

**Dr. Siegfried Broß**  
**Richter des Bundesverfassungsgerichts**  
**Honorarprofessor an der Universität Freiburg**  
**Vorsitzender des Präsidiums der**  
**Deutschen Sektion der Internationalen Juristen-Kommission**

## **Das System der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung und die Kodifizierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Vortrag am Montag, 22. August 2006

in Niterói – Bundesstaat Rio de Janeiro/Brasilien

### A. Gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung

#### I. Einführende Überlegungen

Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung hängt von der Struktur eines Staates ab. Diese Struktur eines Staates müssen wir unter zwei Blickwinkeln betrachten: Es geht zum einen darum, ob wir einen Einheits- oder einen Bundesstaat vor uns haben und dann, ob es sich um einen demokratischen Rechtsstaat moderner Prägung handelt. Diese Strukturelemente müssen dann sowohl auf der gesamtstaatlichen wie auch auf der einzelstaatlichen Ebene gegeben sein.

Dem Rechtsstaat moderner Prägung ist eigen, dass die staatliche Gewalt durch voneinander unabhängigen Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Diese Art. 20 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland entnommene Formulierung findet sich so oder in ähnlicher Gestaltung in wohl allen modernen Verfassungen, die ein rechtsstaatliches Staatswesen sicherstellen wollen. Diese Teilung der staatlichen Gewalt ist nur dann sinnvoll und wird auch nur dann wirksam, wenn sich die staatlichen Gewalten wechselseitig hemmen oder kontrollieren können, so dass keine in den Stand versetzt wird, sich aus diesem Geflecht der staatlichen Gewalten gleichsam zu lösen und zu verselbständigen.

Gleichwohl liegt es nahe, eine Hierarchie der staatlichen Gewalten zu definieren. Es liegt auf der Hand, dass deshalb das Parlament, dem aufgrund demokratischer und freier Wahlen vor allem die Gesetzgebung obliegt, gleichsam das oberste Staatsorgan gegenüber der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ist. Das Parlament wird zuvörderst von der stimmberechtigten Bevölkerung dadurch kontrolliert, dass es nur einen zeitlich begrenzten Auftrag bekommt und sich sonach in Abständen der Kontrolle der Bevölkerung über Wahlen stellen muss. So verhält es sich mit der vollziehenden Gewalt und der

Rechtsprechung regelmäßig dann nicht, wenn deren Amtswalter nicht über Wahlen von der Bevölkerung bestellt werden. Eine solche Kreation halte ich auch nicht für vorzugswürdig; denn sie ist geeignet, größere Abhängigkeiten zu schaffen – wenn der Rechtsstaat funktioniert – als bei Bestellung durch staatliche Organe.

Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung ihrerseits können durch den Gesetzgeber dadurch gebunden werden und unterliegen damit seiner mittelbaren Kontrolle, dass sie an die Verfassung und die Gesetze gebunden sind. Das heißt, dass die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung nicht autonom gegenüber Verfassung und Gesetzgeber handeln dürfen.

Auch im demokratischen Rechtsstaat hat das verfassungsmäßige Kontrollsystem irgendwann ein Ende – die Kontrollkette ist erschöpft. Es kann denkgesetzmäßig keine unendliche Kontrolle geben. Irgendwann ist das letzte Glied der Kontrollkette tätig, und das dann letztendlich. Um diesen Mechanismus nicht zu schwerfällig werden zu lassen, bedarf es zwischen den staatlichen Gewalten kurzer Kontrollwege und innerhalb eines Kontrollstranges nur weniger Kontrollinstanzen. Dementsprechend drängt sich auf, die vollziehende Gewalt einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen, und darüber hinaus, jedenfalls die Spitze der vollziehenden Gewalt (darunter verstehe ich die Regierungs-

ebene – fortwährender parlamentarischer Kontrolle zu unterwerfen. Man könnte nun einwenden, dass die Gewaltenteilung unvollkommen ist, wenn nur die vollziehende Gewalt, nicht aber die rechtsprechende der Kontrolle durch eine andere staatliche Gewalt unterliegt. Ein solcher Einwand würde zu kurz greifen. Er übersieht, dass die vollziehende Gewalt direkt in die staatliche Gewalt als verlängerter Arm der Regierung auf Bundes- oder Einzelstaatsebene integriert ist und auf diese Weise unmittelbar staatliche Gewalt gegenüber den Menschen umsetzt. Das kann gestaltend, leistend oder aber belastend geschehen, letzteres etwa auch durch Beschränkungen der persönlichen Freiheit. So verhält es sich mit der rechtsprechenden Gewalt in unserem Zusammenhang nicht. Sie vollzieht keine staatliche Gewalt in diesem Sinne gegenüber den Menschen, sondern kontrolliert, ob die staatliche Gewalt der Verfassung und den demokratisch rechtsstaatlich zustande gekommenen Gesetzen entsprechend gegenüber den Menschen umgesetzt wird. Das heißt, die rechtsprechende Gewalt hat bei der Kontrolle der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen, dass weniger die Gewaltentrennung gewährleistet ist, als vielmehr, dass der Wille des parlamentarischen Gesetzgebers, der sich auf einen unmittelbaren Gesetzgebungsauftrag der stimmberechtigten Bevölkerung

stützen kann, rechtsstaatlich korrekt gegenüber diesen umgesetzt wird.

Da die rechtsprechende Gewalt bei der Kontrolle der öffentlichen Verwaltung die Ausübung der Staatsgewalt auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit überprüft, könnte man sie in diesem Bereich auch schlagwortartig als den "kleineren Bruder" oder "die kleinere Schwester" der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnen. Allerdings ist darauf zu achten, dass herkömmlicherweise für die Verfassungsgerichtsbarkeit Prüfungsmaßstab nur die Verfassung und ihr gleichstehende Regeln – wie zum Beispiel solche des Völkerrechts – sind, während die rechtsprechende Gewalt bei der Kontrolle der öffentlichen Verwaltung umfassend prüfen darf und muss, weil es insoweit auch um die Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit den Gesetzen und anderen abstrakten Regeln geht, so etwa in der Bundesrepublik Deutschland mit Verordnungen und Satzungen (hierzu nachfolgend in Teil B.).

Zunächst möchte ich Ihnen unter II. einen Makro-Bereich und unter III. einen Mikro-Bereich unseres Themas vorstellen, während Teil B. der Frage der Kodifizierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewidmet ist.

## II. Makro-Bereich

1. Bei einem föderalistischen Staatsaufbau müssen die verschiedenen Gesetzesräume genau unterschieden werden. Erfahrungsgemäß gibt es den Gesetzesraum des Zentralstaates, sodann die Gesetzesräume der einzelnen Länder und – so in Deutschland – auf der Ebene der Länder die Gesetzesräume von Kommunen und deren größere Einheiten (Landkreise, Bezirke). Die Kommunalebene verfügt über kein Gesetzgebungsrecht im engeren Sinne, sondern kann kommunale Satzungen oder auch Verordnungen erlassen. Sie stehen immer im Rang unter den Gesetzen, unabhängig ob eine Ermächtigung in einem Bundes- oder Landesgesetz enthalten ist. Allerdings ist in Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen der Durchgriff des Zentralstaates auf die Kommunen unzulässig, so dass das gesamte Kommunalrecht dem Landesbereich zuzuordnen ist. Daneben ist bei der Einbindung in überstaatliche Organisationen auch daran zu denken, dass es supranationales Recht gibt, das von der vollziehenden Gewalt angewendet wird. Bei der Frage der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung ist auch das zu berücksichtigen.

2. Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung zunächst an den Gegenstand der ge-

richtlichen Kontrolle zu denken und damit zusammenhängend und wegen des so gestalteten föderalistischen Aufbaus des Staatswesens, dass die Gerichtsorganisation vermutlich eine andere als in einem Einheitsstaat sein muss. Ich sehe zunächst zwei Möglichkeiten der Gerichtsorganisation, wobei ich zwangsläufig von der Gerichtsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland vorbelastet bin. Es hat sich als zweckmäßig erwiesen, die rechtsprechende Gewalt insgesamt in den einzelnen Ländern anzusiedeln und dem Bund lediglich die obersten Bundesgerichte – diese im Wesentlichen als Revisionsinstanz – vorzubehalten. Als eigene Bundesgerichte in Bereichen, in denen die Länder von der Rechtsprechung ausgeschlossen sind, ist lediglich die Patentgerichtsbarkeit und die Militärgerichtsbarkeit gegeben.

Ob man auf Landesebene den Gerichtsaufbau ein- oder zweistufig wählt, ist zuvörderst eine Frage der Zweckmäßigkeit. Allerdings spielen auch Fragen der Belastung eines Gerichts, seiner Ortsnähe und der Rechtssicherheit eine Rolle. Gerade bei der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung darf die Ortsnähe des Gerichts nicht unterschätzt werden. Die Gerichte werden dadurch den Menschen vertrauter und es ist dem Staat möglich, sich so den Menschen zu öffnen. Gerade nach Zeiten eines Unrechtsstaates ist diesem Gesichtspunkt

allergrößte Aufmerksamkeit zu widmen; denn bei einer dezentralen erstinstanzlichen Gerichtsorganisation besteht am ehesten die Möglichkeit, die Menschen für den neuen, den Rechtsstaat, zu gewinnen, dass sie ihm aufgeschlossen und vertrauensvoll begegnen. Haben die Menschen große Entfernungen zum Gerichtsort zurückzulegen, scheidet häufig schon daran die Wahrnehmung der rechtsstaatlichen Rechtsbehelfsmöglichkeiten, sei es mangels finanzieller Mittel, sei es aus Sorge darüber, "was mich dort erwartet". Die Menschen sind erfahrungsgemäß kleinräumig organisiert und ausgerichtet und das umso mehr, als eine Gesellschaft ein großes Gefälle bezüglich der Verteilung des Wohlstandes aufweist. Arme Menschen sind zwangsläufig nicht mobil und schon gar nicht in einem positiven Sinne weltläufig.

3. Bei einer dezentralen Gerichtsorganisation der Eingangsinanz ist auf Landesebene ein Obergericht unumgänglich, damit keine Rechtszersplitterung durch divergierende Gerichtsentscheidungen entsteht. Dem Obergericht obliegt es, auf Landesebene Rechtssicherheit und Rechtseinheit herzustellen und zu bewahren. Dort müsste auch das letzte Wort in Bezug auf Landesrecht konzentriert werden. In einem föderalistischen Staatswesen dürfen zur Wahrung dieses Strukturelements Bundesgerichte nur Bundesrecht, nicht aber Landesrecht



überprüfen. Allerdings heißt das nicht im Umkehrschluss, die Landesgerichte oder jedenfalls das obere Landesgericht dürfte kein Bundesrecht anwenden. Im Gegenteil – es ist Sache des Gesetzgebers, die Rechtseinheit für Bundesrecht innerhalb des Instanzenzuges mit der Eröffnung der Revisionsinstanz bei grundsätzlichen oder Divergenzfragen sicherzustellen. Alle Gerichte – unabhängig davon ob Landes- oder Bundesgerichte – müssen supranationales Recht anwenden und auch im Übrigen beachten.

4. Die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung bedarf weiterer Entscheidungen. Es ist zu erwägen, ob die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung der allgemeinen Gerichtsbarkeit anvertraut werden soll, das heißt, der Gerichtsbarkeit, die für die Ausübung der staatlichen Strafgewalt und die Entscheidung von Zivilrechtsstreitigkeiten zwischen Privaten zuständig ist. Hiergegen spricht auf den ersten Blick nichts. Allerdings ist schon von vornherein und in einem sehr frühen Stadium der Überlegungen, wie die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung ausgestaltet werden soll, zu überlegen, nach welchen Verfahrensgrundsätzen dies geschehen soll. Man muss also Betrachtungen darüber anstellen, welche Grundlagen einen Zivilrechtsstreit und welche Grundlagen einen Strafprozess prägen. Naheliegend

wird man dann zu der Einsicht gelangen, dass auf der Makro-Ebene eines demokratischen Rechtsstaates das Verhältnis Staat-Bürger (einzelner Mensch) je nach dem Berührungssachverhalt die zu Grunde liegenden elementaren Gewährleistungen, die einem jeden demokratischen Rechtsstaat vorgegeben sind, nicht identisch sind.

Bei der Wahrnehmung der Strafgewalt handelt es sich um die intensivste Einwirkung des Staates auf den Menschen. Das ist auch legitim; denn der Staat hat für Ordnung, Sicherheit und Frieden im Inneren zu sorgen und den ihm anvertrauten Menschen eine Heimstatt, eine umfassende Geborgenheit zu bieten. Das gelingt in der Wirklichkeit zwangsläufig nicht. Das spricht nicht gegen den demokratischen Rechtsstaat, sondern ist in der Natur der Menschen angelegt. Gleichwohl ist es nicht angängig, davor die Segel zu streichen und zu kapitulieren. Demgemäß ist für die Ausübung der staatlichen Strafgewalt und demgemäß für die Ausgestaltung des Strafprozesses die strikte Officialmaxime zu Grunde zu legen. Gleichsam den Gegenpol hierzu bietet der Zivilrechtsstreit, in dem sich gleichgeordnete Privatrechtssubjekte gegenüber treten. Hier tritt das staatliche Interesse deutlich zurück. Es gibt allerdings auch auf dieser Gleichordnungsebene Konstellationen, die staatliche Interessen deutlich hervortreten lassen und deshalb eine Relativierung der Privatautonomie in einem Zivilrechts-

streit gebieten. Es handelt sich hierbei etwa um Eherechtsstreitigkeiten (Ehescheidung, Güterrechtsstreitigkeiten), Statussachen in Bezug auf Kinder, aber auch Erbrechtsstreitigkeiten wegen des vermögenswerten Hintergrundes. Man kann auch noch nennen Insolvenzen, Schutz des Verbrauchers und Mietrechtsstreitigkeiten.

