

Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung

Inhaltsübersicht

- A. Der Weg zum „Kopp“
- B. Mein Weg mit dem „Kopp/Schenke“

A. Der Weg zum „Kopp“

Meine ersten Erinnerungen an den VwGO-Kommentar von *Kopp* reichen in das Jahr 1974 zurück, also in das Jahr, in dem die erste Auflage des Kommentars erschien. Damals war ich noch Assistenzprofessor an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz und stand kurz vor dem Abschluß meiner Habilitation. Obwohl mich schon zu diesem Zeitpunkt das Verwaltungsprozeßrecht sehr faszinierte und meine literarischen Erstlinge – von einer zivilrechtlichen Jugendsünde in Gestalt meiner 1964 gefertigten Dissertation einmal abgesehen – schwerpunktmäßig verwaltungsprozessualen Themen galten, wäre es unehrlich, wollte ich im nachhinein behaupten, ich hätte dem Erscheinen des sich damals noch auf gut 500 Seiten beschränkenden Kommentars besondere Beachtung geschenkt. So konzentrierte sich mein Interesse – ähnlich wie bei so manchem anderen jungen Wissenschaftler – darauf festzustellen, ob meine einschlägigen Veröffentlichungen im Kommentar Erwähnung gefunden hatten. Nachdem dies zu meiner Zufriedenheit jedenfalls größtenteils geschehen war, auch wenn – wie ich meinte – dies sicher noch in etwas größerem Umfang hätte geschehen können, befaßte ich mich zunächst nicht weiter mit dem Kommentar *Kopps* und legte ihn erst einmal beiseite.

Zum Zeitpunkt des erstmaligen Erscheinens des „*Kopps*“ wurde die verwaltungsprozessuale Kommentarliteratur noch von ganz anderen Werken beherrscht, denen gegenüber der verwaltungsprozessuale Youngster *Kopps* zunächst kaum eine echte Überlebenschance zu haben schien. Neben den Kommentaren zur VwGO von *Redeker/v. Oertzen* und dem Kommentar von *Schunck/De Clerck* war hier vor allem der Kommentar von *Eyermann/Fröhler* zu nennen. Dieser durch den früheren Präsidenten des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs *Erich Eyermann* sowie den früheren Erlangen-Nürnberger Ordinarius und späteren Linzer Gründungsrektor *Ludwig Fröhler* verfaßte und ebenso wie der Kommentar von *Kopp* auch im Beck-Verlag erschienene Kommentar beherrschte damals nicht nur die Praxis, sondern genoß auch in der Wissenschaft hohes Ansehen. Dem war es auch nicht abträglich, daß sich beide Autoren im Widerspruch zu der schon damals ganz herrschenden Auffassung jahrzehntelang hartnäckig für einen weiten prozeßrechtlichen Verwaltungsaktsbegriff aussprachen, demzufolge alles hoheitliche Verwaltungshandeln einen Verwaltungsakt i.S. des § 42 VwGO darstellen sollte. Für mich war der Kommentar von *Eyermann/Fröhler* ohnehin schon deshalb ein Evan-

