

B.

Grundrechtsschutz durch verfahrensrechtliche Kompensation

Verfahrensrechtliche Kompensation als Mittel des Grundrechtsschutzes stellt einen Teilaspekt der – schon seit Jahrzehnten breit geführten – Debatte dar, inwieweit Grundrechte und Verfahren sich wechselseitig beeinflussen.²¹ Unumstritten ist die Feststellung, dass das Verfahren neben seiner Bedeutung für Rationalität, Rechtmäßigkeit, Neutralität und Effizienz staatlichen Handelns auch Auswirkungen auf das materielle Recht hat.²² *Otto Bachof* lässt daran keinen Zweifel, wenn er formuliert: „Das beste materielle Recht taugt wenig, wenn seine Verwirklichung nicht durch ein adäquates Verfahrensrecht gewährleistet wird.“²³

I. Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren

1. Grundrechtsschutz und Verfahren

Seit Mitte der 1970er Jahre ist der Zusammenhang zwischen Verfahrensrecht und Grundrechten verstärkt in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Betrachtung gerückt.²⁴ Angestoßen und immer wieder neu in Gang gehalten wurde die Debatte vor allem durch eine Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen das Gericht nach und nach für nahezu jedes Grundrecht die Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Grundrechtssicherungen feststellte.²⁵

21 Z. B. *Häberle* VVDStRL 30 (1972), 43; *Hesse* EuGRZ 1978, 427 (434 ff.); *Alexy*, in: Aarnio/Niiluoto/Uusitalo, *Rechtstheorie* Beiheft 2, S. 177; *Goerlich* NJW 1981, 2616 umfassend *Goerlich* Grundrechte als Verfahrensgarantien; ebenfalls ausführlich *Bethge* NJW 1982, 1; *Dolde* NVwZ 1982, 65; *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60; v. *Mutius* NJW 1982, 2150; *Pietzcker* VVDStRL 41 (1983), 193; *Wahl* VVDStRL 41 (1983), 151; *Schmidt-Aßmann*, in: *Lerchel/Schmitt/Glaeser/Schmidt-Aßmann*, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, S. 1; *Schmidt-Aßmann* HStR III, S. 623; *Denninger* HStR V, S. 291; *Rupp* FS *Schmitt/Glaeser*, S. 309; *Kahl* VerwArch 95 (2004), 1; *Schmidt-Aßmann*, in: *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band II*, S. 993; *Möllers*, in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers*, *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, S. 489.

22 *Schmidt-Aßmann* GVwR I, S. 461 (463).

23 *Bachof* DÖV 1982, 757.

24 Zur Entwicklung des Verfahrensgedankens vgl. *Frenzel* Der Staat 18 (1979), 592.

25 Zu Art. 14 GG z. B. 35, 348 (361 f.); 46, 325 (334); zu Art. 12 GG z. B. BVerfGE 39, 276 (294 f.); 52, 380 (389 f.); zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG z. B. BVerfGE 52, 214 (219); zu Art. 16 Abs. 2 GG z. B. BVerfGE 52, 391 (399, 407); 60, 253 (294 f.); 65, 76 (93 f.); zu Art. 8 GG z. B. BVerfGE 69, 315

a) Rechtsprechungsentwicklung – Bedingungen und Folgen des „Mülheim-Kärlich-Beschlusses“

Als Ausgangspunkt dieses Prozesses kann das Urteil zum Hamburger Deichordnungsgesetz²⁶ gelten. In dem betroffenen Verfahren wurde mittels Verfassungsbeschwerden beanstandet, dass die Enteignung durch das neu erlassene Deichordnungsgesetz die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG verletze. In der Entscheidung bringt das Gericht zum Ausdruck, dass Rechtsschutz nicht nur durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet wird, sondern schon Teil der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG selbst ist.²⁷ „Die erste Frage ist immer, ob der Zugriff auf das Eigentum zulässig ist; wird das bejaht, so ist die Entschädigungspflicht eine selbstverständliche Folge. Nach der grundgesetzlichen Konzeption ist hiernach ein effektiver – den Bestand des Eigentums sichernder – Rechtsschutz ein wesentliches Element des Grundrechts selbst. Durch die Zulassung der Legalenteignung wird dieser dem Grundrecht wesensmäßig zugehöriger Rechtsschutz entscheidend gemindert.“²⁸ Die bei einer Legalenteignung im Vergleich zu einer Administrativenteignung verkürzten Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen verletzen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

Die Entscheidung ist deshalb nur als ein „Ausgangspunkt“ zu bezeichnen, weil der aus dem materiellen Grundrecht direkt abgeleitete Rechtsschutz noch eng an die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG angelehnt ist. Ziel war ein wirksamer Rechtsschutz durch den Richter.

