgten Zwecks legitimiert ist. Solcherlei materielle Garantie schreibt aber noch keine Regeln für die Verfahren vor, mit denen Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle bewirkt werden.

2. Zwischenergebnis: Schutzlücke zwischen formellen Verfassungsgarantien und materieller Grundrechtsdimension

Als Zwischenergebnis kann für die Indienstnahmeproblematik festgehalten werden, daß weder die formellen Verfassungsgarantien noch die Grundrechte in ihrer materiellen Dimension als Kontrollmaßstab passen. Das verbreitete Unbehagen über die Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung findet hier keine verfassungskräftige Begründungsbasis. Man kann insoweit – bewußt wertend – von einer Schutzlücke sprechen. Die Besonderheit der Indienstnahmeproblematik liegt darin, daß sie die bisherigen Verfahrensgarantien schwächt, ohne notwendig zu verfassungswidrigen Ergebnissen im Einzelfall zu führen. Wäre das Ergebnis verfassungswidrig, böten die Grundrechte als materielle Garantien im Einzelfall Schutz. Würden Verfahrensgarantien ganz beseitigt statt nur geschwächt, böten die Prozeßgrundrechte und formellen Verfassungsgarantien eine Handhabe. So aber fällt die Änderung zwischen die klassischen Schutzinstrumente. Nach dem bisherigen Befund steht dem Gesetzgeber

zwei Jahre) für die gesetzliche Neuregelung: BVerfG NJW 2000, S. 1175-1179 (1179). Zu einer ähnlichen Minderung der Fehlerfolgen bei Verwaltungsverfahrensverstößen vgl. *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 112 m.w.N.

81 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 25; vgl. *M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 90 ff.; jüngst *C. Gusy*, Anmerkung zu BVerfG JZ 1999, 1166 ff., in: JZ 1999, S. 1169-1170 (1169) – dort auch zu Durchbrechungen durch das europarechtlich motivierte Umweltinformationsgesetz.

82 Kongruenz formeller und materieller Rechtspositionen; *Gusy* (Fn. 81), S. 1169.

die Verfahrensgestaltung fast grenzenlos frei: er könnte die Verwaltungsgerichtsbarkeit wieder abschaffen und Verfahrensgarantien weitestgehend reduzieren. Selbst wenn der *'trade-off'* zwischen Effizienz einerseits und Verfahrensgarantie andererseits zu einem auffälligen Mißverhältnis führt, weil eine schwerwiegende Gefährdung der Rechtsdurchsetzung um eines geringen oder gar imaginären Beschleunigungsgewinns willen hingenommen wird, fehlt nach dem bisher Dargelegten ein verfassungskräftiger Maßstab für die gesetzgeberische Willkür.

3. Die Figur des "Grundrechtsschutzes durch Verfahren" und ihre Konkretisierung als Optimierungsgebot

Nun ist das Bundesverfassungsgericht nicht untätig geblieben, sondern hat schon früh begonnen, diese Schutzlücke zu schließen. Die dazu herausgearbeitete grundrechtliche Querschnittsfunktion ist diejenige des 'Grundrechtsschutzes durch Verfahren'⁸³. Sie konnte auf frühe Vorarbeiten von *Häberle* zum *status activus processualis* aufbauen⁸⁴ und wurde 1979 im Mühlheim-Kärlich-Beschluß zu voller Blüte entfaltet⁸⁵. Nach ihr kontrollieren die Grundrechte nicht nur das materielle Recht, sondern setzen zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Verfahrensgestaltung⁸⁶. Diese Verfahrensdimension wirkt auf Auslegung und Anwendung des Verfahrensrechts, im Vorfeld aber auch schon auf dessen Gestaltung durch den Gesetzgeber⁸⁷.

Die Verfahrensbedeutung der Grundrechte ist allerdings trotz zahlreicher Judikate ein ungeliebtes Kind der Grundrechtsdogmatik geblieben. Eine Teil-

83 Dazu *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Vorb. Rn. 66 f. m.w.N.

84 *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43-141 (86 ff.); *K. Redeker*, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, in: NJW 1980, S. 1593-1598.

85 BVerfGE 53, 30 (65) – Mühlheim-Kärlich, mit Sondervotum S. 69 ff. (72 ff.).

86 BVerfGE 35, 79 (115 f.) – Hochschul-Urteil; 37, 132 (148) – Vergleichsmiete I; 39, 276 (294 f.) – Studienplatzwahl; 44, 105 (119 ff.) – Berufsverbot; 45, 422 (430) – Amtsenthebung; 46, 325 (334 f.) – Zwangsversteigerung II; 49, 220 (225) – Zwangsversteigerung III; 51, 324 (347 f.) – Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten; 53, 30 (65) – Mühlheim-Kärlich, mit Sondervotum S. 69 ff. (72 ff.); 56, 216 (236) – Rechtsschutz im Asylverfahren; 57, 295 (320) – 3. Rundfunkentscheidung (FRAG/Saarländisches Rundfunkgesetz); 63, 131 (143) – Gegendarstellung; 65, 1 (44, 49) – Volkszählung; 65, 76 (93 f.) – Offensichtlichkeitsentscheidungen; 69, 315 (355 f.) – Brokdorf; 73, 280 (296 f.) – Notarstellen; 84, 34 (45 f.) – Gerichtliche Prüfungskontrolle; 84, 59 (72 f.) – Multiple-Choice-Verfahren.

87 Vgl. *K. Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, S. 427-438 (434 ff.); *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung (Fn. 74), S. 1 ff.; *D. Grimm*, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, in: NVwZ 1985, S. 865-872 (865 ff.); *E. Denninger*, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Heidelberg 1992, § 113 Rn. 19 ff.; *H. Dreier*, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, in: Jura 1994, S. 505-513 (511 ff.); *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Vor Art. 1 Rn. 34.

schuld daran trägt der Umstand, daß sich Spezialmaterien wie das Atom⁸⁸ oder Prüfungsrecht⁸⁹ nicht ohne weiteres als prototypische Beispiele für das Verwaltungsverfahren insgesamt eignen. Auch war wenig hilfreich, daß die ersten Entscheidungen noch in die Zeit der Wertordnungsrhetorik des Bundesverfassungsgerichts fielen⁹⁰. Vor allem aber hat die Staatsrechtslehre durch eine über den Wortlaut des Art. 19 IV GG weit hinausgehende Aufladung der Rechtsweggarantie einen Kontrapunkt zur Judikatur geschaffen, der die Verfahrensbedeutung der Grundrechte zunehmend relativiert⁹¹. So ist die Ende der 70er Jahre erstarkende Diskussion schon Anfang der 80er langsam wieder abgeklungen⁹². Bis heute haben Literatur und Rechtsprechung weder das Verhältnis der Verfahrensdimension zu den Prozeßgrundrechten geklärt, noch die wichtige Frage beantwortet, ob diese nur eine punktuelle Ergänzung des materiellen Schutzes bedeutet, oder ob sie im Sinne eines allgegenwärtigen Optimierungsgebots zu verstehen ist⁹³.

88 BVerfGE 53, 30 (65) – Mülheim-Kärlich, mit Sondervotum S. 69 ff. (72 ff.); 69, 315 (355) – Brokdorf.

89 BVerfGE 84, 34 (45 f.) – Gerichtliche Prüfungskontrolle; 84, 59 (72 f.) – Multiple-Choice-Verfahren.

90 Z.B. BVerfGE 35, 79 (116) – Hochschul-Urteil. Zur Kette der Entscheidungen, in denen eine durch das Grundgesetz verbindlich gemachte objektive Wertordnung postuliert wurde: BVerfGE 6, 55 (72) – Steuersplitting („verbindliche Wertentscheidung“); 6, 386 (388) – Haushaltsbesteuerung („wertentscheidende Grundsatznorm“); 7, 198 (205) – Lüth („objektive Wertordnung“); 10, 59 (81) – Elterliche Gewalt („allgemeine Wertordnung“); 17, 210 (217) – Wohnungsbauprämie („besondere Wertentscheidung“); 20, 162 (177, 189, 214) – Spiegel („Grundwert“, „wertsetzende Bedeutung“, „Wertmaßstäbe der Verfassung“); 21, 362 (372) – Sozialversicherungsträger („Wertsystem“); 24, 367 (389) – Hamburgisches Deichordnungsgesetz („grundlegende verfassungsrechtliche Wertentscheidung“); 25, 256 (263) – Blinkfüer („im Grundrechtsabschnitt aufgerichtete objektive Wertordnung“); 30, 173 (188, 193) – Mephisto („wertentscheidende Grundsatznorm“, „Wertsystem“); 33, 303 (330) – numerus clausus I („statuierte Wertordnung“).

91 Dazu *Krebs* (Fn. 79), Art. 19 Rn. 47 f., 66 m.w.N.; *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 375; vgl. außerdem oben Abschnitt IV.1.e) bei Fn. 67 ff.

