

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 173

Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat

Von

Gerhard Oettl



Duncker & Humblot · Berlin

GERHARD OETTL

Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 173

Grenzen der Gerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat

Von

Dr. Gerhard Oettl



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 02560 1

Vorwort

Grenzen der Gerichtsbarkeit zu konstatieren, beinhaltet ein nicht ganz ungefährliches Unterfangen, ist doch der Verdacht leicht zur Hand, aufgrund eines großzügigen und lockeren Rechtsstaatsverständnisses der Exekutive Refugien der Macht zu Lasten des Bürgers erhalten zu wollen. Dies umso mehr seit der — zu Recht — äußerst umstrittenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 15. Dezember 1970 zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, in welcher es ohne Not den Ausschluß des Rechtsweges gegen höchst handgreifliche Maßnahmen der Staatsgewalt als mit dem Grundgesetz vereinbar erklärte.

Es scheint deshalb der Hinweis nicht unangebracht, daß es dieser Schrift, indem sie Grenzen der Gerichtsbarkeit aufzeigt, nicht darum zu tun ist, Abstriche an der rechtsstaatlichen Forderung richterlicher Kontrolle von Exekutive und Legislative vorzunehmen. In ihrer Absicht liegt es vielmehr, Ausuferungen des Rechtsschutzgedankens entgegenzuwirken, davon ausgehend, daß der durch die Gerichte gewährte Rechtsschutz nur *ein*, wenn auch ein wichtiges Erfordernis einer sozialen und rechtsstaatlichen Demokratie ist und daß extrem hervorgehobene verfassungstheoretische Positionen noch stets in Gefahr waren, das Ganze einer Rechtsstaatsverfassung zu verfehlen. —

Die Arbeit wurde von Prof. Dr. Peter Lerche, dem ich zu danken habe, betreut. Sie wurde im November 1970 abgeschlossen und konnte deswegen weder das oben angeführte Urteil des Bundesverfassungsgerichtes noch die seither erschienene Literatur, insbesondere nicht die Habilitationsschrift von *Axel Görlitz* über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland berücksichtigen.

Gerhard Oettl

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	7
-------------------	----------

Erster Abschnitt

Grenzen der Gerichtsbarkeit, die das Rechtsstaatsprinzip nicht tangieren

A. Die natürlichen Grenzen der Gerichtsbarkeit	10
I. Grenzen, die sich aus dem Wesen des Hoheitsaktes ergeben	10
II. Grenzen, die sich aus dem Wesen der Rechtsprechung ergeben	15
B. Grenzen der Gerichtsbarkeit im Hinblick auf den demokratisch verfaßten Staat	21
I. Das demokratische Prinzip der Verantwortlichkeit	21
II. Das Rechtsstaatsprinzip und das Prinzip der Verantwortlichkeit	23
C. Die faktischen Grenzen der Gerichtsbarkeit	29
I. Kenntnis des gesamten Sachverhaltes als Voraussetzung der richterlichen Entscheidung	29
II. Die rechtlich bedingte unvollständige Kenntnis des Sachverhaltes	30
III. Die faktisch bedingte unvollständige Kenntnis des Sachverhaltes	33
IV. Ergebnis	39

Zweiter Abschnitt

Rechtsstaatliche Grenzen der Gerichtsbarkeit

A. Grenzen, die sich aus dem Wandel des bürgerlich-liberalen zum sozialen Rechtsstaat ergeben	40
I. Der Staatszweck des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates	40
II. Die Justizförmigkeit des bürgerlich-liberalen Rechtsstaates	42
III. Wandel des Staatszweckes	43
IV. Konsequenz des Anwachsens staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten	46
1. Ausdehnung des Gerichtsschutzes?	46
2. Gesetzesakzessorietät im Bereich der Leistungsverwaltung	47

a) Zweck des Gesetzesvorbehalts	48
b) Faktische Unmöglichkeit eines umfassenden Gesetzesvorbehalts	49
3. Bereich der Gerichte	51
a) Nachträgliche und ursprüngliche Verwaltungsstreitigkeit	51
b) Die Konkurrentenklage	55
c) Folgerungen	62
B. Grenzen, die sich aus der Eigenständigkeit der Verwaltung ergeben	64
I. Die Eigenständigkeit der Verwaltung	64
1. Die materielle Funktion der Verwaltung	65
2. Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	74
3. Das Gewaltenteilungsprinzip	78
II. Einfluß des Art. 19 IV GG auf die Eigenständigkeit der Verwaltung	84
Schlußbemerkung	91
Literaturverzeichnis	92