Einen nächsten Schritt zur Erweiterung abgeleiteten Verfahrensrechtsschutzes tat das Gericht in der Entscheidung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung²⁹. Der Beschwerdeführer hatte während des mündlichen Prüfungsteils fast ausschließlich geschwiegen. Obwohl der Prüfling auch mit einem Ergebnis von 0 Punkten im mündlichen Teil die Gesamtprüfung bestanden hätte, erhielt er das Erste Staatsexamen nicht. Das Schweigen war nicht als „ungenügende Leistung“ (0 Punkte), sondern als „Nichtleistung“ bewertet worden. Der Beschwerdeführer rügte mit einer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung seiner Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).

(355f.); zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG z. B. BVerfGE 63, 131 (143); 65, 1 (44, 49); instruktiv zur Entwicklung der Rechtsprechung BVerfGE 53, 30 (65, 72ff.).

26 BVerfGE 24, 367.

27 Der Senat begründete dies mit der Ansicht, dass der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 19 Abs. 4 GG die Legislative nicht umfasse, BVerfGE 24, 367 (401) – mit Hinweis auf BVerfGE 24, 33 (49); kritisch dazu *Bethge* NJW 1982, 1 (6), der die Entscheidung zwar nicht in der Sache für falsch, an dieser Stelle aber wegen des zu engen Verständnisses von Art. 19 Abs. 4 GG für nicht entscheidungserheblich hält.

28 BVerfGE 24, 367 (401) – im Ergebnis erkannte das Gericht den raschen Neuaufbau der Deichsysteme nach einer Flutkatastrophe als ausreichenden Grund für eine Legalenteignung an.

29 BVerfGE 52, 380.

Das Bundesverfassungsgericht stellte in seiner Entscheidung klar, dass die verfahrensrechtliche Auswirkung materieller Grundrechte nicht auf das gerichtliche Verfahren begrenzt ist, sondern darüber hinaus das behördliche Verfahren betrifft: „Da diese Auswirkungen bereits unmittelbar aus dem jeweiligen Grundrecht folgen, beschränken sie sich nicht auf das Verfahren der gerichtlichen Überprüfung, sondern beeinflussen auch die Gestaltung des behördlichen Verfahrens, soweit die behördliche Entscheidung ein Grundrecht berührt.“³⁰ Die Verfassungsbeschwerde hatte daher Erfolg. Wegen der hohen Relevanz des Ersten Staatsexamens für die berufliche Zukunft des Prüflings hätte er während der Prüfung auf die Auswirkungen eines fortgesetzten Schweigens hingewiesen werden müssen. Ohne einen solchen Hinweis ist er in seinem Grundrecht der Berufsfreiheit verletzt. Damit wird deutlich, dass die verfahrensrechtlichen Auswirkungen materieller Grundrechte über die Schutzbereiche der normierten Verfahrensgrundrechte hinausreichen. Sie sind nicht auf das gerichtliche Verfahren beschränkt.

Als „Markstein“³¹ in der Entwicklung der Rechtsprechung gilt der „Mülheim-Kärlich-Beschluss“³² des Bundesverfassungsgerichts. Er hatte eine Verfassungsbeschwerde gegen die sofortige Vollziehung eines Freigabebescheides im Rahmen des Genehmigungsverfahrens für das Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich zum Gegenstand. Die Beschwerdeführerin hatte ihren Wohnsitz in der Nähe des geplanten Standorts.