Ich habe ganz bewusst die letzteren Konstellationen an den Schluss dieser Überlegung gestellt, weil sie deutlich machen, was in unserem Zusammenhang nicht im Vordergrund steht, aber nicht vergessen werden sollte, dass jegliche demokratische rechtsstaatliche Gerichtsbarkeit ein solches Prädikat nur dann verdient, wenn die gesellschaftlichen Verhältnisse dem abstrakten Normengeflecht gerecht werden. Das heißt, dass bei einem Wohlstandsgefälle, das große Teile der Bevölkerung von der Wahrnehmung vielerlei individueller nicht nur Rechtspositionen, sondern gerade auch von sozialen Positionen ausschließt (Bildung, Beruf und Kultur), nur abstrakt und abgehoben den geschilderten Anforderungen gerecht wird. Die Wirklichkeit und der Alltag haben mit einem demokratischen Rechtsstaat nur wenig gemeinsam.

Die vorstehenden Ausführungen haben nichts mit einem moralischen Fingerzeig zu tun. Es geht nicht darum, lamentierend und kla-

gend das "Unrecht" in der Welt hervorzukehren. Wertneutral und ohne jede moralische Komponente liegt mir daran, aufzuzeigen, dass eine gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nur wirksam im Sinne eines demokratischen Rechtsstaats eingerichtet werden kann, wenn eine spezielle Gerichtsbarkeit hiermit betraut wird. Die gerichtliche Kontrolle – hier nicht im Sinne einer Aristokratie oder Oligarchie - , sondern als Monopol des objektiven Interesses, sonach des Gemeinwohls, kann nicht in die zuvor geschilderte Spannungslage eines Strafprozesses oder eines Zivilrechtsstreits eingeordnet werden. Man muss schlicht nach anderen Regeln suchen, so schon unter diesem Gesichtspunkt. Im Gegensatz hierzu muss auch das Individualinteresse von Betroffenen bei der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung anders bestimmt werden. Es kann nicht dem als Betroffener eines Strafprozesses oder dem einer Partei in einem Zivilrechtsstreit als gleichgerichtet angesehen werden. Bei der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung geht es nicht darum, einseitig das öffentliche Interesse, das heißt das Interesse der Staatsgewalt, durchzusetzen. Das wäre eine völlig unzutreffende Sicht der Ausgangslage. Es geht vielmehr darum, durch die gerichtliche Kontrolle sicherzustellen, dass der gesetzgeberische Wille und die Verfassungsordnung im Einzelfall korrekt, seriös und unbeeinflusst von dritter Seite umgesetzt

werden. Die hierzu berufene Gerichtsbarkeit und die tätig gewordene öffentliche Verwaltung bilden insoweit unter Rückbindung an die Ausübung staatlicher Gewalt formal eine Einheit. Das hat nichts mit Kumpanei zu tun und vor allen Dingen nichts damit, dass der Staat bei Ausübung seiner Gewalt gegenüber den Menschen willkürlich handeln könnte, weil er nicht nur über die Verwaltungsebene, sondern auch über eine diese kontrollierende Gerichtsbarkeit allumfassend sich durchsetzen könnte. Der Charme und die wesentliche Substanz für den demokratischen Rechtsstaat liegt über die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Gewalt darin, durch einen neutralen Dritten sicherzustellen, dass der objektivierte Wille des demokratisch legitimierten Gesetzgebers durch die öffentliche Verwaltung unter der Kontrolle von unabhängigen Gerichten umgesetzt wird.

5. Der gerichtlichen Kontrolle kommt in diesem Zusammenhang eine multifunktionale Stellung zu. Das eine ist zunächst die Gesetzmäßigkeitskontrolle, die in ihrer Kontrolldichte durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Ich werde hierauf an späterer Stelle noch näher eingehen. Hinzu tritt und das ist in Staaten mit einer noch nicht ausgeprägten rechtsstaatlichen Tradition überaus wichtig und bedarf besonderer Betonung, dass eine unabhängige Gerichtsbarkeit ein

Eckpfeiler des demokratischen Rechtsstaates ist. Über die Teilnahme an Wahlen zu den Parlamenten haben die Menschen hinaus keine Möglichkeit, den Staat gleichsam "zu kontrollieren". Es ist ihnen auch nicht möglich, Einblick in die staatlichen Entscheidungsmechanismen und Entscheidungsstränge zu gewinnen. Von daher kann sich sehr nahe liegend bei den Menschen ein Gefühl der Ohnmacht und eines Ausgeliefertseins gegenüber der staatlichen Gewalt einstellen. Das bedeutet im Alltag, dass zumal bei einem großen Wohlstandsgefälle und sehr großen Differenzen bezüglich der Teilhabe der Menschen innerhalb der Gesellschaft an der Verteilung des Einkommens Misstrauen genährt und Ablehnung der staatlichen Gewalten bis hin zur aktiven Verweigerung gefördert werden. Vor diesem Hintergrund gewinnt die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Gewalt eine weitere Dimension gegenüber dem herkömmlichen. Nur eine unabhängige Gerichtsbarkeit vermag die Kluft zwischen den Menschen und der hohen Abstraktionsebene des parlamentarischen Gesetzgebers mit der allumfassenden Staatsgewalt zu schließen.

Dieser Befund bedingt gleichzeitig, dass es nicht damit getan ist, die allgemein und traditionell weltweit schon länger bekannten Gerichtsbarkeiten für Straf- und Zivilrechtsstreitigkeiten mit der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Gewalt zu betrauen. Aufgrund des be-

sonderen Interessengeflechts zwischen der obersten staatlichen Ebene – dem Gesetzgeber - , der nach seinen Vorgaben tätig werdenden öffentlichen Verwaltung beginnend mit der Regierungsebene bis herunter zur unmittelbaren Umsetzung gegenüber den Menschen, bedarf es zwangsläufig zu einer überzeugenden Lösung dieses Staatsorganisationsproblems einer besonderen Gerichtsbarkeit. Diese kann nur eine Verwaltungsgerichtsbarkeit sein, die auch in der Ausgestaltung der Verfahrensgrundsätze besonderen Regeln unterliegt. Diese Regeln haben das öffentliche Interesse an der Umsetzung und fortwährenden Beachtung der Vorgaben des Gesetzgebers wie auch der individuellen Interessen an strikter Beachtung der Verfassung und dieser Vorgaben des Gesetzgebers zu folgen. Im Hinblick darauf liegt auf der Hand, dass weder die Grundlagen eines Zivilrechtsstreits (Dispositionsfreiheit, Verhandlungsgrundsatz, wie vor allem die Privatautonomie) nicht zu Grunde gelegt werden darf, ebenso wenig wie der allumfassende Officialgrundsatz des Strafprozesses. Zur Erläuterung und zur Vermeidung von Missverständnissen möchte ich mit der gebotenen Diskretion, aber auch mit dem gebotenen Nachdruck darauf hinweisen, dass ich einen Strafprozess, der Elemente des Dispositionsgrundsatzes und des Verhandlungsgrundsatzes im Sinne eines Zivil-

rechtsstreits aufweist, nicht für rechtsstaatlich in dem von mir in meinen Ausführungen zu Grunde gelegten Sinn halte.