gelium, weil ich früher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. *Fröhler* war, ihn persönlich und wissenschaftlich außerordentlich schätzte, ja verehrte, und erst er mein besonderes Interesse am Verwaltungsprozeßrecht geweckt hatte. Zwar war ich ihm, als er Ende der 60er Jahre als Gründungsrektor nach Linz ging und mir damals anbot, sich dort bei ihm zu habilitieren, nicht bzw. nur ganz kurz gefolgt, aber ich fühlte mich ihm auch nach seinem Weggang nach Linz persönlich und wissenschaftlich eng verbunden, eine Verbundenheit, die im übrigen bis zu seinem Tod im Jahre 1995 – er starb im gleichen Jahr wie *Kopp* – anhielt. Gelegentlich kam denn auch bei mir in den Folgejahren, als ich inzwischen selbst Professor geworden war, insgeheim der vermessene Gedanke auf, es wäre doch schön, wenn ich später einmal an dem *Eyermann/Fröhler* mitarbeiten könnte. Aber ich habe mit *Fröhler* hierüber trotz eines bis zu seinem überraschenden Tode bestehenden regen wissenschaftlichen Gedankenaustausches nie über dieses Thema gesprochen und hegte nur die stille Hoffnung, er würde vielleicht eines Tages selbst einmal das Thema einer Mitarbeit ansprechen. Nach dem Tode von *Fröhler* wurde denn auch der Kommentar nicht durch mich, sondern durch eine Reihe von hervorragenden Praktikern unter dem Namen *Eyermann* – allerdings inhaltlich völlig verändert – fortgeführt. Zu dem Zeitpunkt, als die Entscheidung über das Fortführen des *Eyermann/Fröhler* anstand, war ich im übrigen auch schon längst durch den Beck-Verlag mit der Weiterführung des Kommentars von *Kopp* betraut worden und konnte es insofern gut verschmerzen, daß ich nicht unmittelbar in die Fußstapfen meines früheren Chefs und Lehrmeisters treten konnte.

Als ich 1975 nach Bochum und später 1979 nach Mannheim berufen wurde, verstärkten sich meine Kontakte zum *VwGO*-Kommentar von *Kopp* zwangsläufig. Der zunächst nur als Kurzkomentar konzipierte „*Kopp*“ wuchs nicht nur von Auflage zu Auflage umfangmäßig an, er hatte auch zunehmend an wissenschaftlichem Gewicht gewonnen und spielte nunmehr unbestrittenermaßen in der ersten Liga der verwaltungsprozessualen Literatur ganz oben mit. Insoweit war die Arbeit mit dem Kommentar für jeden an Fragen des Verwaltungsprozeßrechts Interessierten ein unabdingbares Muß. Keine – auch neu aufgetretene – Frage blieb hier unbeantwortet; unter diesen Umständen verübelte man es „*Kopp*“ auch nicht, daß es mit der Zitatengenauigkeit gelegentlich etwas haperte. Bei seiner Kommentierung kam ihm im übrigen zugute, daß er nicht nur ein hervorragender scharfsinniger Dogmatiker war, sondern auch durch seine frühere verwaltungsgerichtliche Tätigkeit über besondere Praxiserfahrungen verfügte. Als sehr vorteilhaft für die Kommentierung der *VwGO* sollte es sich überdies schon bald erweisen, daß *Kopp* bereits kurz nach Inkrafttreten des 1976 erlassenen Verwaltungsverfahrensgesetzes auch zu diesem Gesetz einen Kommentar vorlegte, der auf Anhieb zu einem großen Erfolg wurde und schon bald als ein Standardwerk galt. Bei der engen funktionalen Verzahnung von Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht kam diese Personalunion beiden Rechtsgebieten zugute und führte zwangsläufig zu einer wechselseitigen Befruchtung bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung und Durchdringung beider Rechtsmaterien. Freilich hatte sich *Kopp* hiermit eine Belastung aufgebürdet, die durch eine einzelne Person kaum noch zu bewältigen war und ist und in der man eine Hauptursache für seinen frühen Tod vermuten kann.

Imponierend war für mich bei der Arbeit mit den Kommentaren *Kopps* auch immer wieder sein Mut, weil er sich nicht scheute, neue, der herrschenden Meinung ganz konträre Auffassungen mit durchwegs beachtlichen Argumenten zu vertreten, ohne daß hierdurch die Verwendbarkeit des Kommentars für den Praktiker Schaden genommen hätte. Zwar konnten sich keineswegs alle von ihm vertretenen Auffassungen durchsetzen, die von ihm eingenommenen Positionen boten jedoch fast immer Anlaß, tradierte Auffassungen zu überdenken und bereicherten selbst hier die Diskussion durch gewichtige und überdenkenswerte neue Argumente. So trug er mit dazu bei, den Blick für die Bedeutung der Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrensrechts zu schärfen und wendete sich mit Entschiedenheit gegen eine Abwertung des Verwaltungsverfahrens durch eine Bagatellisierung und eine großzügige Bejahung der Heilung von Fehlern des Verwaltungsverfahrens. Man darf vermuten, daß, wenn er die sich seit 1996 in der Gesetzgebung abzeichnende Abwertung des Verwaltungsverfahrens noch erlebt hätte, sie bei ihm mit Sicherheit auf scharfe Kritik gestoßen wäre.

