

Viertes Kapitel „Judicial Review“ und der gerichtliche Rechtsschutz in Verwaltungssachen

„In the American system, where even legislative action is subject to judicial control, there has never been any question of propriety of judicial review of agency action“.¹ In den Lehrbüchern nehmen die Kapitel „*judicial control of administrative action*“ breitesten Raum ein. Zugang zu Gericht, Klagebefugnis, Klagearten, Gerichtsstände, Rechtsschutzbedürfnis und die dazu entwickelten Doktrinen sind Standardthemen.² Besonders ausführlich behandelt werden die Fragen der Kontrolldichte und der gebotenen richterlichen Zurückhaltung („scope and deference“). Dass das Verwaltungsrecht von einer „court-centered perspective“ dominiert sei, ist ein für die amerikanische wie die deutsche Rechtsordnung zutreffender Befund, der in beiden Ländern nicht nur positiv gesehen wird, weil die Ausrichtung auf den Gerichtsschutz die Aufgaben des Verwaltungsrechts, zunächst einmal Handlungsmaßstab für die Exekutive zu sein, zu sehr in den Hintergrund dränge.³

In der Behandlung der Einzelfragen des gerichtlichen Rechtsschutzes folgt das amerikanische Recht allerdings einer auf Abwägung bedachten Linie. Den positiven Effekten gerichtlicher Verwaltungskontrollen, der Durchsetzung des Gesetzesrechts und der verfassungsrechtlichen Verbürgungen, werden die Einbußen an Verwaltungseffizienz und Gefährdungen der Gewaltenteilung gegenübergestellt.⁴ Vorstellungen von „sovereign immunity“ sind – im haftungsrechtlichen Sekundärrechtsschutz allerdings stärker als

1 Schwartz, § 8.1; ähnlich Strauss, Justice, 416: „As a general matter, American law presumes that any administrative action that has reached the point of finality within executive government is susceptible of judicial examination“.

2 Pierce, Treatise, Chap. 9–15; vgl. auch S. Hartung, Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen in den Vereinigten Staaten, DÖV 1993, 323 ff.; W. Heun, Geschichte des Verwaltungsrechtsschutzes in den USA, in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch II, 1680 ff.

3 Mashaw, Creating the Administrative Constitution, 1 und 308 ff.; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 73 f.

4 Vgl. z. B. Pierce, Process, § 5.2 (S. 120) und § 7.7; Strauss, Justice, 409 f. Ähnlich 555 U.S. 488, 492–493 (2009) *Summers v. Earth Island Institute*: „The law of Art. III standing, which is built on separation-of-powers-principles, serves to prevent the judicial process from being used to usurp the powers of the political branches“.

im abwehrrechtlichen Primärrechtsschutz – nach wie vor virulent.⁵ Die oft konträren Interessenpositionen der an den angegriffenen Verwaltungsentscheidungen Beteiligten werden herausgearbeitet. Einsichtig wird so, dass ein Mehr an gerichtlicher Kontrolle nicht notwendig das Optimum dessen ist, was der Ausgleich zwischen diesen Positionen verlangt.⁶ Schließlich legen Zweifel an der Legitimation von Richtern, die Entscheidungen demokratisch gewählter Amtsträger zu korrigieren, das „*counter-majoritarian*“ Dilemma, eine abwägende Beantwortung auftretender dogmatischer Fragen nahe.⁷

- 3 Von einer Rechtsschutzeuphorie kann in den USA jedenfalls nicht die Rede sein. Die Kompetenzen der Gerichte bleiben ebenso wie die der anderen Gewalten Teilaspekte des umgreifenden Gewaltenteilungsthemas, für das eben auch die Schranken eine Rolle spielen.⁸ In dieselbe Richtung zielen die in der Diskussion stets mitgeführten Gesichtspunkte föderaler Machtverteilung zwischen den Gerichten der Gliedstaaten und den Bundesgerichten.⁹ Insgesamt ist die Diskussion um die Stellung der Dritten Gewalt in den USA differenzierter als in Deutschland, wo diese Fragen nur gelegentlich und auch dann meistens nur im Blick auf das Bundesverfassungsgericht erörtert werden. Gerade weil die politische Funktion der Justiz klarer herausgearbeitet wird, spielen auch die begrenzenden Aspekte im amerikanischen Diskurs eine wichtige Rolle.¹⁰
- 4 Das stärker auf Trennung als auf Verflechtung angelegte Verständnis von Föderalismus führt dazu, dass der Verwaltungsrechtsschutz in den USA wesentlich weniger einheitlich ausgestaltet ist als in Deutschland. Bund und Gliedstaaten haben jeweils voll ausgebaute eigene Gerichtsbarkeiten. Eine übergreifende einheitliche Prozessordnung existiert nicht. Folglich dürfen