6. Eine nachrangige Frage ist für mich, ob die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Gewalt je nach dem Verwaltungsbereich auf verschiedene Gerichtsbarkeiten aufgeteilt werden soll. In der Bundesrepublik Deutschland unterscheiden wir insofern die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit und zwei besondere Verwaltungsgerichtsbarkeiten, die Sozial- und die Finanzgerichtsbarkeit. Grob gesprochen ist die Finanzgerichtsbarkeit für die Steuerstreitigkeiten zuständig, von der Zahl der Verfahren her sind bei weitem die bedeutendsten aller Arten die Einkommensteuer, die Mehrwertsteuer und die Zölle. Der Umfang der Sozialgerichtsbarkeit ist riesig, zumal in Deutschland in den letzten 30 bis 35 Jahren die Zahl der arbeitslosen und armen Menschen auf mehr als 4 ½ Millionen – geschätzt versteckt auf mehr als 7 Millionen bei rund 82 Millionen Einwohnern – zugenommen hat. Was diese Aufächerung der Gerichtsbarkeiten innerhalb der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland betrifft, mag der Hinweis genügen, dass es über die Jahrzehnte immer wieder Bestrebungen gegeben hat, diese Gerichtsbarkeiten über eine einheitliche Prozessordnung zusammen zu führen. An einem nicht ganz ohne



Erfolg gebliebenen Versuch war ich selbst ganz maßgeblich beteiligt. Allerdings muss man sehen, dass bei einer reichhaltigen Differenzierung des materiellen Rechts das Steuerrecht, das Sozialrecht und dann die übrigen noch verbleibenden Materien, die dem Vollzug der öffentlichen Verwaltung unterliegen, den verschiedensten und keineswegs identischen Interessenlagen folgen.

7. Entsprechend dem Sozialstaatsprinzip der Bundesrepublik Deutschland, wie es in Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes niedergelegt ist, liegt auf der Hand, dass die Verfahrensgrundsätze hierauf besonders ausgerichtet sein müssen; denn der Arme, der Bedürftige bedarf des besonderen Schutzes und der Fürsorge des Staates. Diese werden über die öffentliche Verwaltung wahrgenommen. Demgemäß kann es in einem gerichtlichen Verfahren nicht darum gehen, etwa einseitig fiskalische Interessen durchzusetzen, weil der Rechtsuchende als Armer, als Bedürftiger finanzielle Mittel vom Staat fordert. Das Sozialstaatsprinzip gebietet es vielmehr, dass ihm im Rahmen des Möglichen geholfen wird. Demgemäß ist von den zuständigen Gerichten zu kontrollieren, ob die öffentliche Verwaltung die diesbezüglichen gesetzlichen Vorgaben korrekt umgesetzt hat. Es darf also nicht vom Zu-

fall abhängen, ob der Rechtsuchende besonders geschickt, von einem besonders cleveren Anwalt beraten ist und dergleichen mehr.

Hier tritt über die Fürsorgeverpflichtung der öffentlichen Verwaltung eine dementsprechend fürsorglich kontrollierende durch die zuständigen Gerichte hinzu. Für ein solches Interessengeflecht sind die Verfahrensgrundsätze aus dem Zivilrechtsstreit, dem Strafprozess, aber auch den sonstigen verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten nicht angemessen. Im Hinblick darauf gilt es darüber nachzudenken, ob die Kontrolle der öffentlichen Gewalt nicht auf mehrere Gerichtsbarkeiten zu verteilen ist, je nach dem inmitten stehenden Sachbereich. Es ist ja auch nicht unredlich, wenn ein demokratischer Rechtsstaat peinlich darauf achtet, dass in Vollzug der Steuergesetze nicht "cleveren Steuerpflichtigen" möglicherweise bestehende Schlupflöcher noch vergrößert werden. Im Hinblick darauf sehe ich nicht, dass Verfahrensgrundsätze etwa bei Inanspruchnahme sozialrechtlicher Positionen die gleiche Qualität haben könnten, wie bei Inanspruchnahme von Steuervorteilen. Es liegt zwar nahe, dass sowohl bei der Inanspruchnahme von Wohltaten des Staates wie auch bei der Inanspruchnahme von Steuervorteilen der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zentrum gerichtlicher Prüfung steht, gleichwohl ist offenkundig, dass in dem zuerst genann-

ten Bereich des Sozialstaats, der es in der Regel nur mit Rechtsuchenden zu tun hat, für die sich die Frage von Steuerzahlungen überhaupt nicht stellt, weil sie schlicht zu arm sind und deshalb letztlich außerhalb der Gesellschaft stehen, um andere Wertungsgesichtspunkte gehen muss.

Die vorstehenden Überlegungen sollen deutlich machen, dass die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung in einem modernen demokratischen Rechtsstaat eine Komplementärfunktion hat. Der demokratische Rechtsstaat kann sich nur durchsetzen und die Menschen, deren Wohl und Wehe ihm anvertraut sind, nur allumfassend erreichen, wenn die Ausübung der staatlichen Gewalt über parlamentarische Gesetzgebung und vollziehende Gewalt durch eine unabhängige spezielle und den Ausprägungen der staatlichen Gewalten entsprechenden gerichtlichen Kontrolle gewährleistet ist. Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung bedeutet also nicht, dass der Staat und die staatlichen Gewalten abgewertet werden. Die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung bedeutet aber ebenso wenig, dass über eine staatliche Gerichtsbarkeit gleichsam eine "Kumpanei" mit dem Siegel der rechtsstaatlichen Unbedenklichkeit versehen wird. Das wäre weit gefehlt. Um dem letzteren entgegenzuwirken, bedarf es weiterer organisatori-

scher Absicherung der Gerichtsbarkeit. Als Bollwerk gegenüber rechtsstaatswidrigen Einflussnahmen sind die personelle und finanzielle Unabhängigkeit der die rechtsprechende Gewalt wahrnehmenden Personen zu nennen, wie deren Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit. Den Gefährdungen durch korruptive Einflussnahme ist durch eine entsprechende finanzielle Ausstattung der richterlichen Position entgegenzuwirken.

8. Gleichwohl zeigen auch diese Überlegungen, dass es mit der Installation einer unabhängigen Gerichtsbarkeit allein nicht getan ist. Eine solche bedarf der Unterstützung durch die Medien und die Wissenschaft, wie aber auch durch die staatlichen Institutionen, selbst der staatlichen Institutionen, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Ein demokratischer Rechtsstaat moderner Prägung bewährt sich dadurch, dass er weder die gerichtliche Kontrolle staatlicher Entscheidungen noch die Transparenz staatlicher Entscheidungsprozesse im Übrigen scheut.