92 Vgl. *Dreier*, Grundrechtsgehalte (Fn. 87), S. 511; *Hill*, Verfahren (Fn. 40), S. 229 ff., 240 f.; Skepsis gegenüber einer „Verfahrenseuphorie“ etwa bei *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 24; *Papier*, Rechtsschutzgarantie (Fn. 73), § 154 Rn. 15.

93 Zu dieser Interpretationsdifferenz *Denninger*, Hilfe (Fn. 87), § 113 Rn. 21 f.; *K.-P. Dolde*, Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, in: NVwZ 1982, S. 65-71 (70); allgemein zu Optimierungsgeboten *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 75 ff. sowie *M. Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998; weitere Nachweise bei *Dreier* (Fn. 83), Vorb. Rn. 40; *Schulze-Fielitz* (Fn. 46), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 41. Zum besonders weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei Gleichheitsgrundrechten, der gelegentlich zu der Verkürzung führt, es gebe bei Art. 3 I GG "kein Optimierungsgebot", etwa *L. Osterloh*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 3 Rn. 95; *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 3 Rn. 43. Zur Gefahr einer "Optimierung" inhaltlicher Vielfalt gegen die ("dienende") Freiheit der Rundfunkakteure (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

a) *Verfahrensschutz als Kanon punktueller Garantien*

Nach der ersten Auffassung geht es bei der Verfahrensdimension gemäß einer Formulierung von *Grimm* "um die interpretatorische Ableitung bestimmter Verfahrensgrundsätze aus den materiellen Freiheitsrechten"⁹⁴. Verfahrensschutz ist danach punktuell dort geboten, wo individuelle Grundrechtsfreiheiten sonst gefährdet wären. Aus den Grundrechten folgt dann nur ein "Minimalstandard des unbedingt notwendigen Verfahrensschutzes"⁹⁵, eine Art *magna charta* des Verfahrensrechts – grundrechtsimmanente Regeln also, die neben den Katalog der ausdrücklichen Verfahrensgarantien treten. Als Kern dieser ungeschriebenen Garantien identifizierte *Grimm* das Anhörungsrecht der Betroffenen, erweitert um einige Komplementärgarantien (Informationsanspruch, Sachaufklärungs-, Begründungs- und Gleichbehandlungspflicht)⁹⁶. Die so zur Verfassungskraft erstarkte Anhörung verliert ihre Regelungsmacht aber gleich wieder, indem für alle Fallgruppen der Unbeachtlichkeit und Heilung die damals gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen als verfassungsgemäß anerkannt wurden⁹⁷. Die Minimalistik des Systems punktueller Ergänzungen zeigt sich noch deutlicher im beschränkten Anwendungsbereich, den sie der Figur des Grundrechtsschutzes durch Verfahren zuweist: nur dort, wo die Gesetze das Ergebnis einer planenden und lenkenden Verwaltung weitgehend offen lassen, soll es auf die Verfahrensdimension ankommen, nicht hingegen in der klassischen Ordnungsverwaltung⁹⁸.

b) *Verfahrensschutz als Optimierungsgebot*

Verfahrensschutz kann aber auch ganz anders, nämlich im Sinne eines prozeduralen Grundrechtsoptimierungsgebots verstanden werden⁹⁹. Dann ist der Ge-

vgl. *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 5 I, II Rn. 91.

94 *Grimm*, Verfahrensfehler (Fn. 87), S. 865 (Hervorhebung hinzugefügt, A.T.). Ausdrücklich gegen ein Optimierungsgebot bereits *Dolde*, Grundrechtsschutz (Fn. 93), S. 70. Unter den Judikaten des Bundesverfassungsgerichts sprechen diejenigen Entscheidungen *gegen* eine als Optimierungsgebot verstandene Verfahrensdimension, in denen statt von einem größtmöglichen Verfahrensschutz nur von einer bestimmten Ergänzung des Instrumentariums die Rede ist, etwa BVerfGE 39, 276 (294 f.) – Studienplatzwahl (Bestimmung eines Verpflichteten); 44, 105 (119 ff.) – Berufsverbot (besonderer Sicherungsgrund); 45, 422 (430 f.) – Amtsenthebung (baldige Verfahrenseinleitung); 46, 325 (334 f.) – Zwangsversteigerung II; 49, 220 (225) – Zwangsversteigerung III (Zeit für Vollstreckungsschutz); 63, 131 (143) – Gegendarstellung (angemessene Frist); 73, 280 (296) – Notarstellen (grundlegende Anforderungen).

95 *Held*, Grundrechtsbezug (Fn. 71), S. 255; zu dieser Konsequenz außerdem *Denninger*, Hilfe (Fn. 87), § 113 Rn. 21.

96 *Grimm*, Verfahrensfehler (Fn. 87), S. 869 f.

97 *Grimm*, Verfahrensfehler (Fn. 87), S. 871.

98 *Grimm*, Verfahrensfehler (Fn. 87), S. 865 ff., 870.

99 Vgl. *Alexy*, Theorie (Fn. 93), S. 75 f., 112 ff.; *Denninger*, Hilfe (Fn. 87), § 113 Rn. 21. Im Ergebnis wohl gleich, wenn auch über Art. 19 IV GG, *Schulze-Fielitz* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 82, der die Effektivität des Rechtsschutzes als „Leitmotiv für die verfassungskonforme (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

setzgeber verpflichtet, Verfahren *stets* im Sinne eines optimalen Schutzes der Grundrechtsgüter zu gestalten¹⁰⁰. An die Stelle einer nur punktuellen Kontrolle des Gesetzgebers im Verfahrensrecht tritt ein allgemein anwendbares Kontrollprinzip, das die Grundrechtsbindung der Legislative (Art. 20 III GG) auch für das Verfahrensrecht zur Geltung bringt. Die umfassende Kontrolle des Gesetzgebers auch im Bereich der Verfahrensgestaltung rechtfertigt sich dabei aus der *ratio* der Verfahrensdimension selbst. Wenn man nämlich anerkennt, daß sich die Gestaltung des Verfahrens auf das Maß der Grundrechtsverwirklichung auswirkt, dann gehört die Verfahrensgestaltung mit zu dem Staatshandeln, das in die Optimierunggebote der Grundrechte einbezogen ist. Das einfachgesetzliche Dogma von der dienenden Rolle des Verfahrens¹⁰¹ läßt sich im verfassungsrechtlichen Kontext nicht aufrechterhalten: Verfahren ist grundrechtsrelevant und verlangt schon deshalb nach Optimierung.

c) Optimierungsgebot und Verhältnismäßigkeit

Als Maximalstandard für Rechtsschutzinstrumente darf solche Optimierung allerdings nicht mißverstanden werden. Optimierung bedeutet nicht Maximierung¹⁰² und Grundrechtsoptimierung bedeutet nicht immer Rechtsschutzoptimierung¹⁰³. Der Hauptunterschied zum Modell punktueller Garantien liegt denn auch nicht in der absoluten Durchschlagskraft des Gebots, sondern in dessen Wirkungsweise. Optimierung verlangt, daß das Effizienzinteresse in der einzelnen Verfahrenskonstellation mit dem Interesse am Bestand der Instrumente des Verfahrensschutzes (Anhörung, Beteiligung, Rechtsmittel) abgewogen wird. Konkret stehen sich hier das Beschleunigungsanliegen einerseits und das Interesse an einer wirksamen gerichtlichen Verwaltungskontrolle anderer-

Auslegung des Gerichtsverfahrensrechts“ versteht, sowie ausdrücklich *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 478, der allerdings das Optimierungsgebot nicht aus dem Prinzipiencharakter der Grundrechte ableitet, sondern ohne weitere Begründung annimmt. Unter den Judikaten des Bundesverfassungsgerichts sprechen für eine als Optimierungsgebot verstandene Verfahrensdimension insbesondere BVerfGE 52, 391 (408) – Auslieferungsverfahren („Pflicht, in der Verfahrensgestaltung auf einen bestmöglichen Schutz des Grundrechts ... hinzuwirken“), sowie BVerfGE 35, 263 (274) – Suspensivanordnung und BVerfGE 40, 272 (275) – Effektivität des Rechtsschutzes („der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle“); 65, 1 (49) – Volkszählung („möglichst frühzeitige ... Anonymisierung“); 65, 76 (93 f.) – Offensichtlichkeitsentscheidungen.

100 Vgl. *Denninger*, Hilfe (Fn. 87), § 113 Rn. 21.

101 Vgl. oben Abschnitt IV.1.e) bei Fn. 81.

102 So für das Verfassungsrecht BVerfGE 83, 238 (321) – 6. Rundfunkentscheidung (Nordrhein-Westfalen-Urteil: Redakteursbeteiligung und Rundfunkfreiheit); für das einfache Gesetzesrecht *Ziekow*, Verwaltungsverfahren (Fn. 75), S. 63 f.