Ganz auf dieser Linie seiner hohen Bewertung des Verwaltungsverfahrens, für die er bereits in seiner 1971 erschienenen Münchener Habilitationsschrift „Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren“ das wissenschaftliche Fundament gelegt hatte, bewegte sich etwa seine Kritik an früheren Entscheidungen des *BVerwG*, nach denen § 46 VwVfG so verstanden wurde, daß es bei den dort angesprochenen Fällen verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte bereits an deren Rechtswidrigkeit oder jedenfalls an einer durch sie verursachten Verletzung subjektiver Rechte fehlen sollte. Auch die in der Rechtsprechung des *BVerwG* und durch die früher ganz herrschende Meinung vertretene Rechtsauffassung, nach der ein Nachschieben von Gründen sogar noch während des gerichtlichen Verfahrens grundsätzlich zulässig sein sollte, wurde durch ihn kritisch unter die Lupe genommen.¹ Hier deckte sich seine Ansicht uneingeschränkt mit einer von mir schon früher vertretenen Auffassung, und es freute mich natürlich sehr, daß ich nunmehr mit *Kopp* einen so prominenten Fürsprecher meiner Auffassung gefunden hatte.

Bei der Behandlung anderer Grundfragen des Verwaltungsprozeßrechts gingen wir freilich unterschiedliche Wege. So war und blieb zwischen uns streitig, ob der Begriff des Verwaltungsakts i.S. des § 42 VwGO nach materiellen Kriterien zu bestimmen sei, wie ich dies in Anlehnung an die Vorschrift des § 35 VwVfG für geboten hielt und nach wie vor halte, oder ob – wie *Kopp* und viele andere Stimmen in der Literatur annahmen – der Form einer Verwaltungsmaßnahme ausschlaggebende Bedeutung für ihre Rechtsnatur zukommt. Der formelle Ansatz *Kopps*, den ich schon früher in einem Aufsatz im *VerwArch* kritisiert hatte, veranlaßte mich, die Diskussion nochmals aufzunehmen. Allerdings gelang es mir auch diesmal nicht, *Kopp* sonderlich zu beeindrucken. Jedenfalls hielt er unbeirrt an seiner Auffassung fest und hatte diesmal auch die h.M. für sich.

Skeptisch war ich auch gegenüber der von *Kopp* vertretenen Ansicht, nach welcher der maßgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten im Rahmen der Anfechtungsklage stets der Abschluß des Verwaltungsver-

¹ S. dazu *Kopp*, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 113 Rn. 28 ff.