### III. Mikro-Bereich

1. Die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung durch unabhängige Gerichte kann nur gelingen, wenn die Verfahrensgrundsätze entsprechend ausgestaltet werden. Es bedarf keiner näheren Erörterung und liegt auf der Hand, dass der für einen Zivilrechtsstreit herkömmlich prägende Verhandlungsgrundsatz der Interessenlage eines Rechtsstreits, bei dem die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung inmitten steht, nicht angemessen ist. Sie werden jetzt fragen, warum? Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung hat zum Gegenstand, und zwar ausschließlich, ob der gesetzgeberische Wille ihm selbst entsprechend und unter Beachtung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt worden ist. Diese Fragestellung ist unabhängig davon, ob wir es mit Eingriffs-, Leistungs- oder gestaltender Staatsverwaltung zu tun haben. Die Interessenlage ist anders als im Zivilprozess –Privater gegen Privater – oder im Strafprozess – Staat gegen den Beschuldigten –: Im Bereich der öffentlichen Verwaltung setzt der Staat nie ausschließlich öffentliche Interessen durch, aber auch nicht ausschließlich private. Es geht vielmehr immer darum, einen sachgerechten Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu finden. Das ist in einem Land wie der Bundesrepublik Deutschland offenkundig, weil es durch die Dichte der Besiedelung vielerlei Konflikten im Bereich des

Umweltschutzes (Versiegelung der Landschaft, Wasserversorgung, Wasserentsorgung, Luftverschmutzung) ausgesetzt ist. Solche Probleme stellen sich vermutlich für Ihr Land in Ballungszentren, aber es geht bei der hier in Rede stehenden sehr abstrakten Fragestellung im Einzelfall darum, wie etwa die hier vorkommenden Naturschätze genutzt werden. Wie werden sie verteilt, wie werden sie schonend genutzt im Hinblick auf nachfolgende Generationen und wie werden sie etwa schonend genutzt mit Rücksicht auf das Weltklima.

2. Kommt es hierüber zum Streit zwischen Privaten und staatlichen Behörden wegen der von ihnen erlassenen Entscheidungen, geht es nicht nurmehr um einseitig staatliche oder einseitig private Interessen. Bei solchen Sachverhaltsgestaltungen geht es um das Gemeinwohl, um die Gemeinverträglichkeit, heute häufig nicht nur kleinräumig, sondern landes- und nicht selten sogar weltweit im Endzustand. Diese Konstellationen entziehen sich den für Zivilrechtsstreitigkeiten und denen für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs anerkannten Grundsätzen. Es bedarf hierfür einer besonderen Sensibilität, weil immer darauf Bedacht zu nehmen ist, dass die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nicht nur dem individuellen Interesse des unmittelbar Betroffenen, sondern dem übergeordneten Interesse einer

Abstützung des demokratischen Rechtsstaates in der Bevölkerung dient.

Dementsprechend müssen auch die Verfahrensgrundsätze ausgestaltet werden.

3. Zu den Verfahrensgrundsätzen ist im Einzelnen zu bemerken:

- Nahe liegend ist für die Einleitung und die Beendigung eines Verfahrens der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung der Dispositionsgrundsatz vorzusehen. Das liegt auf der Hand; denn wenn sich jemand von der öffentlichen Verwaltung in seinen Rechten verletzt fühlt, ist es seine höchstpersönliche Angelegenheit, ob er sich damit abfindet oder ob er sich dagegen zur Wehr setzen möchte. Im letzteren Fall aber ist es für einen demokratischen Rechtsstaat unabdingbar, dass er schon um seiner Glaubwürdigkeit Willen die Hürden für den Zugang zum "Kontrollgericht" nicht zu hoch setzt. Andernfalls läuft er Gefahr, dass er ins Zwielicht gerät dergestalt, dass nur besonders geschickte Gewaltunterworfenen oder solche, die finanziell in der Lage sind, sich entsprechend sachkundiger Beistände zu bedienen, diesen besonde-

ren gerichtlichen Rechtsschutz für die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung in Anspruch nehmen können.

- Zu überlegen ist dann allerdings, gegen welche Äußerungen der öffentlichen Verwaltung im allgemeinsten Sinne sich ein Betroffener zur Wehr setzen kann. Insoweit kann man die gerichtliche Kontrolle unter zweierlei Gesichtspunkten ausgestalten, entweder nach einer Generalklausel oder nach einem Enumerationsprinzip. Da im modernen demokratischen Rechtsstaat die Äußerungsmittel der öffentlichen Verwaltung und damit der öffentlichen Gewalt sehr vielfältig sind und von Gesetzes wegen keinem numerus clausus unterliegen, ist eine Generalklausel gegenüber dem Enumerationsprinzip vorzugswürdig. Allerdings ist darauf Bedacht zu nehmen, dass der Rechtsschutz der Betroffenen weniger an die Form der Handlung der öffentlichen Verwaltung anknüpft als vielmehr daran, ob diese gegenüber den Betroffenen rechtserheblich ist. Die Anbindung an die Form ist deshalb nicht zweckmäßig, weil es die öffentliche Verwaltung dann in der Hand hätte, durch die Wahl der Handlungsform den Rechtsschutz "zu steuern", gegebenenfalls dergestalt, dass ein solcher nicht eröffnet ist. Zudem birgt das Enumerationsprinzip die Schwierigkeit in sich, dass es



zu starr und in die Zukunft gerichtet nicht flexibel genug ist. Die öffentliche Verwaltung ist erfinderisch und man vermag nicht von vornherein auszuschließen, dass sie über Handlungsformen auf die Menschen einwirkt, die der Gesetzgeber mit der Schaffung des Enumerationsprinzips überhaupt nicht in seine Erwägungen einstellen konnte.

- Definiert man das staatliche öffentliche Interesse, das Gemeinwohl, im Sinne eines Interessenausgleichs zwischen dem Einzelnen und der Allgemeinheit, so wird andererseits deutlich, dass die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nicht dem Zufall ausgeliefert werden kann. So bedarf das sicher unabdingbare Dispositionsprinzip für die Einleitung oder die Beendigung des Verfahrens durch den Betroffenen der Absicherung durch den Amtsermittlungsgrundsatz. Durch diesen ist sichergestellt, dass weder die öffentliche Verwaltung noch der Betroffene durch ihr Parteiverhalten eine rechtsstaatliche Entscheidungsfindung in Frage stellen können. Der Amtsermittlungsgrundsatz unabhängig von dem Verhalten der beteiligten Parteien ist hervorragend geeignet, die Brücke zwischen der staatlichen Gewalt und den staatlichen Interessen und dem objektivierten Interesse der Betroffen-

nen und der Allgemeinheit zu bilden. Den Menschen wird auf diese Weise die Sicherheit und die Gewissheit vermittelt, dass der demokratische Rechtsstaat in dem konkreten Einzelfall unabhängig von Zufälligkeiten, Einflussnahme oder Cleverness umgesetzt wird.

Der Amtsermittlungsgrundsatz für die Erforschung der Wahrheit - soweit wir eine solche überhaupt finden können - ist das Kernstück der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung.

Auch wenn es sich hierbei zunächst um eine Vorstellung im Modell handelt, wäre es völlig verkehrt, diesen Grundsatz gering zu schätzen. Er bedarf allerdings der fortwährenden Pflege und nachhaltigen Erinnerung bei den Amtswaltern, also den in den Gerichten tätigen Entscheidern, und in der Öffentlichkeit.

- Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung kann in einem demokratischen Rechtsstaat nur dann wirksam werden und auch nur dann die Brückenfunktion zwischen der staatlichen Gewalt und den Menschen erfüllen und dieser gerecht werden, wenn es keine Reservate und Immunitäten zugunsten der öffentlichen Gewalt gibt. In der Bundesrepublik Deutschland spielt diese Frage seit jeher eine Rolle in bestimmten Verfahren, ob und inwieweit

Behördenakten dem Gericht und damit zur Einsichtnahme für jedermann, weil Gerichtsverhandlungen in einem Rechtsstaat zwangsläufig nur öffentlich sein dürfen, offen stehen. Ein in Camera-Verfahren (hierzu BVerfGE 101, 106 >127 ff.>) wird den rechtsstaatlichen Anforderungen nicht gerecht. Man muss anders ansetzen.