103 *Papier*, Rechtsschutzgarantie (Fn. 73), § 154 Rn. 8; *Ziekow*, Verwaltungsverfahren (Fn. 75), S. 57; *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 244; vgl. auch *M. Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, in: DÖV 1998, S. 1029-1039 (1038). Dies übersieht *Held*, Grundrechtsbezug (Fn. 71), S. 179, bei seiner Kritik an der Literatur zur Verfahrensdimension der Grundrechte.

seits gegenüber. Beide beanspruchen Verfassungsrang als Teil der Funktionsfähigkeit von Verwaltung und Gerichten¹⁰⁴. Effizienzgebot und gewaltenteilige Kontrolle bestehen dabei aber nicht als Selbstzweck, sondern um der mit ihnen verfolgten materiellen Rechtspositionen willen, die wiederum regelmäßig solche von Verfassungsrang sind. Der effektive Schutz von Mietern durch eine bauordnungsrechtliche Anordnung besteht beispielsweise wegen deren Grundrecht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 II GG); die gegen solche Anordnung gerichtete Kontrolle dient dem Schutz des Eigentums der Vermieter (Art. 14 I GG)¹⁰⁵. Durch die Projektion auf die hinter den Verfahrensnormen liegenden materiellen Grundrechte (Verfahrensdimension) erweist sich die Gewaltenteilung als eines der Mittel, mit denen Freiheitssicherung betrieben wird.

Im praktischen Ergebnis bedeutet das Optimierungsgebot eine Ausdehnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Verfahrensgestaltung¹⁰⁶. Der Spielraum des Gesetzgebers gewährt nicht länger Freiräume, in denen Verfahrenschutzüberlegungen unberücksichtigt bleiben dürfen, sondern die Verfahrensoptionen mit Schutzpotential müssen in jedem Fall mitberücksichtigt werden.

d) Bedenken gegen Prinzipiencharakter und Abwägung

Was hier mit dem Gebot der Optimierung des Verfahrens skizziert wurde, ist sowohl im Ergebnis umstritten, also in der Ausdehnung des abwägungsgebietenden Verhältnismäßigkeitsprinzips auf das Verfahrensrecht¹⁰⁷, als auch in den beiden grundrechtsdogmatischen Figuren, auf denen es beruht, nämlich derjenigen vom Prinzipiencharakter der Grundrechte und derjenigen von ihrer Verfahrensdimension¹⁰⁸. Für eine Verteidigung der Prinzipientheorie ist hier

¹⁰⁴ Vgl. *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 123.

¹⁰⁵ Vgl. das Beispiel des Grundrechtsschutzes der Vorhabenträger bei *Krumsiek/Frenzen*, Beschleunigung (Fn. 36), S. 1017.

¹⁰⁶ Zur gegenseitigen Bedingtheit von Optimierung (Prinzipiencharakter) und Verhältnismäßigkeitsprinzip (Abwägung): BVerfGE 83, 130 (143) – Josephine Mutzenbacher; ähnlich schon BVerfGE 30, 173 (186, 199) – Mephisto; 81, 278 (292) – Bundesflagge. Vgl. dazu die Parallele bei der Ableitung des Verhältnismäßigkeitsgebots aus dem Prinzipiencharakter der Grundrechte: *Alexy*, Theorie (Fn. 93), S. 100 ff.; *R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989, S. 90; *Z. Yi*, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, 1998, S. 154 ff. Ähnlich die Herleitung aus dem 'Wesen der Grundrechte' in BVerfGE 19, 342 (348 f.) – Wencker; 65, 1 (44) – Volkszählung; *S. Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 97 m.w.N.; kritisch dazu *A. v. Arnould*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: JZ 2000, S. 276-280 (278).

¹⁰⁷ Vgl. nur *Schmidt-Aßmann* (Fn. 67), Art. 19 IV Rn. 12: „Wirtschaftlichkeits-, Zweckmäßigkeitserüberprüfungen und Maßstäbe politischer Opportunität gehören nicht in den Schutzauftrag und dürfen in ihn auch nicht durch überspannte Verhältnismäßigkeits- oder Abwägungskontrollen eingeschleust werden.“

¹⁰⁸ Grundsätzlich Bedenken gegenüber der Identifizierung von Prinzipien in der Verfassung etwa bei *P. Lerche*, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: J. Burmeister u.a. (Hrsg.), Festschrift Stern, 1997, S. 197-209 (205 ff.). Bedenken gegenüber der (Fortsetzung auf der nächsten Seite)

nicht der Platz, doch soll kurz begründet werden, warum die Verfahrensdimension der Grundrechte neben deren Abwehr- und Schutzfunktion eine eigenständige und gewichtige Funktion bildet, und weshalb das Optimierungsgebot im Verfahrensrecht im Ergebnis nicht dazu führen muß, daß die dogmatischen Erlungenschaften der formellen Instrumente des Gesetzes- und Verfassungsrecht in einem „Abwägungssumpf“ untergehen.

Eigenständige Bedeutung kommt der Verfahrensdimension zu, weil sie sich von Abwehr- und Schutzpflichtendimension funktional unterscheidet und diese als Querschnittsfunktion ergänzt¹⁰⁹. Anders als die Abwehrfunktion zielt sie nicht auf ein staatliches Unterlassen, sondern auf ein Tun, nämlich die positive Ausgestaltung von Verfahren. Anders als die Schutzpflichtendimension richtet sich das geforderte Tun nicht gegen Übergriffe Privater, sondern gegen die falsche Verfahrensweise staatlicher Organe – im Falle der Indienstnahmeproblematik gegen Verfahrenshandlungen der Gerichte in ihrem Zusammenwirken mit der Verwaltung. Die Indienstnahmeregeln sind dabei nicht staatliche Ingerenz in vorher bestehende Positionen der Grundrechtsberechtigten, sondern die Verweigerung einer aus dem *status activus* oder *positivus*¹¹⁰ folgenden Gestaltungsoption im Prozeß: Rechtsprechung ist eine staatliche Leistung, kein Eingriff.

Eine *gewichtige* Bedeutung hat die Verfahrensdimension, weil der handelnde Hoheitsträger regelmäßig mehrere Alternativen zur Wahl hat, die gleichermaßen recht- und verfassungsmäßig sind. Das gilt jedenfalls für die ermessensausübende und planende Verwaltung – angesichts der faktisch nur begrenzt nachprüfbar unbestimmten Rechtsbegriffe aber in gewissem Umfang selbst bei der gebundenen Verwaltung¹¹¹. Das Verwaltungshandeln ist im Ergebnis keine „Punktlandung“, sondern eine Wahl in einem breiten „Streifeld“ zulässiger Ergebnisse. Eine bloße Ergebniskontrolle kann deshalb nicht bewirken, daß sich zugunsten der betroffenen Grundrechtsträger jeweils diejenige Entscheidungsvariante durchsetzt, die eine größtmögliche Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit gewährleistet. Verfahrensregeln – etwa die vorherige Anhörung der Betroffenen, mit der diese ihre Interessen und ihre Sachkenntnis in den Entscheidungsprozeß einbringen können – haben nicht bloß *dienende* Funktion, in-

Verfahrensdimension etwa bei *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung (Fn. 74), S. 7 ("Um-funktionierung der Grundrechte").

109 Vgl. *Jarass*, (Fn. 47), Vorb. vor Art. 1 Rn. 13 f.; *Dreier* (Fn. 83), Vorb. Rn. 66.

110 Für die Zuordnung der Verfahrensdimension der Grundrechte zu einem besonderen *status activus*, dem *status activus processualis*, maßgeblich *Häberle*, Grundrechte (Fn. 84), S. 43 ff.; für eine Zuordnung zum *status positivus*: *Alexy*, Theorie (Fn. 93), S. 434 ff.

111 Vgl. zu den wiederkehrenden, zuletzt von Mecklenburg-Vorpommern verfolgten Plänen, mit einer „Richterbändigungsklausel“ als neuem Art. 104a VwGO die Beurteilungsspielräume der Verwaltung zu vergrößern und die Verminderung der Kontrolldichte auch rechtlich festzuschreiben, *P. Stelkens*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Umbruch – eine Reform ohne Ende?, in: NVwZ 1995, S. 325-335 (326); *Steinbeiß-Winkelmann*, Vorgaben (Fn. 6), S. 212 f.; *Meissner*, Novellierung (Fn. 31), S. 87.

dem sie sicherstellen, daß ein Ergebnis innerhalb des zulässigen Bereichs gewählt wird. Sie haben vielmehr in begrenztem Umfang auch *definitorische* Funktion dafür, daß unter den gegebenen Umständen (begrenzte Zeit, begrenzter Aufwand) die bessere (idealiter: die beste) unter den möglichen Varianten gewählt wird¹¹². Das Verfahren beeinflusst das Ergebnis; Verfahrensoptimierung ist darum Ergebnisoptimierung. Würde die Verfahrensdimension der Grundrechte gering geschätzt, so wäre damit eine von der Verfassungsjudikatur erreichte Steigerung des grundrechtlichen Schutzniveaus ohne Not wieder preisgegeben.