Einleitung

Nach Art. 19 IV GG steht jedem, der durch einen Träger der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, der Rechtsweg offen. Diese knappe Formulierung scheint die Möglichkeit auszuschließen, daß es unter der Herrschaft des Grundgesetzes noch Maßnahmen gibt, die, wenn sie den Rechtsträger möglicherweise in seinen Rechten verletzen, nicht von den Gerichten nachgeprüft werden können. Und in der Tat geht die ganz herrschende Meinung davon aus, daß Art. 19 IV GG die verfassungsrechtliche Garantie eines umfassenden Rechtsschutzes¹ darstelle.

Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes², wie nach der des Bundesverwaltungsgerichtes³, gewährleistet Art. 19 IV GG die rechtsstaatliche Forderung nach möglichst lückenlosem gerichtlichem Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt.

Auch in der Literatur ist diese Ansicht vorherrschend. So äußerte *Klein* bereits auf der Staatsrechtslehrertagung 1950 die Ansicht, daß Art. 19 IV GG den rechtsstaatlichen Gedanken einer allgemeinen und lückenlosen rechtlich-gerichtlichen Sicherung gegen Übergriffe und Mißgriffe der Träger der öffentlichen Gewalt im Bereich der individuellen Rechte zugrundeliege⁴. Ebenso sieht *Dürig* in Art. 19 IV GG die Forderung nach einem umfassenden, lückenlosen Rechtsschutz durch Gerichte⁵, und nach *Wernicke* ist Art. 19 IV GG die Verwirklichung der Forderung nach echter, konsequenter Rechtsstaatlichkeit durch Gewährung lückenlosen Rechtsschutzes⁶. Schließlich seien aus der neuesten Literatur noch *Evers* und *Dütz* genannt, die sich nachdrücklich für einen universellen Rechtsschutz als Kennzeichen der Rechtsstaatlichkeit, wie sie in Art. 19 IV GG Ausdruck gefunden habe, einsetzen⁷.

¹ Unter Rechtsschutz ist hier und im folgenden, wenn nichts anderes gesagt ist, stets der durch Gerichte gewährleistete Rechtsschutz gemeint.

² Vgl. BVerfGE 8, 274 (326); 13, 153 (161).

³ Vgl. BVerwGE 16, 289 (293); 21, 184 (187).

⁴ Vgl. *Klein*, Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. IV des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8 (1950), 67 (78); ders., *Mangoldt-Klein*, VII zu Art. 19, S. 568.

⁵ Vgl. *Dürig*, *Maunz-Dürig-Herzog*, Rdnr. 9 zu Art. 19 IV.

⁶ Vgl. *Wernicke*, Bonner Kommentar, 4 b zu Art. 19.

⁷ Vgl. *Evers*, Unantastbarkeit des lückenlosen Rechtsschutzes, S. 59 und passim; *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz, S. 104 f.

Läßt man jedoch für einen Augenblick die bekenntnishaften Forderungen nach umfassendem Gerichtsschutz beiseite, so stellt sich bei näherem Zusehen heraus, daß die Zahl derjenigen Hoheitsakte, die sich einer gerichtlichen Kontrolle zu entziehen trachten, nicht eben unerheblich ist: Gnadenakte, Verleihung von Orden und Ehrenzeichen, parlamentarische Entscheidungen (Art. 44 IV GG), sogenannte Regierungsakte, Kommandoakte im Wehrbereich, Ermessensentscheidungen, Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen, Maßnahmen der leistenden Verwaltung, Akte im Bereich der mittelbaren Intervention und Akte der planenden Verwaltung⁸.