Das Bundesverfassungsgericht betonte in seinem Beschluss zunächst die staatlichen Schutzpflichten als Ausfluss des objektiven Grundrechtsgehalts von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Mit dem atomrechtlichen Genehmigungsverfahren sei der Gesetzgeber dieser Schutzpflicht zunächst ausreichend nachgekommen.³³ Zweifel bestanden hinsichtlich der Frage, ob die Anwendung der Verfahrensvorschriften im Einzelfall den verfassungsrechtlichen Maßstäben genügt hat. Das hatte zur Folge, dass das Gericht über die drittschützende Wirkung der Normen des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens zu befinden hatte. Das Bundesverfassungsgericht widersprach in dieser Hinsicht dem vorhergehenden Beschluss des Oberverwaltungsgerichts³⁴. Dieses hatte grundsätzlich nur den materiellen Grundrechten einen Schutzzweck zugunsten Dritter zugesprochen. Für Vorschriften, die das behördliche Verfahren betreffen, sei in der Regel keine solche Schutzfunktion anzunehmen.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht trat einer solchen Ansicht deutlich entgegen. „Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung

30 BVerfGE 52, 380 (390).

31 So prägnant schon *Redeker* NJW 1980, 1593 (1594).

32 BVerfGE 53, 30.

33 BVerfGE 53, 30 (57).

34 OVG RP DVBl 1977, 730.

35 Vgl. Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts BVerfGE 53, 30 (63).

dieser Frage ist von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszugehen, dass Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.³⁶

Zur spezielleren Frage des Drittschutzes führt das Gericht aus: „Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 GG beeinflusst auch die Anwendung der Vorschriften über das behördliche und gerichtliche Verfahren bei der Genehmigung von Kernkraftwerken, deren vorrangige Aufgabe gerade darin besteht, Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen. Das bedeutet nicht, daß jeder Verfahrensfehler in einem atomrechtlichen Massenverfahren bereits als Grundrechtsverletzung zu beurteilen wäre. Eine solche Verletzung kommt aber dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer acht läßt, die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat. Keinesfalls dürfen daher Gerichte bei der Überprüfung von atomrechtlichen Genehmigungsbescheiden ohne weiteres davon ausgehen, daß ein klagebefugter Dritter zur Geltendmachung von Verfahrensverstößen in der Regel nicht befugt sei.“³⁷

Im Ergebnis hatte die Beschwerde keinen Erfolg, weil das Oberverwaltungsgericht die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens im Verfahren des § 80 Abs. 5 VwGO – nach Ansicht der Mehrheit des Senats – nicht in grundrechtsverletzender Weise verkannt habe. Instruktiv erläutert die abweichende Meinung der Richter *Helmut Simon* und *Hermann Heußner* Entwicklung und Bedeutung verfahrens- und organisationsrechtlichen Grundrechtsschutzes. Im Unterschied zur Senatsmehrheit sind sie der Ansicht, durch die Anwendung der Normen im Einzelfall sei das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt.³⁸ Trotz dieser Meinungsverschiedenheit hat der Senat geschlossen festgestellt, dass die Bedeutung von Verfahren und Organisation für die Sicherung und Durchsetzung von Grundrechtspositionen von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind.

b) Kategorisierungsversuche von Verfahrensbetroffenheit

Schon dieser knappe Exkurs in die Rechtsprechungsgeschichte³⁹ zeigt, dass sich hinter der schlagwortartigen Formulierung „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“ eine Vielfalt von unterschiedlichen Funk-

36 BVerfGE 53, 30 (65).

37 BVerfGE 53, 30 (65 f.).

38 BVerfGE 53, 30 (69 ff.).

39 Eine ausführlichere Skizzierung der Rechtsprechung z. B. bei *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60 (62 ff.).

tionszusammenhängen verbergen kann. Es besteht die Gefahr, dass die Verklammerung teilweise sehr unterschiedlicher Themenkomplexe unter einen einzigen Begriff eine Gleichartigkeit suggeriert, wo eine differenzierende Betrachtung vorzuziehen wäre.⁴⁰ Dieser Erkenntnis folgend gibt es im Schrifttum breit gefächerte Versuche, die wechselseitige Beeinflussung von Verfahren und Grundrechten zu kategorisieren.⁴¹