Wir dürfen einerseits die Augen nicht davor verschließen, dass auch der demokratische Rechtsstaat vitale Sicherheitsinteressen hat, die im Interesse aller ihm anvertrauten Menschen nicht relativiert werden dürfen dergestalt, dass sie einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Insofern neige ich wegen des Übergewichts des demokratischen Prinzips für solche Randbereiche, die sicher nicht im Zentrum eines demokratischen Rechtsstaats liegen, zu einer parlamentarischen Kontrolle. Wenn man das Demokratieprinzip ernst nimmt, vermag ich jedenfalls für solche vereinzelte Sachverhaltsgestaltungen nicht zu erkennen, dass die richterliche Kontrolle und vor allem die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens in jeglicher Hinsicht dem Rechtsstaat und seiner Funktionsfähigkeit mehr dienen könnten. Auch der Rechtsstaat stößt sowohl im Innern als auch wegen seiner weltweiten Eingebundenheit an Grenzen. Es ist deshalb bei der Frage der gerichtli-

chen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung ein zentrales Anliegen, die Grenzziehung vorzunehmen, ob überhaupt individuelle Interessen betroffen sind, und wenn ja, in welchem Gewicht und damit in welchem Verhältnis sie zum übergeordneten Staatsinteresse, zum Staatsganzen und zum Gemeinwohl als Zusammenfassung der Individualinteressen aller übrigen Menschen in einem Staat stehen. In Grenzfällen ist es sicher eine Gratwanderung, angemessen und überzeugend hier eine Linie zu ziehen, bis zu der eine gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung stattfinden darf, damit andererseits nicht die staatlichen Interessen und das Staatsganze als Zusammenfassung der Einzelinteressen der Gesamtheit der Menschen in einem Staat nachteilig betroffen werden.

- Unabhängig hiervon stellen sich auf einer nächsten, niedriger angesiedelten Ebene eines Verfahrens der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung weitere Fragen. Es geht hierbei um die Kontrolldichte, die die berufenen Gerichte zu Grunde legen dürfen. Die Bundesrepublik Deutschland etwa kann in diesem Zusammenhang auf eine viele Jahrzehnte währende Tradition und

wissenschaftliche Begleitung der Rechtsprechung zurückgreifen.

Ich halte folgendes Substrat für vorzugswürdig:

Bei unbestimmten Gesetzesbegriffen wie z.B. Zuverlässigkeit in persönlicher Hinsicht oder Unzuverlässigkeit, wie Geeignetheit und Erforderlichkeit etwa für staatliche Eingriffe im Polizeirecht, halte ich eine voll umfängliche Prüfung durch die Gerichte für angezeigt und geboten. Es geht hierbei nicht, wie die Diskussion in Deutschland in früheren Jahrzehnten geführt wurde darum, ob der Verwaltung in einem Teilbereich der Begriffsbestimmung ein Beurteilungsspielraum (oder ein Ermessen) zusteht. Diese Betrachtung hat im Grunde genommen von dem einschlägigen Problem weggeführt: Verwendet der Gesetzgeber unbestimmte Begriffe eröffnet er damit sicher der öffentlichen Verwaltung die Möglichkeit, hier ergänzend tätig zu werden. Es bedeutet aber keinen Widerspruch in einem demokratischen Rechtsstaat, wenn man eine Gerichtsbarkeit installiert, die die öffentliche Verwaltung darauf zu kontrollieren hat, ob sie den gesetzgeberischen Willen den Gesetzen und der Verfassung entsprechend umsetzt, dass hier in diesem Bereich vollumfänglich kontrolliert wird. Insoweit lag die – wenn auch verdienstvolle wissenschaftliche Diskussion – neben

dem zentralen Problem, nämlich wann im demokratischen Rechtsstaat die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung gefordert ist. Jede andere Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe würde gleichsam gerichtsfreie Reservate oder gegebenenfalls Immunitäten der öffentlichen Verwaltung eröffnen, die der demokratische Rechtsstaat mit der Einrichtung einer die öffentliche Verwaltung kontrollierenden Gerichtsbarkeit ausschließen möchte, aber auch ausschließen muss, wenn er Rechtsstaat sein möchte. Das war bedauerlicherweise der Denkfehler vor rund 50 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland.

Anders verhält es sich mit Ermessensentscheidungen. Eröffnet der Gesetzgeber der öffentlichen Verwaltung ein Ermessen - üblicherweise durch "kann" oder "darf" - entscheidet er zugleich darüber, dass die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung - im Gegensatz zu den unbestimmten Gesetzesbegriffen - zurückgenommen, also nicht so intensiv ist. Es soll also keine vollumfängliche Prüfung der Verwaltungsentscheidung stattfinden. Allerdings müssen wir in diesem Bereich unterscheiden: Aus rechtsstaatlichen Gründen darf es kein Ermessen bei der Feststellung des Sachverhalts geben. Andernfalls wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet. Ermessen darf vom Gesetzgeber in einem demokrati-

schen Rechtsstaat nur auf der Rechtsfolgenseite vorgesehen werden. Diese Möglichkeit, Ermessen auszuüben, widerspricht nicht dem Demokratieprinzip. Ein solches – rechtsstaatlich zutreffend verstandenes – Ermessen ist vielmehr eine besondere Ausprägung der Gewaltenteilung. Der Gesetzgeber ist von vornherein und naturgemäß nicht in der Lage, alle in der Wirklichkeit nur denkbaren Sachverhaltskonstellationen angemessen in gesetzlichen Regelungen "einzufangen". Das wäre auch verkehrt, weil damit die Bestimmtheit, die Konkretetheit von Gesetzen und damit die Rechtssicherheit und letztlich der Rechtsstaat irreparablen Schaden nehmen würde. Da das Strukturelement Gewaltenteilung für einen Rechtsstaat elementar und unabdingbar ist, müssen wir akzeptieren, dass diese Erkenntnis und diese Unabdingbarkeit zugleich auf die Gestaltungsmacht und die Gestaltungsgewalt des Gesetzgebers durchschlägt. Wollte er sich anheischig machen, gleichsam alle nur denkbaren Sachverhaltsgestaltungen in Gesetze zu gießen, hätten wir es auch nicht mehr mit einem modernen Rechtsstaat, der wesentliche Impulse und seine Vitalität aus der Gewaltenteilung bezieht, zu tun.