In der Staatsrechtslehre gibt es verbreitete Skepsis gegenüber den Auswirkungen, die die Prinzipientheorie auf die Stringenz der Dogmatik hat. Wenn man über das im Prinzipiencharakter immer schon mitgedachte Optimierungsgebot letztlich alle staatsrechtlichen Fragen nur noch durch Abwägung entscheiden könnte, dann wäre in der Tat ein gutes Stück an Rechtssicherheit und Rationalität aufgegeben, das beispielsweise den Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formvorschriften gerade deshalb zukommt, weil sie sich als „abwägungsfest“ verstehen. Entsprechende Bedenken ließen sich für staatsorganisatorische Prinzipien wie die Bundestreue formulieren¹¹³. Für ein Gebot der Optimierung des Verfahrens lautet die Kritik folglich: Kontrollverzicht ist auch zur Verwirklichung der Grundrechte letztlich das geringere Übel im Vergleich zu einer Aufweichung der Rechtssicherheit und Aushöhlung der Gestaltungshoheit des Gesetzgebers. Eine solche Perspektive verkennt indes, daß es unterschiedliche Arten der Optimierung gibt, die in der Verfassungsjudikatur in Unterschieden der Kontrolldichte berücksichtigt werden. 'Optimieren' kann sich allein auf *Pareto*-Optimalität oder zusätzlich auf *Kaldor-Hicks*-Optimalität beziehen¹¹⁴. Anders als bei der Abwehrfunktion begrenzt die Verfassungsjudikatur ihre Kontrolldichte im Schutzpflichtenbereich beispielsweise auf *Pareto*- und offensichtliche *Kaldor-Hicks*-Optimierung, da eine vollständige Optimierung nach *Kaldor-Hicks* den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aufheben würde¹¹⁵. Die

112 'Quasi-reine prozedurale Gerechtigkeit'; ausführlicher zu den verschiedenen Verfahrensfunktionen *Tschentscher*, Theorien (Fn. 49), S. 124 ff., 335 ff.; speziell zum Modell 'reiner Verfahrensgerechtigkeit' auch *Morlok*, Folgen (Fn. 81), S. 127 ff.; man könnte in Anlehnung an *Morlok* außer instrumentellen und definitorischen noch autotelische und heterotelische Verfahrensvorschriften unterscheiden.

113 So *Lerche*, Verfassung (Fn. 108), S. 209.

114 Zu den Unterschieden *Tschentscher*, Theorien (Fn. 49), S. 273 f. Vereinfacht gesprochen bedeutet *Pareto*-Optimierung, daß alle Verbesserungsmöglichkeiten genutzt werden müssen, die das Interesse einer Seite (z.B. des Klägers im Verwaltungsverfahren) fördern, ohne zu irgendwelchen Nachteilen für die anderen Beteiligten (z.B. die Beklagte oder Drittbeteiligte) zu führen. Dagegen verlangt eine *Kaldor-Hicks*-Optimierung die Verwirklichung aller Maßnahmen, die für eine Seite gewichtigere Vorteile haben, als sie für die anderen Beteiligten an Nachteilsgewicht erzeugen.

115 Vgl. *Mösl*, Probleme (Fn. 103), S. 1037 ff. (1038); zum Bedarf an Gestaltungsraum des Gesetzgebers gegenüber Optimierungsgeboten auch *Lerche*, Verfassung (Fn. 108), S. 208.

Unterscheidung hat einen einfachen Grund: Während bei der Abwehr von Grundrechtsverstößen ein definitives Unterlassungsgebot an den Hoheitsträger ergeht, gebietet das auf Schutzpflichten gestützte Urteil – von seltenen Ausnahmen abgesehen¹¹⁶ – nur irgendeine Handlung, die das gebotene Schutzniveau herzustellen vermag. Ähnlich wie bei Schutzpflichten und anders als in der abwehrrechtlichen Grundrechtsdimension verhält es sich auch bei der Verfahrensdimension: sie führt zur Pflicht des Gesetzgebers, irgendeine Verfahrensgestaltung vorzusehen, die das gebotene Niveau des durch Verfahren bewirkbaren Schutzes sicherstellt.

e) *Fazit zum Gebot der Optimierung des Verfahrens*

Als Optimierung im Sinne des grundrechtlich abzuleitenden Gebots der Optimierung des Verfahrens sind diejenigen verfassungskonformen Interpretationen anzusehen, die eine Schwächung der Verfahrensstellung von Grundrechtsträgern dort verhindern, wo ihr nachweislich überhaupt keine Effizienzsteigerung gegenübersteht, oder nur eine so geringe, daß sie mit Blick auf die Senkung des verfahrensrechtlichen Schutzniveaus offensichtlich nicht mehr angemessen ist.

4. Folgerungen für die Indienstnahmeproblematik

Will man das Optimierungsgebot in konkrete Handlungsanweisungen für den Gesetzgeber übersetzen, so erweist sich, daß die rechtspolitische Einschätzung zur Wirksamkeit der Gesetzesnovelle auch eine verfassungsrechtliche Seite hat. Sollten nämlich diejenigen Kritiker Recht behalten, nach deren Urteil die Beschleunigungsgesetze gerade das Gegenteil bewirken, also eine Verzögerung der gerichtlichen Kontrolle, dann müßte die Einschätzung des Gesetzgebers rückblickend als falsch und die Novellierung insoweit als offensichtlich unangemessen und damit verfassungswidrig angesehen werden. Indes: ein Versagen des Beschleunigungsanliegens kann jedenfalls nicht in allen Fallgruppen festgestellt werden¹¹⁷. Selbst eine substantielle, d.h. die Interessen der Kläger wahrende, Nachholung der Anhörung parallel zum Prozeß läßt sich nicht in jedem Fall von vornherein ausschließen¹¹⁸. Deshalb sind die Novellen nicht schlechterdings verfassungswidrig, sondern bedürfen – wie dies im Ergebnis von der Literatur auch mehrheitlich befürwortet wird – der fallgruppenspezifischen Korrektur durch verfassungskonforme Auslegung. Dazu sollen im folgenden beispielhaft einige neuralgische Konstellationen untersucht werden.

116 BVerfGE 88, 203 (204, 257 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; hier führt die Anwendung grundrechtlicher Schutzpflichten nach (umstrittener) Auffassung des Gerichts zu einem definitiven Handlungsgebot des Gesetzgebers im Bereich des Strafrechts.

117 So auch Häußler, Heilung (Fn. 36), S. 620.

118 Vgl. die Diskussion bei Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 129 ff.

a) *Heilung im vorbereitenden Verfahren (§ 87 I 2 Nr. 7 VwGO)*

Zu einer Zweckverfehlung kommt es bei der Heilungsregelung für das vorbereitende Verfahren, wenn die Verwaltung von der gerichtlich eingeräumten Zeit keinen Gebrauch macht. Mit Blick auf das Gebot zügiger Prozeßabwicklung (vgl. § 87 I 1 VwGO) darf das Gericht für eine Heilung nur dann Zeit einräumen, wenn sich dadurch nach seiner freien Überzeugung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert (vgl. § 87 I 2 Nr. 7 VwGO). Das wiederum hängt entscheidend vom Verhalten der Verwaltung ab. Macht diese von ihrer Heilungsmöglichkeit nicht unverzüglich Gebrauch, so wird der Prozeß um die eingeräumte Zeitspanne verschleppt. Den Nachteilen der Kläger steht dann der vom Gesetzgeber erstrebte Beschleunigungseffekt gerade nicht gegenüber; die Verschlechterung der Verfahrensstellung ist insoweit unangemessen. Aus entsprechenden Überlegungen darf das Gericht auch nicht wiederholt Gelegenheit zur Heilung einräumen¹¹⁹.

Das Gebot der Optimierung des Verfahrens verpflichtet die Gerichte folglich, vom neuen Instrument der Zeiteinräumung im vorbereitenden Verfahren nur dann Gebrauch zu machen, wenn mit einer Heilung des Fehlers innerhalb der Zeitspanne tatsächlich zu rechnen ist. Je nach den Umständen des Falles kann das eine Erklärung der Verwaltung über ihre Heilungsbereitschaft erfordern. Die verfassungskonforme Auslegung führt dann zu einem ungeschriebenen Antragerfordernis auch schon für die Zeiteinräumung im Vorverfahren.

Eine andere Frage sind gerichtliche Hinweise: Ist es überhaupt angemessen, daß das Gericht die Verwaltung auf ihre Heilungsmöglichkeit aufmerksam macht? In dieser schwierigen Frage kann die gegenwärtigen Praxis jedenfalls kaum als Vorbild dienen. In einer deutlichen Verweigerungshaltung boykottiert die Richterschaft die Umsetzung der Norm: nach einer Erhebung, an der sich alle Kammervorsitzenden der Verwaltungsgerichte in Rheinland-Pfalz beteiligten, hatten 86% der Spruchkörper zwei Jahre nach Inkrafttreten der Regelung noch überhaupt keinen Gebrauch davon gemacht¹²⁰. Das ist mit Blick auf die Gesetzesbindung der Judikative aus Art. 20 III GG äußerst bedenklich. Der Richterschaft scheint nicht immer gewärtig zu sein, daß auch ein *schlechtes* Parlamentsgesetz grundsätzlich Befolgung verdient.