fahrens sein sollte, wobei er diese Ansicht u.a. darauf gründete, daß ein einmal rechtmäßig erlassener Verwaltungsakt nach seiner Auffassung nicht rechtswidrig werden konnte. Nachdem ich mich in einem Aufsatz im DVBl. kritisch zu dieser Auffassung geäußert hatte und insoweit hier nun meinerseits ausnahmsweise einmal im Einklang mit der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten hatte, ein rechtmäßiger Verwaltungsakt könne durch eine nach seinem Erlaß eingetretene Veränderung der Sach- oder Rechtslage rechtswidrig werden, kam es zwischen *Kopp* und mir schließlich zu einem wissenschaftlichen „Schlagabtausch“. *Kopp* äußerte sich in einem im BayVBl. publizierten Aufsatz kritisch zu meiner Abhandlung, ich ließ dies nicht auf mir sitzen und replizierte – um die Durchschlagskraft meiner Argumentation zu verbessern, unter Schützenhilfe meines damaligen wissenschaftlichen Mitarbeiters, Herrn *Baumeister*, diese Replik veranlaßte *Kopp* schließlich dazu, sich nochmals kritisch mit meiner Auffassung auseinanderzusetzen, und ich gab dann schließlich resignierend auf, *Kopp* von der Richtigkeit meiner Ansicht zu überzeugen. Bei aller Hitzigkeit der Auseinandersetzung zwischen zwei „Überzeugungstätern“ wurden jedoch bei dieser Kontroverse wie auch sonst durch *Kopp* nie die Grenzen wissenschaftlicher Fairneß und des Anstands überschritten. Von der menschlichen Größe und Souveränität *Kopps* zeugte es im übrigen, daß, als er wenige Jahre nach unserem wissenschaftlichen Disput die 1993 erschienene erste Auflage meines Verwaltungsprozeßrechts in einer Zeitschrift besprach, sich hier sehr positiv äußerte und mich das Gefühl beschlich, er übertreibe dabei gewaltig.

Leider habe ich *Kopp* persönlich nicht näher kennengelernt. Ich bin ihm nur einige Male kurz auf der Staatsrechtslehrertagung begegnet und habe mit ihm einige wenige Worte gewechselt. In Erinnerung geblieben ist mir sein bayerisches „Outfit“, er trug meist einen bayerischen Trachtenjanker. Ergab sich für mich selbst keine Möglichkeit, *Kopp* näher kennenzulernen, so hörte ich doch viel über ihn von anderen Kollegen, die mit ihm häufig zusammenkamen und ihn nicht nur als Wissenschaftler, sondern auch als Mensch außerordentlich schätzten. Besonders gerühmt wurde seine unprätentiöse Art, seine große Bescheidenheit und seine immense Arbeitskraft, der Hinweis auf letztere allerdings oft gewürzt mit kleinen Anekdoten. Berichtet wurde von einem Bücherberg, in dessen Zentrum er sich zwar befand, aber dennoch ob der ihn umgebenden Büchermassen, in denen er zu versinken drohte, nur schwer wahrzunehmen war. Als ich meiner Frau hiervon berichtete und ihr die plastischen Schilderungen von Kollegen wiedergab, meinte sie trocken, dieses Bild könne sie sich gut vorstellen, weil es ihr doch täglich begegne; als sie dies sagte, hatte ich den Kommentar von *Kopp* noch nicht übernommen.

B. Mein Weg mit dem „Kopp/Schenke“

Im Frühsommer 1995 verstarb *Kopp*; die Nachricht von seinem frühen Tod erfüllte viele Kollegen mit Trauer und Bestürzung. Wenige Wochen nach seinem Tode, als ich meine Sommerferien wie jedes Jahr am Bodensee verbrachte, erreichte mich ein Anruf des Lektoratsleiters *Burkhard Schulz*, der mich fragte, ob

ich Interesse daran hätte, die Kommentare von *Kopp* fortzuführen. Ich war natürlich sofort Feuer und Flamme, während das Entsetzen meiner Frau ob der hier drohenden Zukunftsperspektive kaum größer ausfallen konnte. Unterstützt durch meinen Sohn, der genetisch vorbelastet auch dem öffentlichen Recht verfallen ist und sich später gleichfalls auf das Wagnis der Beschreitung der Hochschullehrerlaufbahn einließ, gelang es beiden aber schließlich, mich von dem vermessenen Plan abzubringen, beide Kommentare zu übernehmen. Eine wichtige Rolle spielte bei ihrer Argumentation ein sich im Hinblick auf den frühen Tod *Kopps* aufdrängender Analogieschluß; jedenfalls bin ich heute sehr froh, daß ich dem vereinten familiären Drängen schließlich stattgab und mich dazu entschloß, nur den VwGO-Kommentar fortzuführen, was bereits für sich gesehen – wie ich später zunehmend feststellen mußte – eine gewaltige Arbeitsbelastung mit sich bringen sollte. Der Kommentar zum VwVfG wurde dann von meinem Kollegen *Ramsauer* übernommen, der ebenso wie *Kopp* durch die Vereinigung von Hochschullehrer- und Richtereigenschaft in seiner Person ideale Voraussetzungen für die Kommentierung mitbrachte und mit seiner vorzüglichen Fortführung der *Kopp*'schen Kommentierung den hohen Rang und das Niveau dieses Standardkommentars zum Verwaltungsverfahrensgesetz trotz scharfer Konkurrenz voll wahrte und verteidigte.