Von daher gesehen und richtig verstanden bedeutet Ermessen zugunsten der öffentlichen Verwaltung nicht eine Schwächung

des Rechtsstaats, sondern eine Stärkung. Gleichwohl bedarf es wiederum im Sinne des Rechtsstaatsprinzips und infolge richtiger Fortführung der Gewaltenteilung einer Gewaltenbalance oder Gewaltenhemmung. Die öffentliche Verwaltung kann sich nicht über ein Ermessen "ausleben", ohne Rücksicht auf die gesetzgeberischen Vorgaben und die Verfassung zu nehmen. Sie ist vorgewarnt dadurch, dass es eine gerichtliche Kontrolle ihrer Ermessensentscheidungen gibt. Damit wird wiederum kein Widerspruch in Bezug auf das Gewaltenteilungsprinzip eröffnet, dergestalt, dass nunmehr die Gerichte letztinstanzlich die staatlichen Entscheidungen treffen. Das wäre weder rechtsstaatlich noch demokratisch. Vielmehr dürfen auch die Gerichte nur in einem gesetzlich vorgegebenen Rahmen tätig werden und keineswegs ihre Entscheidung ersetzend an die der Verwaltungsbehörden stellen. Die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung in den Fällen, in denen dieser ein Ermessen eröffnet ist, wird und muss einschränkenden Regelungen unterworfen werden, damit die Gewaltenteilung, die für einen demokratischen Rechtsstaat unabdingbar ist, nicht unterlaufen wird. Auf diese Weise werden die Menschen auch davor geschützt, dass ein gleichsam "besserwissender" Richter sich ihrer annimmt, und das



entgegen den Vorgaben des Gesetzes und gegebenenfalls auch entgegen der Verfassung.

- Eine andere Frage, die zwar mit dem Beurteilungsspielraum und dem Ermessen in Zusammenhang steht, letztlich aber ganz anderen Regeln folgt, sind Prüfungsentscheidungen, Planungsentscheidungen und z. B. auch Entscheidungen im Beamtenrecht, wenn es um die Frage der Einstellung, der Entlassung, der Beförderung oder der dienstlichen Beurteilung geht. Wir haben es in diesem Zusammenhang nicht mit Ermessensentscheidungen oder unbestimmten Gesetzesbegriffen im engeren Sinne zu tun. Es geht vielmehr darum, dass die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nicht dazu führen darf, dass die Gerichte unter Aufhebung des Grundsatzes der Teilung der staatlichen Gewalten letztendlich eine Entscheidung der öffentlichen Verwaltung ersetzen. Eine solche Entscheidungsmacht, das müssen wir ganz deutlich sehen, widerspräche dem Grundsatz der Gewaltenteilung und würde den Erfordernissen eines modernen demokratischen Rechtsstaates auch nicht gerecht. In diesem Zusammenhang und in diesem Umfang hat zudem der unabhängige Richter keinen demokratischen oder rechtsstaatlichen Mehrwert gegenüber der Verwaltung. Wir müssen uns immer wieder ins Gedächtnis rufen,

dass auch im modernen demokratischen Rechtsstaat die Gerichte die öffentliche Verwaltung nur kontrollieren, aber nicht diese in ihrer Entscheidung substantiell ersetzen dürfen.

Diese Erkenntnis führt zu einem anderen Problem. Man könnte überspitzt fragen, haben wir dann doch nicht wiederum Reservate oder Immunitäten der öffentlichen Verwaltung vor uns, wenn die gerichtliche Kontrolle hier nicht stattfinden kann. Das wäre eine ebenso verkürzte Fragestellung wie auch Antwort. In all den Sachverhaltsgestaltungen, in denen es um unvertretbare Urteile von Verwaltungsbehörden – auch im weiteren Sinne wie bei Prüfungen – geht, werden bei sachgerechter und angemessener gesetzlicher Ausgestaltung keine Reservate oder gar Immunitäten geschaffen. Es geht vielmehr darum, dass die dort ablaufende Entscheidungsgewinnung transparent gemacht, strikten Regeln unterworfen und damit auch das materielle Ergebnis einer mittelbaren Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte zugänglich gemacht wird. Immer dann, wenn die materiell rechtliche Position nicht vollumfänglich durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden darf, muss ein Äquivalent durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung geschaffen werden, damit keine Willkür und keine

ungebundene öffentliche Verwaltung gegenüber den betroffenen Menschen spürbar werden können.

## B. Kodifizierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Kontrolle der öffentlichen Verwaltung besagt naturgemäß noch nichts darüber, wie diese ausgestaltet sein soll und vor allem, wo diese angesiedelt wird. In diesem Zusammenhang ist es unabdingbar, die verschiedensten Betrachtungen anzustellen.

1. Die Kodifizierung hängt zunächst davon ab, ob es sich um einen Einheits- oder föderalistischen Staat handelt. Bei einem Zentralstaat bereitet die Kodifizierung keinerlei Schwierigkeiten, weil es von vornherein nur Gerichte des Zentralstaates geben kann. Zudem scheidet damit einhergehend das Problem aus, wie die gerichtliche Prüfung von Landesrecht, also solchem unterhalb des Rechts des Zentralstaates, vonstatten gehen soll.

Haben wir es mit einem föderalistischen Staatswesen zu tun, so wie hier in Brasilien, aber auch in der Bundesrepublik Deutschland, muss man bei der Gestaltung der Kodifizierung darauf Bedacht nehmen, in welchem Rechtsraum die zu kontrollierende öffentliche Ver-

waltung tätig wird. Da wird es schwierig. Man könnte daran denken, dass die öffentliche Verwaltung eines Landes, soweit sie Landes- und Bundesgesetze vollzieht, nur der gerichtlichen Kontrolle von Landesgerichten unterliegt. Man muss auch daran denken, dass z. B. Bundesbehörden, die nahe liegend allerdings nur Bundesgesetze vollziehen dürfen, nur der gerichtlichen Kontrolle durch Bundesgerichte unterliegen. Ich brauche ihnen sicher nicht näher zu erläutern, welcher Wirrwarr aus einer solchen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung entstehen würde.

Man muss deshalb als sachgerecht, angemessen, aber auch wirksam für den Rechtsschutz der Betroffenen vorsehen, dass die öffentliche Verwaltung einer gerichtlichen Kontrolle durch alle Instanzen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit unterworfen werden, unabhängig davon, ob sie Bundes- oder Landesgesetze vollziehen. Zu den Landesgesetzen rechne ich immer auch die Normen der Kommunalebene. In einem zweiten Schritt muss man überlegen, dass in einem föderalistischen Staatswesen die föderalistische Struktur Schaden nehmen und geschwächt werden könnte, wenn Landesrecht auch durch Bundesgerichte überprüft werden könnte. Die innere Rechtfertigung für die von mir vertretene Trennung liegt darin, dass man andernfalls nicht auf dem Weg zum Einheitsstaat wäre, sondern dort schon angelangt ist.

Eine Trennung der Rechtsräume zwischen Zentralstaat und Einzelstaaten wird dann aufgehoben, wenn auf der zentralstaatlichen Ebene ein vereinheitlichendes Gericht vorhanden ist. Dieses hebt die Trennung der Rechtsräume auf.