Der Gesetzgeber hat die Gerichte auf ein neues Programm der Verfahrensbeschleunigung verpflichtet. Auf einen Hinweis kann das Gericht unter diesen Umständen nur verzichten, wenn die Heilungsmöglichkeit ohnehin irrelevant wäre, etwa weil zusätzlich bereits erkennbare materielle Fehler vorliegen¹²¹.

119 Vgl. J. Bader, Die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 1998, S. 674-678 (676: Aussetzung).

120 Meier, Änderungsgesetz (Fn. 7), S. 690.

121 Vgl. SächsOVG SächsVBl. 1998, S. 32-34 (33); Bader, Heilung (Fn. 119), S. 676 (zur Aussetzung).

Dann wäre es unangemessen, die Nachteile für das Vertrauen in eine funktionierende Verwaltungskontrolle in Kauf zu nehmen, ohne daß dem greifbare Vorteile der Verfahrensbeschleunigung gegenüberstünden. Ähnlich liegen die Dinge, wenn die Heilungsbereitschaft der Verwaltung erkennbar fehlt oder wenn eine verzögerungslose Heilung aus Zeitgründen von vornherein ausscheidet.

Fazit zur Heilung im vorbereitenden Verfahren: die Einräumung einer Frist zur Heilung muß verfassungskonform dahin ausgelegt werden, daß sie nur in Betracht kommt, wenn mit einer Heilung innerhalb der Frist tatsächlich zu rechnen ist, und wenn nicht gleichzeitig materielle Mängel vorliegen. Ein genereller Verzicht auf die Anwendung der ungeliebten Neuregelung steht den Gerichten hingegen nicht zu.

b) Heilung nach Aussetzung der Verhandlung (§ 94 S. 2 VwGO)

Auch für das zweite prozessuale Instrument, die Aussetzung zur Heilung, ergeben sich aus dem Optimierungsgebot verfassungskonforme Korrekturen, ohne daß damit eine Anwendungsverweigerung der Gerichte zu rechtfertigen wäre¹²². Ein problematischer Fall entsteht etwa dann, wenn der Verwaltungsakt sowohl formelle als auch materielle Mängel aufweist. Gewährt das Gericht in solchen Fällen die Aussetzung des Verfahrens, so hat die Verwaltung nicht nur Gelegenheit, die formellen Mängel zu beseitigen, etwa durch Nachholung einer versäumten Anhörung, sondern sie verschafft sich gleichzeitig den nötigen Spielraum, um eine drohende Niederlage im Materiellen durch Nachbesserung der Begründung abzuwenden. Ist das ein Mißbrauch der Aussetzungsbefugnis, der zu einer unangemessenen Verschlechterung der Verfahrensposition der Kläger führt?

In der Literatur wird zurecht angenommen, daß die Aussetzungsregelung auf Fälle materieller Nachbesserung nicht anwendbar ist und auch nicht im Wege der Analogie übertragen werden darf¹²³. Das Gericht muß das richterliche Ermessen in § 94 S. 2 VwGO folglich dadurch ausüben, daß es in der Abwägung der für und gegen eine Aussetzung sprechenden Gründe nur die *formellen* Reparaturmöglichkeiten einbezieht. Die Heilung der Verfahrens- und Formfehler muß allein genügen, um ein Zweitverfahren voraussichtlich verhindern zu können. Diese Situation besteht indes aus Sicht des Gerichts nur, wenn die heilbaren Verfahrens- und Formfehler die *einzigsten* Mängel des Verwaltungsakts sind. Ist hingegen neben dem formellen auch ein materieller Mangel festzustellen,

¹²² Vgl. aber die Erhebungsdaten bei *Meier*, Änderungsgesetz (Fn. 7), S. 690: nur eine einzige Kammer in Rheinland-Pfalz hatte zwei Jahre nach Verabschiedung des Gesetzes schon einmal von der Regelung Gebrauch gemacht. Eine solche Verweigerung kann auch nicht mit dem Hinweis auf Terminnöte gerechtfertigt werden; siehe aber die Diskussion in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 136.

¹²³ *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 114 Rn. 51; *Bader*, Heilung (Fn. 119), S. 678; vgl. *ders.*, Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 1999, S. 120-125 (124).

etwa weil die Behörde ihre Ermessensentscheidung zunächst nicht auf die richtigen Gründe gestützt hat, so darf das Gericht den Prozeß nicht aussetzen¹²⁴, es sei denn, die Verwaltung bessert ihre Begründung nach, *bevor* sie den Aussetzungsantrag stellt¹²⁵. Eine erweiterte Anwendung der Aussetzungsbefugnis wäre dagegen für die Kläger unangemessen; sie haben einen Anspruch darauf, daß die Entscheidung nicht länger hinausgeschoben wird.

In der Literatur werden darüber hinaus besondere Anforderungen an die Qualität der nachgeholtten Verfahrenshandlung aus dem einfachen Gesetzesrecht abgeleitet¹²⁶. Schon im Begriff der Heilung soll angelegt sein, daß eine nachträgliche Anhörung nur wirksam ist, wenn sie die Betroffene genau so stellt, wie sie bei rechtzeitiger Anhörung gestanden hätte. Wenn der Prozeß aber erst einmal begonnen hat, dann wird regelmäßig auf Seiten der Verwaltung von einer „psychologischen Bestandskraft“ und einem "Solidaritätsdruck" auszugehen sein¹²⁷. Eine wirklich gleichwertige Anhörung, in der die Verwaltung weitgehend ergebnisoffen bleibt, ist bei solchen Rahmenbedingungen nicht sehr realistisch. Sie ist aber vom Gesetzgeber auch nicht beabsichtigt. Nach der früheren Rechtslage mag sich der gesetzliche Heilungsbegriff an einer Gleichwertigkeit mit der rechtzeitigen Verfahrenshandlung orientiert haben. Jedenfalls mit den jüngsten Novellen ist dieses Verständnis aber überholt: der Gesetzgeber hat hier bewußt eine *Heilung zweiter Klasse* in Kauf genommen.

Fazit zur Heilung nach Aussetzung des Verfahrens: auch hier schränkt die verfassungskonforme Auslegung ein Gebrauchmachen von dem neuen Gestaltungsmittel auf Fälle ein, in denen mit einer Heilung tatsächlich zu rechnen ist und diese Heilung ein Zweitverfahren wirklich verhindern kann; außerdem müssen materielle Nachbesserungsmöglichkeiten für die Aussetzungsentscheidung außer Betracht bleiben.

c) *Ergänzung durch Nachschieben von Gründen (§ 114 S. 2 VwGO)*

Die ambivalente Gesetzesbegründung¹²⁸ und der unbestimmte Rechtsbegriff des Ergänzens in § 114 S. 2 VwGO machen schon unterhalb der Stufe verfassungskonformer Korrektur eine Optimierung des Verfahrens durch einfachgesetzliche Auslegung möglich. So tendieren Rechtsprechung und Literatur zu einer Lesweise, die das Nachschieben von Gründen jedenfalls bei einem Ermes-

124 SächsOVG SächsVBl. 1998, S. 32-34 (33); Bader, Heilung (Fn. 119), S. 678.

125 Heilung ohne Aussetzung; vgl. zur gängigen Praxis Meier, Änderungsgesetz (Fn. 7), S. 690; Haije, Heilung (Fn. 36), S. 481.

126 Vgl. Hufen, Heilung (Fn. 40), S. 316 sowie die Nachweise oben Fn. 40.

127 Vgl. Ehlers, Anhörung (Fn. 66), S. 622; R.P. Schenke, Nachschieben (Fn. 4), S. 266; Hill, Verfahren (Fn. 40), S. 100, 430 f. m.w.N.

128 Entgegen dem Reformziel der Vermeidung weiterer Verfahren in derselben Sache soll nach der Gesetzesbegründung eine "erstmalige Begründung der Ermessensentscheidung" nicht unter § 114 S. 2 VwGO fallen; BT-Drucks. 13/3993, S. 13; vgl. dazu Gerhardt (Fn. 20), § 114 Rn. 12b.

sensausfall nicht zuläßt¹²⁹. Auch die Auswechslung der die Ermessensentscheidung tragenden Gründe soll ausscheiden¹³⁰, was zumindest für eine Auswechslung der Ermächtigungsgrundlage gilt, etwa wenn eine zunächst bauordnungsrechtliche Anordnung später auf immissionsschutzrechtliche Grundlage gestellt wird. Schwierigkeiten bereiten nach wie vor die Fälle, in denen bei unveränderter Rechtsgrundlage lediglich die Argumentation geändert wird, etwa wenn eine gewerbeaufsichtsrechtliche Sicherungsanordnung, die zunächst (fälschlich) mit konkreten Unfällen begründet wurde, im Prozeß erstmalig ergänzend auf abstrakte Gefährlichkeit gestützt wird. Soweit das materielle Recht eine abstrakte Gefährlichkeit als Anordnungsgrund genügen läßt¹³¹, soll es nach einer Literaturmeinung wie schon nach der früheren Rechtsprechung darauf ankommen, ob eine "Wesensänderung" oder "Identitätsänderung" des Verwaltungsakts entsteht¹³². Solche Weichformeln führen aber, wenn man sie ernst nimmt, dazu, daß jede neue Ermessenserwägung einen im "Wesen" anderen und damit neuen Verwaltungsakt begründet, so daß das Nachschieben von Gründen stets unzulässig wäre¹³³. Demgegenüber sieht der Reformgesetzgeber die Grenze erst bei einem "völligen" Auswechseln der Begründung erreicht¹³⁴. Nur so ergibt die Neuregelung überhaupt einen Sinn, denn sie soll ja die Duplizität von Verfahren vermeiden und nimmt dem Kläger dazu bewußt einen Teil seiner Dispositionsbefugnis¹³⁵. Unabhängig von Wesens- oder Identitätskriterien ist die Ergänzung in § 114 S. 2 VwGO folglich so zu verstehen, daß die Verwaltung jedes Argu-

129 *Gerhardt* (Fn. 20), § 114 Rn. 12e; *Redeker*, "Heilungsvorschriften" (Fn. 10), S. 627; BVerwGE 106, 351 (365); VG München NVwZ 1998, S. 1325-1327 (1327).