Einigkeit besteht hinsichtlich der Kategorie der Verfahrensgrundrechte. Dem verfahrensrechtlichen Schutz von Grundrechten dienen die im Grundgesetz normierte Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG und die Prozessgrundrechte gem. Art. 101 ff. GG.⁴² Der Schutzgehalt dieser formellen Grundrechte bezieht sich auf das Verfahren vor den Gerichten und die Organisation der Gerichte an sich. Das Verfahren und dessen Gestaltung sind selbst Gegenstand der Grundrechtsgarantie.⁴³ Ebenfalls recht unproblematisch abgrenzen lässt sich die Gruppe von Grundrechten, die zwar keine reinen Verfahrensrechte darstellen, aber neben ihrem materiellen Gehalt ausdrücklich die Normierung bestimmter Verfahrensanforderungen enthalten. Dies sind vor allem Art. 13 und 104 GG, die in ihren jeweiligen zweiten Absätzen Richtervorbehalte enthalten. Art. 10 GG enthält in seinem Absatz 2 ebenfalls ein Verfahrensrecht⁴⁴ und kann als „Grundrecht mit spezieller Verfahrenskomponente“ bezeichnet werden.⁴⁵

Der Einfluss von Verfahren und Organisation erschöpft sich nicht in diesen beiden verfassungsrechtlich normierten Varianten. Auch die materiellen Grundrechte wirken auf das Verfahrensrecht ein oder sind vom Verfahrensrecht abhängig. Besonders deutlich wird dies an den Grundrechtspositionen, die das Verfahren zwar nicht zum Inhalt haben, aber in ihrer konkret-individuellen Ausübung untrennbar an das Vorhandensein von

40 Bedenken äußerste u. a. deutlich *Bethge* NJW 1982, 1 (2), der eine „allgemeine grundrechtlich orientierte Verfahrenseuphorie mit unabsehbaren Konsequenzen“ befürchtete.

41 *Hesse* EuGRZ 1978, 427 (435 f.); *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (188); *Bethge* NJW 1982, 1 (2 f.); v. *Mutius* NJW 1982, 2150 (2153 ff.); *Stern/Sachs* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Allgemeine Lehren der Grundrechte S. 974.

42 Vgl. dazu die einschlägigen Kommentierungen z. B. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 19; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 101–103; *Sachs*, in: *Sachs*, GG Art. 19; *Degenhart*, in: *Sachs*, GG Art. 101–103.

43 So insbesondere *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (184); *Stern/Sachs* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Allgemeine Lehren der Grundrechte S. 956, 961 ff.; *Denninger* HStR V, S. 291 (296), der auch die Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 GG zu den Verfahrensgrundrechten zählt; v. *Mutius* NJW 1982, 2150 (2153) weist in diesem Zusammenhang zusätzlich auf Art. 3 Abs. 1 GG hin, der eine „Waffengleichheit der Prozeßbeteiligten“ sichere.

44 Es ist gemäß Art. 10 Abs. 2 S. 2 GG möglich, dass in bestimmten Fällen „an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt“.

45 *Schmidt-Aßmann*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band II, S. 993 (994).

Organisation und Verfahren gebunden sind. Ein Beispiel dafür ist das in Art. 16a Abs. 1 GG normierte Asylrecht.⁴⁶ Erst die Bestimmung dessen, was eine politische Verfolgung ausmacht, ermöglicht es dem Einzelnen als Asylberechtigten, das Recht aus Art. 16a Abs. 1 GG in Anspruch zu nehmen. Das Verfahren zur Anerkennung als Asylberechtigter ist Voraussetzung für die Ausübung des Asylrechts. Es bedarf daher entsprechender Verfahrensregelungen, die geeignet sind, diesen Anspruch sicherzustellen.⁴⁷ Teilweise werden solche Grundrechte als „verfahrensabhängige“ oder „verfahrensgeprägte“ Grundrechte bezeichnet. Es ist aber nicht einfach zu bestimmen, welche weiteren Grundrechte unter diese Begriffe zu subsumieren sind. Häufig wird neben dem Asylrecht auch das Kriegsdienstverweigerungsrecht gemäß Art. 4 Abs. 3 GG genannt.⁴⁸