Als ich mich an die Kommentierung machte, wuchs mein ohnehin schon sehr hoher Respekt vor der wissenschaftlichen Leistung *Kopps* noch weiter. Mir wurde ob der Qualität der von *Kopp* übernommenen Kommentierung schon bald bewußt, welch gewaltige Aufgabe ich mir hier aufgelastet hatte, auch wenn ich bei der Bewältigung dieser Last auf die Hilfe hervorragender Mitarbeiter (*Peter Baumester, Wolfgang Roth, Josef Ruthig*) zurückgreifen konnte, die sich allesamt später bei mir habilitierten.

Schwierigkeiten ergaben sich bei der Fortführung der Kommentierung gleich in mehrerlei Hinsicht: Einmal stellten sich hier formale Probleme. Schon bei meiner früheren Arbeit mit dem Kommentar von *Kopp* hatte ich oft Schwierigkeiten, Anfang und Ende eines Satzes auszumachen. Das hing nicht nur damit zusammen, daß *Kopp* ähnlich wie ich eine ausgeprägte Vorliebe für Schachtelsätze hatte, es beruhte auch darauf, daß in die Sätze oft riesige Zitatenkette eingelagert waren, die bei den zahlreichen Fundstellennachweisen nicht selten eine halbe Druckseite erreichen konnten. Mein Vorschlag, solche ellenlangen Zitatenkette in die Fußnoten zu verbannen, stieß beim Verlag zunächst auf wenig Gegenliebe, da befürchtet wurde, dies könne eine Präjudizwirkung für andere in derselben Reihe erschienene Werke haben, die ebenfalls keine Fußnoten aufwiesen, sondern Fundstellen ausschließlich im Text zitierten. Meine penetrante Hartnäckigkeit wie auch mein Hinweis, daß es vermutlich keinen anderen „Kurzkommentar“ gäbe, der Rechtsprechung und Literatur so intensiv auswertete wie der Kommentar von *Kopp*, führte aber schließlich dann doch dazu, daß mir der Verlag die Möglichkeit einräumte, längere Fundstellennachweise in Fußnoten zu verlagern. Nachdem diese Verlagerung offensichtlich von den Kommentaranbenutzern sehr positiv aufgenommen wurde, da sie die Lesbarkeit des Kommentars nicht unerheblich förderte, wurde nunmehr von seiten der Leser wie auch des Verlags sogar angeregt, Fund-

stellennachweise allgemein nur noch in den Fußnoten unterzubringen. Freilich bringt dies neue Probleme mit sich, da hierdurch der ohnehin bereits einem Wachstumsprozeß unterliegende Seitenumfang des Kommentars noch weiter anzuschwellen droht, und deshalb habe ich mich diesmal selbst – bis jetzt – diesem Wunsch widersetzt.

Über das Formale hinaus stellte sich für mich nach der Übernahme des Kommentars zum einen das Problem, daß es galt, innerhalb einer relativ kurzen Zeitspanne den Kommentar auf meine eigenen Auffassungen umzustellen, um dadurch den sich sonst beim Leser aufdrängenden Eindruck der Schizophrenie zu vermeiden. Zwar bestanden zwischen *Kopp* und mir, was unsere Skepsis gegenüber herrschenden Meinungen betraf, unzweifelhaft sehr weitreichende Gemeinsamkeiten, aber die Ablehnung der h.M. bedeutet naturgemäß noch lange nicht, daß man damit dieselbe Rechtsauffassung vertrat. Während es zu einer Rechtsfrage nur eine „h.M.“ geben kann, gibt es leider eine Vielzahl von „a.M.“, die sich häufig nicht unerheblich voneinander unterscheiden.