130 BVerwGE 106, 351 (365).

131 Vgl. zu dem – schon aus Kompetenzgründen jenseits der prozessualen Regelung in § 114 S. 2 VwGO ausschlaggebenden – materiellen Recht als Maßstab: BVerwGE 106, 351 (363 ff.). Im Ergebnis wird dort die erfolgreiche Nachbesserung der Abschiebungsentscheidung verneint. Ähnlich BayVGH BayVBl. 1999, S. 627: kein Nachschieben generalpräventiver Erwägungen bei einer Ausweisung, die zunächst auf spezialpräventive Gründe gestützt wurde.

132 Vgl. schon BVerwGE 1, 311 (313: "gewolltes Wesen"); 8, 234 (238): Nachschieben von Gründen zulässig, wenn "der Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen geändert ... wird." Das Kriterium der Wesensänderung führt auch unter der neuen Regelung in § 114 S. 2 VwGO ausdrücklich fort: VG München NVwZ 1998, S. 1325-1327 (1327). Die neuen, der früheren Rechtsprechung vergleichbaren Kriterien, der "Identitäts-" oder "Kernwahrung" vertreten u.a. *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 259 ff.; *Bader*, Ergänzung (Fn. 123), S. 122.

133 So ausdrücklich *W.-R. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 4 f., 13.

134 Vgl. BT-Drucks. 13/3993, S. 13, wo die Grenze allerdings nur leitbildhaft zum Ausdruck kommt: "Ein (völliges) Auswechseln ... unterfällt nicht der neuen Regelung des § 114 Satz 2."

135 Zu dieser Wirkung siehe oben Abschnitt II.1 bei Fn. 10 ff. Zweifel am unveränderten Festhalten an der alten Rechtsprechung entgegen der Reformintention des Gesetzgebers auch bei *Gerhardt* (Fn. 20), § 114 Rn. 12e, 12g; VG München NVwZ 1998, S. 1325-1327 (1326).

ment nachträglich in die Begründung einbringen darf, das der vorherigen Begründung nicht widerspricht.

Fragt man vor diesem Hintergrund einfachgesetzlicher Deutung nach weitergehenden verfassungskonformen Korrekturen, die durch das Gebot der Verfahrensoptimierung gefordert sind, so ist es weniger das Nachliefern einer berichtigen Begründung, das die Interessen der Kläger gravierend beeinträchtigt, als vielmehr die Sanktionslosstellung des Verwaltungshandelns. Für die Verwaltung ist es nach der Neuregelung vorteilhaft, die gesetzlichen Begründungserfordernisse zunächst nur oberflächlich oder überhaupt nicht zu beachten¹³⁶. Neben dem Zeitgewinn hält sie sich dadurch auch in alle Richtungen für eine eventuelle Ergänzung von Ermässenserwägungen offen. Schon heute ist es in Massenverfahren gängige Praxis, als „Begründung“ von Verwaltungsakten nur noch den paraphrasierten Gesetzestext vom Computer abdrucken zu lassen; die Subsumtion gerät weithin zum Ratespiel der Adressaten.

Das Gebot der Verfahrensoptimierung verlangt, daß die bestehenden Regeln zum Schutz der Grundrechtsträger tatsächlich durchgesetzt werden. Ob der Verzicht auf Sanktionen offensichtlich unangemessen ist – so das Kriterium der Optimierung¹³⁷ – richtet sich allerdings nach der Verwaltungspraxis. Jede Annahme einer Mißbrauchstendenz wäre angesichts der weithin auf Korrektheit und Rechtmäßigkeit ihres Handelns ausgerichteten Verwaltung voreilig¹³⁸. Erst wenn sich erweist, daß eine freiwillige Regeleinhaltung unrealistisch ist, kann das Gericht der Verwaltung im Wege verfassungskonformer Auslegung die Nachbesserung der Begründung verwehren. Insoweit besteht eine ‚Sanktionsreserve‘ durch verfassungskonforme Auslegung der Verfahrensregeln. Eine unterschiedslose Nichtanwendung der Neuregelung würde hingegen das legitime Anliegen des Gesetzgebers unterlaufen, alle Sachfragen nach Möglichkeit in einem einzigen Gerichtsverfahren abschließend überprüfen zu lassen. In der Praxis werden die Gerichte nur dann die Nachbesserung verweigern dürfen, wenn sich im Verhalten der Verwaltung eine Begründungsverweigerung und damit eine den gesetzlichen Schutzmechanismen entgegengerichtete Verfahrensstrategie zeigt.

d) Zwischenergebnis zur verfassungskonformen Auslegung

Zusammenfassend führt die verfassungskonforme Auslegung dazu, daß eine Verzögerungsneutralität bzw. Aussetzungsfähigkeit im Sinne der Neuregelungen nur dann besteht, wenn die Verwaltung sowohl willens als auch in der Lage ist, die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern noch während des Prozesses durchzuführen, und wenn außerdem die damit erstrebte Beschleunigung der gerichtlichen Kontrolle tatsächlich bewirkt werden kann. Weder die Heilung noch

¹³⁶ Vgl. die Diskussion bei Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 3), S. 129 ff. (135).

¹³⁷ Vgl. dazu oben Abschnitt IV.3.d) bei Fn. 107 ff.

¹³⁸ Meier, Änderungsgesetz (Fn. 7), S. 690.

das Nachschieben von Gründen darf hingegen von der Verwaltung geltend gemacht werden, um sich den gesetzlichen Schutzmechanismen zu entziehen. Nur die im Prinzip gesetzeskonform handelnde Verwaltung kann hier Nachbesserung noch während des Gerichtsverfahrens betreiben. Im übrigen bleibt es dabei, daß die Fehler zur Aufhebung des Verwaltungsakts durch das Gericht führen. Mit diesen Maßgaben hingegen ist die Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung verfassungskonform.

5. Folgerungen jenseits der Indienstnahmeregelungen

Auch jenseits der drei prozessualen Neuregelungen, mit denen die Indienstnahme der Gerichte eingeführt wird, lassen sich Wirkungen eines Optimierungsgebots für das Verfahren festmachen.

a) *Verfahrenskosten (§ 161 II VwGO)*

So muß, obwohl der Gesetzgeber die eigentlich geplante kostenrechtliche Sonderregelung für Erledigungserklärungen nach prozessualer Heilung nicht geschaffen hat, der Spielraum, den das Gericht im Rahmen von § 161 II VwGO hat, stets zugunsten der Klägersseite ausgeschöpft werden. Würde man den Klägern auch noch die Kosten dafür aufbürden, daß die Verwaltung sich durch neue prozessuale Gestaltungsmittel einem Unterliegen im Rechtsstreit entziehen kann, so wäre das Prozeßrisiko derart gesteigert, daß eine breitenwirksame gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns ernsthaft in Frage gestellt wäre¹³⁹.

b) *Fortsetzungsfeststellungsantrag (§ 113 I 4 VwGO)*

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die Optimierung des Verfahrens einen Anspruch der Kläger begründet, die Fehler im Urteilspruch deutlich werden zu lassen (vgl. § 113 I 4 VwGO)¹⁴⁰. Immerhin würde die Fehlleistung der Verwaltung im Falle der nachträglichen Heilung sonst vollständig verdeckt – ein Problem, das nach einzelnen Judikaten schon bisher bei der Leistungsgewährung (und damit Erledigung) während rechtshängiger Leistungsklage auftrat¹⁴¹. Der Vorschlag, die Verfahrensnachteile der Kläger durch Fortsetzungsfeststellung zu

139 Vgl. *Dolderer*, Ergänzung (Fn. 7), S. 109; *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 244; *Redeker*, "Heilungsvorschriften" (Fn. 10), S. 627; besonders betont bei *Huber* (Fn. 67), Art. 19 Abs. 4 Rn. 501, der – allerdings aus Art. 19 IV GG – folgert, daß die Indienstnahmenvorschriften kein unkalkulierbares und daher prohibitiv wirkendes Prozeßrisiko auferlegen dürfen.