Eine gewisse Abhängigkeit von Verfahren und Organisation gilt im Grundsatz für alle materiellen Grundrechte. Dabei ist offen, ob die entsprechenden Anforderungen an das Verfahrensrecht tatsächlich Ausfluss der materiellen Grundrechte sind, oder sich ein derartiger Rückgriff deshalb verbietet, weil Art. 19 Abs. 4 GG und das Rechtsstaatsprinzip entsprechende Gewährleistungen beinhalten.⁴⁹ Zumindest das Verwaltungsverfahren kann nicht auf Art. 19 Abs. 4 GG gestützt werden. Das Rechtsstaatsprinzip mag zwar die gleichen Ergebnisse ermöglichen, wie es die Ableitung der Verfahrensrechte aus den materiellen Grundrechten tut, der Nutzen bleibt aber unklar. Soweit argumentiert wird, dass es unschlüssig sei, identische Verfahrensanforderungen aus verschiedenen materiellen Grundrechten

46 So auch BVerfGE 52, 391 (399, 407); 65, 76 (90, 93 f.) wobei das Gericht deutlich zwischen Verfahrensgrundrechten und verfahrensrechtlichen Anforderungen aus dem Grundrecht auf Asyl differenziert; ausführliche Erläuterung von *Sachs* NVwZ 1991, 637 (638), der das Thema anhand der ungeklärten Grundrechtsberechtigung untersucht.

47 *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (185), der das Verfahren im Asylrecht als „conditio sine qua non individueller Grundrechtsausübung“ bezeichnet. *Bethge* NJW 1982, 1 (5).

48 BVerfGE 77, 170 (229) m. w. Nachw.; *Dolderer* Objektive Grundrechtsgehalte S. 246 ff.

49 *V. Mutius* NJW 1982, 2150 (2160) widerspricht offen dem BVerfG: „Grundrechtsschutz durch gerichtliche Verfahrensgestaltung kann nach wie vor (entgegen der Auffassung des BVerfG) in ausreichender Weise durch die Prozeßgrundrechte, durch das Prinzip der Waffengleichheit der Prozeßbeteiligten in Art. 3 Abs. 1 GG sowie durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet werden, hierzu bedarf es keines Rekurses auf den materiellen Grundrechtsschutz. Grundrechtsschutz durch behördliche Verfahrensgestaltung folgt hingegen aus den materiellen Grundrechtspositionen, ist insoweit aber nur in dem Inhalt und Ausmaß gewährleistet, in dem Grundrechtssubjekte vor Verwaltungsbehörden bestimmte Verfahrensrechte zur Verteidigung oder auch zur Ausübung ihrer materiellrechtlichen Grundrechtspositionen in den betreffenden Verfahren unabweisbar benötigen. Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung ist insoweit stets Annex zum materiellen Grundrechtsschutz, der andernfalls leerzulaufen droht, nicht jedoch Folge aus dem Rechtsstaats-, Sozialstaats oder gar Demokratieprinzip.“ Äußerst kritisch zur Rspr. des BVerfG auch *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60 (80 ff.). Er leitet die entsprechenden Regelungen des Verwaltungsverfahrens aus dem Rechtsstaatsprinzip ab.

abzuleiten,⁵⁰ wird schon von der Voraussetzung ausgegangen, dass es sich durchweg um identische Verfahrensbedingungen handelt. Ein Vorteil der direkten Verknüpfung mit den materiellen Grundrechten besteht aber gerade darin, dass auf die spezifischen Gefährdungen, denen das jeweilige Grundrecht ausgesetzt ist, mit spezifischen verfahrensrechtlichen Anforderungen reagiert werden kann.⁵¹ Wenn einzelne Verfahrensrechte (z. B. der Anspruch auf Benachrichtigung nach einem Grundrechtseingriff) bei verschiedenen Grundrechten in gleicher Weise zum Tragen kommen, lässt dies nicht auf eine allumfassende Identität der Anforderungen schließen. Das Rechtsstaatsprinzip ist als umfassendes und dementsprechend abstraktes Verfassungsprinzip⁵² weniger geeignet, die genauen Anforderungen an das Verfahren zu begründen. Dass es das Wechselspiel zwischen materiellen Grundrechten und Verfahrensrecht immer wieder beeinflusst, wird damit nicht bestritten. Die Anbindung an die materiellen Grundrechte soll darüber hinaus für den speziellen Schutzbereich die Durchsetzung des Grundrechtsgehaltes mittels verfahrensrechtlicher Regelungen sichern.⁵³