Die Übernahme der gesamten Kommentierung der VwGO zwang mich zudem dazu, mich auch mit solchen verwaltungsprozessualen Materien zu befassen, die bisher wie das Rechtsmittelrecht nicht im Zentrum meines wissenschaftlichen Interesses gestanden hatten, in der verwaltungsgerichtlichen Praxis aber eine um so größere Rolle spielen. Hinzu kam aber noch ein weiterer gewichtiger Umstand, aus dem sich für mich Schwierigkeiten ergaben. Die Übernahme des Kommentars durch mich fiel in eine Zeit gewaltiger, durch den Gesetzgeber veranlaßter Umbrüche im Verwaltungsprozeßrecht.

Unter der Parole „Steigerung der Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland“ wurden durch den Gesetzgeber eine Vielzahl neuer Regelungen sowohl in das VwVfG wie auch in die VwGO neu eingeführt, die auf weitreichende Beschränkungen des verwaltungsverfahrenrechtlichen wie auch des verwaltungsprozessualen Rechtsschutzes hinausliefen. Bemerkenswert waren hier vor allem eine signifikante Abwertung des Verwaltungsverfahrens und die sich hieraus ergebenden weitreichenden Folgewirkungen für das gerichtliche Verfahren. Deutlich wurde dies insbesondere an der durch das Genehmigungsbeschleunigungsgesetz eingeführten Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten für Verfahrensfehler, die nunmehr nach § 45 Abs. 2 VwVfG auch noch während des gerichtlichen Verfahrens möglich sein sollen und damit einen nachlässigen Umgang mit Verwaltungsverfahrensrchten geradezu vorprogrammierten. Auf derselben Linie lag es auch, die Sanktionierung der Verletzung von Verwaltungsverfahrensrchten einzuschränken, wie dies etwa an der Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 46 VwVfG, aber auch an der im Planungsrecht sichtbar werdenden Tendenz offenbar wurde, Planungsfehler rechtsfolgenlos zu lassen. Hier galt es nicht nur die neuen Vorschriften zu kommentieren, sondern sich ganz in der Tradition *Kopps* darum zu bemühen, durch eine möglichst restriktive Interpretation dieser Vorschriften Verfassungskonformität herzustellen und einer drohenden Preisgabe der Normativität verwaltungsverfahrensrchtlicher Bestimmungen entgegenzuwirken.

Besondere Probleme warf auch die durch das 6. VwGO-ÄndG herbeigeführte Änderung des Rechtsmittelrechts hervor. Insbesondere die dort normierte Bin-