140 Dafür *Hufen*, Heilung (Fn. 40), S. 318; bedingt auch *W.-R. Schenke*, „Reform“ (Fn. 7), S. 90.

141 Nach BVerwG NVwZ 1987, 229 soll kein Anspruch auf die Feststellung bestehen, daß die Behörde zum Erlaß des begehrten Verwaltungsakts verpflichtet gewesen wäre; gegenteilig indes BVerwGE 77, 164 (165) – Feststellung der Einbürgerungspflicht nach erfolgter Einbürgerung; BVerwG NJW 1986, S. 796 ff. (796) – Feststellung der Bescheidungsspflicht. Für einen Anspruch auf Feststellung, daß die Ablehnung rechtswidrig war, *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 111; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 853.

mindern¹⁴², stößt aber auf zwei Probleme. Zumindest auf den ersten Blick scheint ein solcher Antrag bei prozessualer Heilung dem Grundsatz zu widersprechen, daß sich die Feststellung auf den Rechtszustand zum Schluß der mündlichen Verhandlung bezieht, also einen Zeitpunkt, in dem der Verwaltungsakt bereits nicht mehr rechtswidrig ist. Außerdem fügt sich die Konstellation der prozessualen Heilung nicht in jedem Fall zwanglos dem Kanon traditionelle anerkannter Gründe für ein besonderes Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

Gegenstand der Feststellung ist regelmäßig die Sach- und Rechtslage zum Schluß der mündlichen Verhandlung¹⁴³. Doch muß es dem Kläger mit Blick auf Art. 19 IV GG freistehen, den Feststellungsantrag darauf zu beziehen, daß der Verwaltungsakt ab einem bestimmten Zeitpunkt oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtswidrig war¹⁴⁴. Der Kläger konnte schon in der Vergangenheit den Antrag auf den Ausgangsverwaltungsakt beschränken, um so trotz Heilung während des Widerspruchsverfahrens eine Feststellung zu bewirken¹⁴⁵. Entsprechend lautet die Lösung bei einer noch späteren Heilung während des Prozesses, da die Heilung jedenfalls erst *ex nunc* eintritt¹⁴⁶: durch Qualifizierung des Antrags kann der Gegenstand der Feststellung auf den Verwaltungsakt vor dem Heilungsakt spezifiziert werden.

Das Erfordernis eines *besonderen Feststellungsinteresses* (§ 43 I VwGO), das – abgesehen von Ausnahmekonstellationen¹⁴⁷ – inhaltsgleich auch für die Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 I 4 VwGO) gilt¹⁴⁸, wird namentlich bejaht für die Fallgruppen der Rehabilitierung¹⁴⁹, der Wiederholungsfahr¹⁵⁰, der Sankti-

142 Vgl. *Hufen*, Heilung (Fn. 40), S. 318.

143 *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 863; *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 524.

144 *Hill*, Verfahren (Fn. 40), S. 465 f.; *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 100; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 863; a.A. *Schmitt Glaeser/Horn*, Verwaltungsprozeßrecht (Fn. 9), Rn. 524.

145 *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 100 m.w.N.

146 *Bader*, Ergänzung (Fn. 123), S. 124; *Ehlers*, Anhörung (Fn. 66), S. 622; *Hill*, Verfahren (Fn. 40), S. 465 f.; *Hufen*, Fehler (Fn. 12), Rn. 613; *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 108. Selbst das ist allerdings umstritten; zur Gegenansicht, nach der die Heilung die anfängliche Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts fingiert, vgl. *Sodan*, Unbeachtlichkeit (Fn. 7), S. 113 m.w.N. in Fn. 22.

147 Zu den im Einzelfall geringeren Anforderungen im Rahmen von § 113 I 4 VwGO vgl. BVerwGE 61, 128 (134 f.) – Feststellungsbegehren als bloßer Hilfsantrag bei unerledigter Hauptsache; 80, 355 (365 f.) – Feststellungsinteresse trotz begrenzter Vertragslaufzeit; 100, 83 (91) – Vorbereitung einer Amtshaftungsklage.

148 Vgl. BVerwG NJW 1997, S. 2534 ff. (2534); *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 113 Rn. 129.

149 Vgl. etwa BVerwGE 87, 23 (25) – Post- und Telefonüberwachung; BVerwG NJW 1997, S. 2534 ff. (2534) – Zuordnung zur RAF.

150 Etwa BVerwGE 80, 355 (365 f.) – Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen; 80, 373 (376) – Studienauswahlverfahren; vgl. auch BVerwG NJW 1983, 2584 – weiterhin streitige Rechtslage.

onsdrohungen¹⁵¹ und – beschränkt auf die Fälle des § 113 I 4 VwGO¹⁵² – der Vorbereitung eines Amtshaftungsprozesses¹⁵³. Nur selten wird bei der Heilung während des Prozesses die Sanktionsdrohung oder Amtshaftung eine Rolle spielen. Auch eine Wiederholungsgefahr wird zumindest bei singulären Verwaltungsverfahren zu verneinen sein. Damit bleibt die Rehabilitation als wichtigster Anknüpfungspunkt für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Diese setzt aber voraus, daß eine gewisse Öffentlichkeitswirkung des Verfahrens bestanden hat. Die viel zahlreicheren Fälle einer rein privaten Betroffenheit durch Fehlverhalten der Verwaltung, das erst im Prozeß korrigiert wird, sind davon nicht erfaßt.

Hier zeigt sich, daß das individualbezogene Interesse der traditionellen Fallgruppen den Kern der Problematik verfehlt¹⁵⁴. Die Unangemessenheit der Neuregelung liegt weniger in der persönlichen Betroffenheit, als vielmehr in der Schwächung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, wenn sich die Verwaltung einer Tenorierung ihrer Fehlleistungen entziehen kann. Die Optimierung des Verfahrens zugunsten des Grundrechtsschutzes wird insoweit vermittelt durch eine Stärkung der Gewaltenteilung. Die *sichtbare* Verwaltungskontrolle liegt im öffentlichen Interesse, weil nur der Einzelprozeß die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung auslösen kann¹⁵⁵. Das spricht dafür, einen Anspruch auf Feststellung der ursprünglichen Rechtswidrigkeit aus dem Gebot der Optimierung des Verfahrens sogar in solchen Fällen abzuleiten, in denen ein Feststellungsinteresse nach den traditionellen Fallgruppen zu verneinen wäre¹⁵⁶. Im Ergebnis ist das eine Prozeßstandschaft der Kläger für das öffentliche Interesse an einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung.

V. Fazit

Mit der Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung hat der Bundesgesetzgeber eine Doppelbindung der Richterschaft eingeführt, die in

151 OVG Kassel NVwZ 1988, 445-447 (446); vgl. auch BVerwG NVwZ 1988, 430-431 (431); relativierend allerdings die sog. "Damokles-Rechtsprechung", nach der Sanktionen konkret drohen müssen: BVerwGE 89, 327 (331) – Fehlen einer Strafanzeige; 77, 207 (213) – keine Androhung eines lebensmittelrechtlichen Bußgeldverfahrens; diese Beschränkung ablehnend *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 43 Rn. 24.

152 Zum Unterschied *Kopp/Schenke*, VwGO (Fn. 9), § 43 Rn. 24 m.w.N.

153 Die *ratio* ist insoweit die Wahrung der Früchte des bisherigen Prozesses; vgl. BVerwGE 81, 226 (228) – kein Interesse bei Erledigung vor Klageerhebung; 92, 172 (175) – Interesse bei nicht offensichtlich aussichtslosem Amtshaftungsbegehren; 100, 83 (91 ff.) – Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs.

154 Vgl. auch *R.P. Schenke*, Nachschieben (Fn. 4), S. 263: ein berechtigtes Feststellungsinteresse sei "in aller Regel" zu verneinen; ähnlich *Gerhardt* (Fn. 20), § 114 Rn. 12f.

155 Dazu bereits oben Abschnitt II.1 bei Fn. 8.

156 So im Ergebnis *Hill*, Verfahren (Fn. 40), S. 467, der allein wegen der generalpräventiv-erzieherischen Fernwirkungen ein berechtigtes Interesse an der Feststellung bejaht.

Stoßrichtung und Durchführung als mißglückt gelten muß. Nur wenig besser aber ist die bisherige Reaktion der Praxis auf diesen Vorstoß. Die anfänglich fast einhellige Ablehnung ist in passiven Widerstand umgeschlagen, in der der Judikative pauschale Hinweise auf verfassungsrechtliche Bedenklichkeit genügen, um die Gesetzesbindung zu unterlaufen. Dabei läßt sich auch für das Verfahrensrecht eine enggeführte verfassungskonforme Auslegung aus dem Optimierungsgebot der Grundrechte gewinnen. Diese Auslegung bietet gleichzeitig Gelegenheit, der etwas in der Hintergrund geratenen Diskussion um die Verfahrensdimension der Grundrechte neues Leben einzuhauchen.