In der Literatur wurde versucht, zum Zwecke der Strukturbildung und dogmatischen Durchdringung weitere übergreifende abstrakte Kategorien zu entwickeln, die die Verbindung von Verfahren und materiellen Grundrechten beschreiben. Eine an der Intensität der Verfahrensabhängigkeit orientierte Einteilung unterscheidet die Funktion von Verfahren als

- Gegenstand der Grundrechtsverbürgung (Verfahrensgrundrechte),
- *conditio sine qua non* individueller Grundrechtsausübung (verfahrensabhängige Grundrechte),
- Gefährdung von Grundrechten oder Eingriff in Grundrechtspositionen (verfahrensbetroffene Grundrechte),
- Grundrechtsvoraussetzung für die Funktionsfähigkeit des geschützten Lebensbereichs (verfahrensgeprägte Grundrechte).⁵⁴

Ob eine solche Einteilung tragfähig ist, kann bezweifelt werden. Die Grenzen zwischen den Kategorien erscheinen in zweierlei Hinsicht durchlässig. Zum einen hängt die Einordnung stark vom dogmatischen Verständnis des jeweiligen Grundrechts ab. Behandelt man das Kriegsdienstverweigerungsrecht als ein Sonderrecht, welches dem Einzelnen vom Staat gewährt wird, so ist das Anerkenntnisverfahren *conditio sine qua non* für die Wahrnehmung dieses Rechts und Art. 4 Abs. 3 GG nach der vorgeschlagenen Einteilung ein verfahrensabhängiges Grundrecht. Geht man aber davon aus, dass

50 *Laubinger* VerwArch 73 (1982), 60 (83).

51 *V. Mutius* NJW 1982, 2150 (2158).

52 Zur Bezeichnung des Rechtsstaatsprinzips als Verfassungsprinzip vgl. *Dreier*, in: *Dreier*, GG II Art. 20 (Einführung) Rn. 8 ff. und zur Abstraktheit (Rn. 13 ff.).

53 BVerfGE 53, 30 (72 f.) betont die Kontinuität der Rspr. in diesem Bereich.

54 *Ossenbühl* FS Eichenberger, S. 183 (188).

erst der Staat durch einen Eingriff die Pflicht zum Kriegsdienst begründet, so könnte das Verweigerungsrecht auch durch schlichtes Nichtantreten ausgeübt werden.⁵⁵

Zum anderen ist zu bedenken, dass nicht nur die dogmatische Einordnung der Grundrechte eine Kategorisierung beeinträchtigt, sondern auch die Art und Weise, in der das Verfahren und die Grundrechte sich wechselseitig beeinflussen, unterschiedlichste Formen aufweisen können. Teilweise wird daher eine Strukturierung anhand der unterschiedlichen Funktionen des Verfahrens in Bezug auf Grundrechte befürwortet.⁵⁶ Daraus folgt der Vorschlag, neben den Verfahrensgrundrechten das Verfahren als „Ausübungskontrolle“, Verfahren als Lösung von Grundrechtskollisionen und zum Schutz der Gemeinwohlinteressen und Grundrechtsverwirklichung durch „Zuteilungs- und Willensbildungsverfahren“ voneinander zu unterscheiden. Unbestritten ist, dass mehrere Funktionen kumulativ vorliegen können.⁵⁷ Daneben finden sich noch weitere Kategorisierungsversuche, die aus verschiedenen Blickwinkeln die Problematik beleuchten.⁵⁸

Hier soll auf einen eigenen Entwurf zur umfassenden Strukturierung verzichtet werden. Die vielfältigen Vorschläge mit unterschiedlichen Ansatzpunkten und Zielrichtungen zeigen, dass es den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde. Zu vielgestaltig sind die Beeinflussungen und zu sehr sind sie von den konkreten Situationen und der Art und Weise der Beeinträchtigung des speziellen Grundrechts abhängig.⁵⁹

c) Die Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands – Grundrechtsschutz durch Verfahren

Sinnvoller erscheint es daher an dieser Stelle, nur den Versuch zu unternehmen, aus dem umfangreichen Themenkomplex „Grundrechtsschutz und Verfahren“ den für die nachfolgende Bearbeitung relevanten Bereich „herauszuschälen“ und damit von eher dezentralen Teilbereichen abzugrenzen.