dung der Berufung an eine vorherige Zulassung war für das deutsche Verwaltungsprozeßrecht trotz erster vorsichtiger Ansätze im Bereich des Asylverfahrensgesetzes doch grundsätzlich neu. Zwar waren verfassungsrechtliche Bedenken, wie sie gegenüber dieser Novellierung schon bald nach ihrem Inkrafttreten erhoben wurden, nicht durchschlagend, da Art. 19 Abs. 4 GG nach herrschender und zutreffender Ansicht keinen Rechtsweg gegen richterliche Entscheidungen gewährt. Dies änderte aber nichts daran, daß sich in Konsequenz der Novellierung des Rechtsmittelrechts ein tiefgreifender Eingriff in das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzsystem mit erheblichen Einschränkungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ergab. Da es für diesen Einschnitt keine vergleichbaren Vorgängerregelungen gab, mit denen bereits Erfahrungen gesammelt wurden und an denen sich die Interpretation orientieren konnte, mußten Rechtsprechung wie auch das rechtswissenschaftliche Schrifttum sich erst um die Konkretisierung der neuen Rechtsmittelvorschriften bemühen. Das hatte zwangsläufig zunächst eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge. Erschwert wurde die Bewältigung der sich hier stellenden Aufgabe zusätzlich dadurch, daß die Gesetzesmaterialien wenig ergiebig, ja teilweise widersprüchlich waren. Auch erwies sich die obligatorische Durchführung eines dem Berufungsverfahren stets vorzuschaltenden Zulassungsverfahrens ohne die Möglichkeit einer von Amts wegen erfolgenden Zulassung der Berufung durch das erstinstanzliche Verwaltungsgericht, gemessen an der mit der Gesetzesnovellierung verfolgten Zielsetzung, das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu beschleunigen, nicht selten als kontraproduktiv. So war schon – wie ich in einem kritischen Aufsatz in der NJW („Reform ohne Ende“) prophezeite – mit Erlaß des 6. VwGO-ÄndG die „Reform der Reform“ vorprogrammiert, und in der Tat wurde schon nach relativ kurzer Zeit das Rechtsmittelrecht wiederum umgestaltet.

Besonders schmerzlich ist es für einen Kommentator, wenn er eine s.E. zumindest rechtspolitisch verfehlt, möglicherweise aber sogar verfassungswidrige Regelung zu kommentieren hat. Eben diese Situation stellte sich für mich in Verbindung mit der im Rahmen des 6. VwGO-ÄndG erfolgten Novellierung des § 47 VwGO. Man war sich im verwaltungsprozessualen Schrifttum wie auch in der Rechtsprechung vorher weitgehend einig, daß die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nicht nur unter Rechtsschutzgesichtspunkten, sondern vor allem auch unter prozeßökonomischen Gesichtspunkten eine höchst begrüßenswerte Regelung darstellte. Sie half häufig, eine Vielzahl von Streitigkeiten zu vermeiden, in deren Rahmen sich jeweils dieselbe Frage stellte, ob die Rechtsvorschrift, auf der ein Handeln der Verwaltung, insbesondere der Erlaß eines Verwaltungsakts beruhte, möglicherweise wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht nichtig ist. Dieser prozeßökonomische Effekt kam dabei nicht nur dann zum Tragen, wenn das Oberverwaltungsgericht im Rahmen der Normenkontrolle die Nichtigkeit der Norm gem. § 47 Abs. 5 S. 2 VwGO allgemeinverbindlich feststellte. Selbst dann, wenn die Normenkontrolle keinen Erfolg hatte und der Entscheidung des OVG deshalb keine rechtliche Allgemeinverbindlichkeit zukam, entfaltete eine solche Entscheidung jedenfalls faktisch eine Signalwirkung, die viele Einzelprozesse zu ersparen half. Hinzu kam, daß es – wenn auch nur selten –

Fälle gibt, in denen ein effektiver Rechtsschutz gegen untergesetzliche Rechtsvorschriften nur mittels einer allgemeinverbindlichen Nichtigkeitsklärung einer Norm zu erreichen war. Nicht zuletzt sprach für die oberverwaltungsgerichtliche Normenkontrolle aber auch die mit ihr verbundene Entlastung des Rechtssatzverfassungsbeschwerdeverfahrens, welches nach § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG die vorherige erfolglose Durchführung eines Normenkontrollverfahrens voraussetzt. Im Hinblick auf die geschilderten, mit einer oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle verbundenen positiven Effekte wurde deshalb bezeichnenderweise vielfach die Forderung erhoben, den gesetzlichen Anwendungsbereich der oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO auszuweiten und diese bundesrechtlich obligatorisch vorzusehen.

Um so überraschender und unverständlicher war es dann allerdings, daß der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der oberverwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle im Rahmen des 6. VwGO-ÄndG statt einer zu erwartenden Ausweitung in einer auch verfassungsrechtlich bedenklichen Weise zeitlich eng befristete, obwohl die Notwendigkeit einer gerichtlichen inzidenten Überprüfung der Norm im Rahmen eines Rechtsschutzes gegen Vollzugsakte sich auch nach Ablauf der für die Normenkontrolle in § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO vorgesehenen Befristung nach wie vor stellt.