Literatur

Durch Koordinationsprobleme zwischen Herausgebern und Verlag verzögerte sich der Druck der Gießener Tagungsbeiträge erheblich und erfolgte zudem ohne Erteilung des Imprimatur. Die bereits vorbereitete Aktualisierung des Beitrags konnte darum nicht mehr eingearbeitet werden. Das in diesem Sonderdruck hinzugefügte Literaturverzeichnis berücksichtigt die seit der Assistierendentagung 2000 erschienene Literatur zum behandelten Themenkomplex. Verzichtet wurde auf die nochmalige Aufführung aller Beiträge aus Standardwerken (Kommentaren, Hand- und Lehrbüchern).

Würzburg, im März 2001, Tsch

- M. Albertini*, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000.
- R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986.
- A. v. Arnould*, Die normtheoretische Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: JZ 2000, S. 276 ff.
- M. Axmann*, Das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsrechtsstreit, 2001.
- J. Bader*, Die Heilung von Verfahrens- und Formfehlern im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 1998, S. 674 ff.
- Die Ergänzung von Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: NVwZ 1999, S. 120 ff.
- K. Beckmann*, Das intendierte Ermessen, in: VR 1999, S. 357 ff.
- J. Berkemann*, Verwaltungsprozeßrecht auf "neuen Wegen"?, in: DVBl. 1998, S. 446 ff.
- H. Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, in: NJW 1982, S. 1 ff.
- W. Blümel/R. Pitschas* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen, 1997.
- M. Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998.
- Intendiertes Ermessen, in: DVBl. 2000, S. 149 ff.
- C.-D. Bracher*, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?, DVBl. 1997, S. 534 ff.
- R. Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989.
- D. Dörr*, Faires Verfahren, 1984.
- K.-P. Dolde*, Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, in: NVwZ 1982, S. 65 ff.
- K. Dolderer*, Die neu eingeführte "Ergänzung von Ermessenserwägungen" im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1999, S. 104 ff.

- L. Eckert*, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1997.
- D. Ehlers*, Anhörung im Verwaltungsverfahren, in: Jura 1996, S. 617 ff.
- H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998.
- E. Franßen*, Geschäftslage des Bundesverwaltungsgerichts, in: DVBl. 2000, S. 536 ff.
- Jahresbilanz 1999 des BVerwG, in: NVwZ 2000, S. 411 ff.
- D. Grimm*, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, in: NVwZ 1985, S. 865 ff.
- A. Guckelberger*, Maßnahmen zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – eine Zwischenbilanz, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung, S. 17 ff.
- P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff.
- U. Häußler*, Heilung von Anhörungsfehlern im gerichtlichen Verfahren, in: Bay-VBl. 1999, S. 616 ff.
- A. Hatje*, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477 ff.
- J. Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984.
- H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986.
- K. Hesse*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, S. 427 ff.
- W. Höfling/S. Rixen*, Stattgebende Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 125 (2000), S. 428 ff., 613 ff.
- W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998.
- F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Auf. 1998.
- Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, in: JuS 1999, S. 313 ff.
- S. Huster*, Rechte und Ziele, 1993.
- J. Ipsen*, Gefahren für den Rechtsstaat?, in: NdsVBl. 1999, S. 225 ff.
- F. Klein*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL 8 (1950), S. 67 ff.
- L. Knopp*, Novellierung der Verwaltungsgerichtsordnung, in: BB 1997, S. 1001 ff.
- F. Kopp*, Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 61 (1970), S. 219 ff.
- R. Krumsiek/K.P. Frenzen*, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, in: DÖV 1995, S. 1013 ff.
- W. Kuhla/J. Hüttenbrink*, Endstation Einzelrichter, in: DVBl. 1996, S. 717 ff.

- P. Lerche*, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: J. Burmeister u.a. (Hrsg.), Festschrift Stern, 1997, S. 197 ff.
- W. Lichtenberg*, Der Grundsatz der Waffengleichheit auf dem Gebiet des Verwaltungsprozeßrechts, 1974.
- M. Löhnig*, "Nachschieben von Gründen", in: JA 1998, S. 700 ff.
- V. Mehde*, Regeln und Prinzipien im Recht der Staats- und Verwaltungsorganisation, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 93 ff.
- K. Meier*, Das 6. VwGO-Änderungsgesetz und seine Folgen aus erstinstanzlicher Sicht, in: NVwZ 1998, S. 688 ff.
- C. Meissner*, Die Novellierung des Verwaltungsprozeßrechts, in: VBIBW 1997, S. 81 ff.
- M. Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, in: DÖV 1998, S. 1029 ff.
- M. Morlok*, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988.
- M. Niedobitek*, Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens, in: DÖV 2000, S. 761 ff.
- E. Noelle-Neumann*, Rechtsbewußtsein im wiedervereinigten Deutschland, in: ZfRSoz 16 (1995), S. 121 ff.
- K. Redeker*, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, in: NJW 1980, S. 1593 ff.
- Neue Experimente mit der VwGO?, in: NVwZ 1996, S. 521 ff.
 - Die "Heilungsvorschriften" der 6. VwGO-Novelle, in: NVwZ 1997, S. 625 ff.
- E. Riedel*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, in: VVDStRL 58 (1999), S. 180 ff.
- H.-W. Rengeling* (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – Deregulierung, 1997.
- M. Ronellenfitsch*, Novellierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: Rengeling (Hrsg.), Beschleunigung, S. 51 ff.
- Rechtsfolgen fehlerhafter Planung, in: NVwZ 1999, S. 583 ff.
- J.-J. Rupp*, Nachschieben von Gründen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1987, S. 36 ff.
- R.P. Schenke*, Das Nachschieben von Gründen nach dem 6. VwGO-Änderungsgesetz, VerwArch. 90 (1999), S. 232 ff.
- W.-R. Schenke*, Das Nachschieben von Gründen im Rahmen der Anfechtungsklage, in: NVwZ 1988, S. 1 ff.
- „Reform“ ohne Ende, in: NJW 1997, S. 81 ff.

- H.-P. Schmieszek*, Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), in: NVwZ 1996, S. 1151 ff.
- M. Schmidt-Preuß*, Das Atomrecht als Referenzgebiet des Verwaltungsrechts, in: DVBl. 2000, S. 767 ff.
- H. Schmitz*, Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts im Schlanken Staat, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung, S. 171 ff.
- */F. Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, in: NVwZ 1996, S. 955 ff.
 - */S. Olbertz*, Das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften - Eine Zwischenbilanz?, in: NVwZ 1999, S. 126 ff.
- F.K. Schoch*, Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen, in: DÖV 1984, S. 401 ff.
- J. Schwarze*, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974.
- Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: NVwZ 2000, S. 241 ff.
- H. Sodan*, Unbeachtlichkeit und Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung, S. 107 ff.
- C. Steinbeiß-Winkelmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung, S. 201 ff.
- B. Stürer*, Die Beschleunigungsnovellen 1996, in: DVBl. 1997, S. 326 ff.
- P.J. Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, 1984.
- A. Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000.
- V. Wahrendorf*, Das 6. VwGOÄnderungsG, in: NWVBl. 1998, S. 177 ff.
- Z. Yi*, Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation, 1998.
- J. Ziekow* (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998.
- Zügige Verwaltungsverfahren, in: ders. (Hrsg.), Beschleunigung, S. 51 ff.

Inhaltsverzeichnis

DOMINIK HANF	
Gewaltenteilung, Gewaltenverschränkung oder Gewaltenverbindung? Mitwirkungsrechte der (Mit-) Gliedstaaten in Bundesstaat und Staatenverbund	9
CHARLOTTE SCHÜTZ	
Wer ist der Gesetzgeber der Europäischen Union?	19
ANNA LEISNER	
Objektive Gesetzesinterpretation – eine Gefahr für die Gewaltenteilung?.....	33
MARKUS MÖSTL	
Sicherheitsgewährleistung im gewaltenteiligen Rechtsstaat	53
HANNO KUBE	
Neue Steuerung im Haushaltsrecht – Ein Kompetenzgefüge außer Balance?	83
FRANZISKA ALICE LÖHR	
Verschiebungen im Gewaltengefüge durch Privatisierung und Deregulierung. Das Prinzip der Gewaltenteilung am Beispiel unabhängiger Regulierungsverwaltung im deutsch-amerikanischen Verfassungsvergleich.....	135
AXEL TSCHENTSCHER	
Indienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung	165
ANDREAS HARATSCH	
Der Grundsatz der Gewaltenteilung als rechtsordnungsübergreifender Rechtssatz. Ansätze einer einheitlichen Europäischen Rechtsordnung	199
BERND MARTENCZUK	
Die dritte Gewalt in der Europäischen Union.....	223

Inhaltsverzeichnis

STEFAN FRANK / ALINA LENGAUER

Notenbankunabhängigkeit auf europäischer und staatlicher Ebene
im Spannungsfeld zwischen europäischem und staatlichem
Verfassungsrecht 247

CHRISTIAN BAMBERGER

Die „vierte Gewalt“: Medien als Wächter und Bewachte..... 307

Verzeichnis der Autoren und Herausgeber 343

Verzeichnis der bisher erschienenen Tagungsbände 345