Außerhalb des Zentrums der nachfolgenden Arbeit steht der Grundrechtsschutz *im* Verfahren. Darunter versteht man neben dem Einfluss der

55 Ausführliche Kritik an einer solchen Kategorisierung bei *Denninger* HStR V, S. 291 (300 ff.).

56 *Stern/Sachs* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland – Allgemeine Lehren der Grundrechte S. 974; in Ansätzen auch *Hesse* EuGRZ 1978, 427 (435).

57 *Denninger* HStR V, S. 291 (296 f.).

58 Z. B. bei *Bethge* NJW 1982, 1 (2 f.), der zwischen solchen Organisations- und Verfahrensregeln unterscheidet, die zwischen einzelnen (Grund-)Rechsträgern notwendig sind, und solchen, die das Verhältnis des Grundrechtssubjekts gegenüber dem Staat betreffen. *Schmidt-Aßmann* HStR III, S. 623 (632 f.); *Schmidt-Aßmann*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band II, S. 993 (1008 f.) unterscheidet umgekehrt nach der Art der Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verfahrensrecht „Fixierungen“, „Wertakzentuierung und Systematisierung“ und „Limitierung“ voneinander.

59 So letztendlich auch *Denninger* HStR V, S. 291 (304).

Verfahrensgrundrechte auf das Verfahren die Bedeutung materieller Grundrechte für die Verfahrensvorschriften.⁶⁰ Dies ist Ausfluss des allgemein geltenden Grundsatzes, dass das gesamte einfache Recht im Licht der Grundrechte ausgelegt werden muss. Die „verfahrensverursachten Grundrechtseingriffe“⁶¹ sind für die nachfolgende Betrachtung weniger relevant, weil vornehmlich die Wirkung von Verfahrensregelungen auf den ursprünglichen Eingriffsakt untersucht werden soll und weniger der Frage nachgegangen werden wird, inwieweit erst das Verfahren den Grundrechtsberechtigten beeinträchtigt. Diese Komponente kann aber anklingen, sobald bestehende verfahrensrechtliche Anforderungen einer Überprüfung unterworfen werden.

Dem gegenüber steht der Grundrechtsschutz *durch* Verfahren⁶². Hierbei handelt es sich um die Fragestellung, ob und inwieweit materielle Grundrechte zu ihrer tatsächlichen Verwirklichung der Unterstützung durch Verfahrensrecht bedürfen. Es kann z. B. das Bedürfnis nach einzelnen Verfahrensinstituten bestehen. Es kann aber auch die Notwendigkeit bestehen, überhaupt erst einmal ein Verwaltungsverfahren als solches zu normieren.⁶³ Im zu untersuchenden Polizeirecht besteht bereits ein Verwaltungsverfahren, innerhalb dessen Entscheidungen getroffen werden. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt daher auf der Ausgestaltung dieses Verfahrens und des nachgelagerten Rechtsschutzes durch konkrete Verfahrensinstitute.

Bei Maßnahmen der polizeilichen Informationsvorsorge tritt der Bezug von Verfahren zur abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte relativ offen zutage. Der Grundrechtsberechtigte soll in eine Situation versetzt werden, in der das Verfahren garantiert, dass die Eingriffe in seine Grundrechte entweder gerechtfertigt sind oder es ermöglicht wird, rechtswidrige Eingriffe wirksam abzuwehren. In einer erheblichen Anzahl von Fällen verfolgt der Staat aber nicht nur Gemeinwohlinteressen oder staatseigene Ziele, sondern handelt aufgrund kollidierender Grundrechte entsprechend einer ihm zukommenden Schutzpflicht gegenüber anderen Grundrechtsträgern. Insofern kann auch der status positivus für das Verfahrensrecht Bedeutung erhalten.⁶⁴

60 Hesse EuGRZ 1978, 427 (435).

61 Schmidt-Aßmann HStR III, S. 623 (635); Schmidt-Aßmann, Liber Amicorum Erichsen, S. 207 (231) wo diese als „verfahrens- und organisationseigene Grundrechtsbeeinträchtigungen“ bezeichnet; sowie Schmidt-Aßmann GVwR I, S. 461 (485).