Bei dieser Sachlage nimmt es nicht wunder, daß die Auseinandersetzung um das Problem der Lücken im Rechtsschutz allenthalben geführt wird unter dem Aspekt von nicht gerechtfertigten Konzessionen zu Lasten der Rechtsstaatlichkeit und die vorfindlichen Lücken grundsätzlich als etwas Ausfüllungsbedürftiges, weil nach den Geboten des Rechtsstaates mit dem Makel des Unvollständigen Behaftetes begriffen werden. Folgt man der herrschenden Meinung, so kann es sich also konsequenterweise nur darum handeln, die noch vorhandenen Lücken zu schließen, um den Rechtsschutzauftrag auch in den Bereichen zu verwirklichen, die sich der elementaren Struktur des Art. 19 IV GG zu entziehen scheinen⁹.

Dabei ist all den oben genannten Stimmen ein Zweifaches gemeinsam. Zum einen gehen sie von der unterschiedslosen Gleichwertigkeit der Gerichtsschutzlücken aus, ohne die Ursachen für den fehlenden Gerichtsschutz näher in Betracht zu ziehen, und zum andern sind sie von einem kaum diskutierten Vorverständnis des Rechtsstaatsbegriffes getragen, wonach der Kern der Rechtsstaatlichkeit in der Forderung nach lückenlosem Rechtsschutz besteht. Damit aber wird von vornherein auf die Mehrgleisigkeit eines Lösungsversuches verzichtet und die gesamte Diskussion mit dem äußerst diffizilen und vielschichtigen Begriff des Rechtsstaates belastet. Dies ist indes nicht notwendig, wenn man, die Ursachen für den mangelnden Rechtsschutz näher untersuchend, von einer Ungleichwertigkeit der vorfindlichen Lücken ausgeht. Hierbei wird sich nämlich zeigen, daß das Rechtsschutzsystem Lücken aufweist, die das Rechtsstaatsprinzip nicht tangieren und Lücken, die in einer unterschiedlichen Ausdeutung des Rechtsstaatsbegriffes gründen.

Es geht also zunächst einmal darum, die Auseinandersetzung durch eine Teilentlassung der Rechtsstaatsproblematik zu entflechten und Fälle von Gerichtsschutzlosigkeit auszumachen, die den Rechtsstaatsgedanken nicht berühren. Dabei soll aber, angesichts der ohnehin sehr

⁸ Vgl. *H. Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 47; *Evers*, Unantastbarkeit des lückenlosen Rechtsschutzes, S. 61.

⁹ So *Evers*, a.a.O., S. 62.

reichhaltigen Literatur, nicht in der Weise vorgegangen werden, daß einzelne Akte, deren Justiziabilität strittig ist, herausgegriffen und einer erneuten Untersuchung unterzogen werden. Es wird vielmehr bewußt auf eine derartige Katalogisierung und punktuelle Ausklammerung „gerichtsfreier Hoheitsakte“ verzichtet. Stattdessen soll der Versuch unternommen werden, mit Hilfe einer Einteilung in natürliche, faktische und demokratische Grenzen der Gerichtsbarkeit die Fälle von Gerichtsschutzlosigkeit aufzuzeigen, die im Vorfeld der Auseinandersetzung um den Rechtsstaat angesiedelt sind. Dies bringt einerseits den Vorteil, daß der eigentliche Grund, warum die Justiziabilität des betreffenden Hoheitsaktes fraglich ist, offen zutage liegt, und hat andererseits zur Folge, daß eine Schematisierung und die häufig mit ihr einhergehende Verkrampfung des Problems vermieden werden.

In einem zweiten Abschnitt wird sodann die Frage, ob dem Rechtsstaat ein Prinzip lückenlosen Rechtsschutzes eignet, zweckmäßigerweise unter dem Aspekt zu erörtern sein, ob nicht etwa aus dem Wesen des Rechtsstaates selbst sich Grenzen der Gerichtsbarkeit ergeben, ob also der Rechtsstaat zwar einerseits Rechtsschutz durch Gerichte gebietet, andererseits aber nicht Fälle denkbar sind, in denen eine gerichtliche Entscheidungszuständigkeit gerade durch das Rechtsstaatsprinzip ausgeschlossen ist. Hier werden der Wandel des bürgerlich-liberalen zum sozialen Rechtsstaat und die Eigenständigkeit und Funktionsfähigkeit der Verwaltung im Mittelpunkt der Auseinandersetzung zu stehen haben.