Erschwert wird die Aufgabe des Kommentierens zusätzlich durch eine gerade im Bereich des Verwaltungsverfahrens- wie auch des Verwaltungsprozeßrechts besonders hektisch agierende Gesetzgebung. Sie nimmt sich wegen der besonderen politischen Brisanz hier getroffener Regelungen häufig nicht mehr ausreichend Zeit für eine Vorbereitung von Gesetzgebungsverfahren und deren Verankerung in der verwaltungsrechtlichen und verwaltungsprozeßrechtlichen Dogmatik. Auch insoweit bietet die verwaltungsgerichtliche Reformgesetzgebung des letzten Jahrzehnts reiches Anschauungsmaterial für wenig durchdachte gesetzgeberische Schnellschüsse. Deutlich wird dies etwa an der Regelung des § 114 S. 2 VwGO, mit welcher der Gesetzgeber das Nachschieben von Gründen innerhalb des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu regeln glaubte. Der naheliegende dogmatische Einwand, daß es sich bei der Regelung des Nachschiebens von Gründen um ein materiellrechtliches verwaltungsrechtliches Problem handele, das systematisch nicht in die VwGO gehört, fand hier ebenso wenig Beachtung wie die hiermit zusammenhängenden, noch weit gravierenderen verfassungsrechtlichen Bedenken, wie sie daraus resultieren, daß der Bund gar keine Gesetzgebungskompetenz für eine umfassende Regelung dieser verwaltungsrechtlichen Materie besitzt. Immerhin ließen sich diese Bedenken in concreto noch durch eine von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre nunmehr vertretene verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmung Rechnung tragen. Danach ist § 114 S. 2 VwGO entgegen der Absicht des Gesetzgebers nicht als eine Normierung des Nachschiebens von Gründen zu verstehen, sondern als ein Fall einer gesetzlich geregelten Klageänderung. Hier zeigt sich damit in exemplarischer Weise die besondere Verantwortung, die Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf eine Motorisierung der Gesetzgebung zu wachsen und sie nicht selten zwingen, klüger zu sein als der Gesetzgeber.

Freilich wird die Übernahme dieser Verantwortung, die auch einem Kommentator obliegt, durch die immer schneller erfolgenden Änderungen gesetzlicher Regelungen eines zunehmend „motorisierten Gesetzgebers“ erheblich erschwert. Kaum ist eine Regelung erlassen und liegt eine Kommentierung hierzu vor, ist sie durch eine Gesetzesnovellierung schon wieder überholt. Für die stabilisierende Funktion, die von einem Kommentar ausgehen sollte, bleibt damit kaum Raum. Das bekannte Wort *Kirchmanns*, „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“, ist heute aktueller denn je. Nicht selten ergibt sich die Situation, daß eine Kommentierung bereits fertiggestellt ist, der Autor im Hochgenuß des Gefühls, „Jetzt ist es geschafft“, die Umbruchkorrekturen dem Verlag zusendet und es ihn – wie mir jüngst geschehen – wie ein Donnerschlag trifft, wenn ihn just zu diesem Zeitpunkt die Nachricht erreicht, ein nimmermüder Gesetzgeber habe schon wieder eine neue Regelung erlassen, durch die das vorher Geschriebene hinfällig wird oder jedenfalls einer weitgehenden Überarbeitung bedarf. In diesem Moment verflucht man gelegentlich, daß man einen Kommentar übernommen hat und denkt sich, wäre ich doch dem Rat meiner Frau gefolgt und hätte die Finger von der Kommentierung gelassen. Aber Zeit, um länger darüber nachzudenken, bleibt nicht, denn es gilt, so schnell wie möglich die nächste Neuauflage fertigzustellen.