62 Vgl. Schmidt-Aßmann, in: Krebs StR III, S. 623 (635); Ossenbühl FS Eichenberger, S. 183; Schmidt-Aßmann GVwR I, S. 461 (485 f.).

63 Vgl. Schmidt-Aßmann, Liber Amicorum Erichsen, S. 207 (214); Schmidt-Aßmann, in: Mer ten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Band II, S. 993 (1002).

64 Schmidt-Aßmann, Liber Amicorum Erichsen, S. 207 (212).

In den Situationen der Informationsvorsorge weniger relevant ist der von *Peter Häberle* in die Diskussion eingeführte „status activus processualis“.⁶⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte durch das sog. *numerus-clausus-Urteil* die Grundrechtsfunktionen um das Teilhaberecht ergänzt.⁶⁶ Innerhalb der daraufhin geführten Diskussion um den „Leistungsstaat“ setzte *Peter Häberle* den status activus ins Verhältnis zum Verfahrensrecht. „Der status activus processualis ist dem bisher primär materiell-rechtlichen status activus zuzuordnen (Status der Partizipation am und im Leistungsstaat). Er ist der Inbegriff aller Normen und Formen, die die Verfahrensbeteiligung (einschließlich Publizitätsvorschriften) der durch den Leistungsstaat in ihren Grundrechten Betroffenen regeln.“⁶⁷ Dieses prozedurale Teilhaberecht fußt auf dem angelsächsischen Gedanken des gerechten Verfahrens („due process“).⁶⁸ Es beinhaltet das Recht des Bürgers, dessen Grundrechte durch eine staatliche Entscheidung beeinträchtigt werden können, eine Beteiligung an jenem Verfahren zu fordern. Wie die Beteiligungsrechte im Einzelnen auszugestalten sind, unterscheidet sich je nach konkreter Sachmaterie.⁶⁹ Besondere Bedeutung hat das prozedurale Teilhaberecht für Planungs- und Genehmigungsverfahren. Für die Suche nach Verfahrensrechten bei Informationsvorsorgeeingriffen hat der teilhaberechtliche Aspekt kaum Bedeutung. Das Verfahrensrecht im Polizeirecht berührt die Grundrechte der Betroffenen in erster Linie in ihrer Schutzfunktion. Die Anforderungen an das Verfahren resultieren aus einem Anspruch der Betroffenen auf angemessene Sicherung ihrer grundrechtlich verbürgten Rechte.⁷⁰

Auch der Gedanke der prozeduralen Lösung von Grundrechtskollisionen durch ein „grundrechtliches Vorverfahren“⁷¹ kann nur bedingt nutzbar gemacht werden. Im Rahmen der Informationsvorsorge stehen sich miteinander kollidierende Verfassungswerte gegenüber. Ein ohne Beteiligung des Staates durchgeführtes Vorverfahren kann eine Kollision dieser Interessen aber nicht verhindern. Es fehlt an den sich offen gegenüberstehenden Grundrechtsträgern. Erst durch staatliche Maßnahmen wird die Kollision sichtbar. Zusätzlich ist zu bedenken, dass im Rahmen der Informationsvorsorge den Grundrechten des Eingriffsbetroffenen meist Gemeinwohlinteressen

65 *Häberle* VVDStRL 30 (1972), 43.

66 BVerfGE 33, 303 (330 ff.).

67 *Häberle* VVDStRL 30 (1972), 43 (81).

68 Vgl. *Hufen* Staatsrecht II S. 59.

69 *Redeker* NJW 1980, 1593 (1595) mit weiterführenden Ausführungen.

70 Vgl. zu Begründung objektiver Verfahrensgehalte materieller Grundrechte *Dolderer* Objektive Grundrechtsgehalte S. 245 ff., der sich ausführlich mit der insbesondere von *Goerlich* NJW 1981, 2616 und *Goerlich* DÖV 1982, 631 (633) vertretenen Auffassung kritisch auseinander setzt, der verfahrensrechtliche Gehalt der Grundrechte gründe ausschließlich in ihrer abwehrrechtlichen Dimension.

71 *Britz* Der Staat 42 (2003), 35; diese Frage aufwerfend schon *Bethge* NJW 1982, 1 (2).