2. Eine weitere Frage ist die, ob für die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung verschiedene Gerichtsbarkeiten vorgesehen werden sollen. Die öffentliche Verwaltung tritt den Menschen nicht nur einheitlich und gleichmäßig entgegen, sondern in vielfältiger Erscheinung und damit auch in qualitativ ganz unterschiedlichen Entscheidungen. Die Belastung der Menschen stellt sich etwa in der Sozialverwaltung, also der gewährenden öffentlichen Verwaltung, ganz anders dar, als in der fordernden, etwa der Steuerverwaltung, bei der es um die Erhebung finanzieller Leistungen geht. Wenn jemand um die Genehmigung für ein Bauvorhaben nachsucht oder aber für die Eröffnung eines Gewerbes, ist die Interessenlage noch einmal anders. Vor diesem Hintergrund und mit Rücksicht auf die divergierende Interessenlage nicht nur des Staates, sondern der Allgemeinheit im Sinne der Zusammenfassung der Gesamtbevölkerung eines Staatswesens, ist die Ausgestaltung der Kontrolle der öffentlichen Verwaltung in ver-

schiedenen Verfahrensordnungen entsprechend den zu Grunde liegenden Sachbereichen vorzugswürdig.

Das erhellt auch ein anderer Umstand. Verfahrensrecht ist nicht originäres Selbstrecht. Verfahrensrecht ist ausschließlich Hilfsrecht, Rechtdurchsetzungsrecht. Verfahrensrecht kann deshalb in einem modernen demokratischen Rechtsstaat seiner Funktion zur Verwirklichung des Rechtsstaats, seiner Umsetzung gegenüber den Menschen nur dann gerecht werden, wenn die einschlägige Verfahrensordnung und die zu Grunde liegende materiell-rechtliche Materie aufeinander abgestimmt sind. Es ist deshalb einem modernen demokratischen Rechtsstaat und seiner Verwirklichung, seiner Verdeutlichung und Vermittlung gegenüber den Menschen abträglich, wenn in einem vorergründigen ökonomischen Denken der Blick fortwährend nur auf Kosten-Nutzen-Gesichtspunkte geworfen und deshalb auch eine möglichst umfassende Verfahrensordnung gefordert wird. Das Gegenteil ist unter übergeordneten Gesichtspunkten richtig. Die Menschen entziehen sich einer Bewertung in Geld. Eine solch primitive Denkweise öffnet der Willkür und der Missachtung der Menschenwürde Tür und Tor. Es ist bedauerlich, dass trotz weltweiter Ächtung solcher Betrachtungsweisen, schon durch die Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948, zunehmend gehuldigt wird.

Wenn man mit der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung vor dem Hintergrund eines modernen demokratischen Rechtsstaats ernst macht, aber auch ernst machen muss, damit dieser nicht in Frage gestellt wird, bedarf es jeweils fein abgestimmter verfahrensrechtlicher Regelungen in Bezug auf den konkreten Verwaltungsbereich, der einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden soll, und nicht Gedanken darüber, wie man eine solche immer mehr eindämmen könnte.

3. Dem föderalistischen Aufbau eines Staatswesens ist dadurch Rechnung zu tragen, dass bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit im Hinblick auf Bundes- oder Landesrecht unterschieden wird. Sofern die Prüfung von Akten der öffentlichen Verwaltung auf der Grundlage von Landesrecht inmitten steht, ist ein Rechtszug nur auf Landesebene vorzusehen. Insofern kann keine Rechtsunsicherheit und auch keine Verletzung des demokratisch legitimierten Bundesgesetzgebers entstehen. Prüfungsmaßstab für Landesrecht ist zunächst und allein die Landesverfassung. Sollte ein Verstoß von Landesrecht gegen Bundesrecht thematisiert werden, ist dem durch Vorlagepflichten der Gerichte oder aber durch entsprechende Individualrechtsbehelfe der Betroffene

nen zum obersten Bundesgericht oder zum Bundesverfassungsgericht des Landes Rechnung zu tragen.

Im Übrigen ist die Kontrolle der öffentlichen Verwaltung zwar auch bei untergesetzlichen Normen, wie Verordnungen und Satzungen zu eröffnen, aber trotzdem differenzierend zu gestalten. Verordnungen und Satzungen auf landesrechtlicher Grundlage sind dem Landesrechtsraum zuzurechnen und bedürfen deshalb keiner Überprüfung durch ein Bundesgericht. Ausnahmen hiervon wären, wie schon vorgehend erläutert, dann vorzusehen, wenn Bundes- oder Bundesverfassungsrecht berührt wäre. Im Übrigen könnte die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung, soweit ihre Befugnis zum Erlass von Rechtsverordnungen oder Satzungen (wie in der Bundesrepublik Deutschland durch Kommunen) auf die obergerichtliche Instanz auf Landesebene beschränkt werden, weil in aller Regel es sich insoweit um Rechtssetzung aufgrund von landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen handelt.

4. Die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung hat mannigfache Aspekte. Man kann dazu Rechtsstreitigkeiten rechnen, die möglicherweise auch der Zuständigkeit eines Verfassungsgerichts überantwortet werden könnten. Allerdings können sich z. B. in einem



föderalistischen Staatswesen Streitigkeiten zwischen den Ländern oder der Zentralregierung und einem Land oder mehreren Ländern dergestalt ergeben, dass nicht über verfassungsrechtliche Positionen, sondern über verwaltungsrechtliche gestritten wird. Es ist dann eine Frage des verfassungsgebenden und des einfachgesetzlichen Gesetzgebers, ob er eine solche Streitigkeit der Zuständigkeit des Verfassungsgerichts oder aber des obersten Verwaltungsgerichts des Zentralstaates zuweist. Letzteres ist vorzugswürdig, damit die Überfrachtung eines Verfassungsgerichts mit solchen Streitigkeiten verhindert wird. Zudem werden durch eine sorgfältige Trennung der Prüfungsmaßstäbe die Rechtsräume nicht verwischt. Auch eine solche deutliche Trennung der Zuständigkeiten ist eine nicht zu unterschätzende Ausprägung der Gewaltenteilung in einem modernen demokratischen Rechtsstaat.

Lassen Sie mich zum Abschluss noch den Blick darauf richten, dass nicht allein die rechtlichen Rahmenbedingungen die Funktionsfähigkeit der gerichtlichen Kontrolle der öffentlichen Verwaltung gewährleistet. Es bedarf naturgemäß außergewöhnlicher Anstrengungen, die gerichtliche Kontrolle der öffentlichen Verwaltung durchzusetzen. Die Gerichtsbarkeit muss sich zunächst gegenüber den zu kontrollieren-

den staatlichen Gewalten wie auch gegenüber dem gesamten Staatsapparat durchsetzen. Es liegt in der menschlichen Natur, dass man gegenüber Kontrolle, sei sie im geschäftlichen, wie aber auch im privaten Bereich, ablehnend ist. Diese Gerichtsbarkeit muss sich aber auch in das öffentliche Bewusstsein bringen und dort durchsetzen, gleichsam einen anerkannten Platz erobern. Das ist nicht einfach. Für die Durchsetzung der Anerkennung in beiderlei Hinsicht bedarf die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Unabhängigkeit in persönlicher und sachlicher Hinsicht wie jede rechtsstaatliche Gerichtsbarkeit und verstärkt einer Begleitung im Sinne einer Förderung durch die Medien und die Wissenschaft. Anders vermag sich eine Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht durchzusetzen. Nicht von ungefähr hat es auch in der Bundesrepublik Deutschland eine geraume Zeit gedauert, bis sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im öffentlichen Bewusstsein durchgesetzt hat.