5 L. L. Jaffe, The Right to Judicial Review, 71 Harv. L. Rev. 401 (1958); ders., Suits against Governments and Officers: Sovereign Immunity, 77 Harv. L. Rev. 1 (1963); Davis, Administrative Law, Chap. 27; Breyer/Stewart, 755 ff.; Hickman/Pierce, 795 ff. Weiter → 4/143 ff.

6 Vgl. Gellhorn, 1191 f.; Chemerinsky, § 2.3.

7 Pierce, Process, § 7.1 (S. 319): „Outside the constitutional law context, the judiciary is the least appropriate branch of government to make policy decisions, since it is the least accountable to the electorate“.

8 Cane, Controlling, 486 f.

9 Dazu umfassend Wright/Kane, Federal Courts, Chap. 8. Speziell zum XI. Zusatzartikel der U.S.-Verf. und der dort festgelegten Begrenzung der Zuständigkeit von Bundesgerichten für Klagen gegen einen Einzelstaat, die von dem Bürger eines anderen Staates erhoben werden, vgl. Nowak/Rotunda, § 2.11.

10 Cane, Controlling, 99–105.

auf prozessuale Grundfragen wie auf die Fragen der Klagebefugnis oder der gerichtlichen Kontrolldichte keine die Ebenen übergreifenden einheitlichen Antworten erwartet werden. Ein vollständiges Bild von dem, was Verwaltungsrechtsschutz in den USA ausmacht, erhält man daher nur, wenn neben dem Bundesrecht und den Bundesgerichten auch die Rechtslage in den Gliedstaaten beachtet wird. Wenn sich die folgenden Ausführungen trotzdem auf die Bundesebene konzentrieren und auf den Verwaltungsrechtsschutz in den Einzelstaaten nur gelegentlich hinweisen, so sind sie mit diesem Vorbehalt zu lesen.

Die Darstellung beginnt mit Ausführungen zu Gerichtsorganisation, Instanzenzug und Rechtsweggarantien sowie einem Überblick über die Prozessvoraussetzungen (1. Abschnitt). Sodann folgt eine Erläuterung der beiden Kernthemen des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, der Klagebefugnis und der Kontrolldichte (2. Abschnitt). Den Abschluss bildet eine kurze Darstellung des Verwaltungsrechtsschutzes in Vertrags- und Schadensersatzangelegenheiten (3. Abschnitt). 5

Erster Abschnitt Die Organisation der Bundesgerichte und der Zugang zu Gericht

Im Folgenden geht es um zwei Eckpunkte des Verwaltungsrechtsschutzes: Zunächst werden in ihren Grundzügen die Organisation und der Instanzenweg des Rechtsschutzsystems dargestellt (A). Sodann soll der Frage nachgegangen werden, durch welche Vorschriften der Zugang zum Gericht in Verwaltungsangelegenheiten gewährleistet wird (B). Ein Überblick über die Prozessvoraussetzungen schließt diesen Abschnitt ab (C). 6

A. Gerichtsorganisation und Instanzenzug in Verwaltungssachen

Die USA gehören nach den üblichen Einteilungen der Prozessrechtsvergleiche zu den Ländern, die einem *monistischen* Modell folgen und den Rechtsschutz in Verwaltungssachen denjenigen Gerichten anvertrauen, die auch für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten und Strafsachen zuständig sind, während Deutschland *dualistisch* ausgerichtet ist und zwischen Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten trennt, beide Gerichtszweige allerdings einheitlich der rechtsprechenden Gewalt zuordnet. Für die Dritte Gewalt legen beide Rechtsordnungen vergleichbare Qualitätsmaß- 7

stöße zugrunde. So betrachtet ist die überkommene Unterscheidung zwischen Monismus und Dualismus für den Vergleich zwischen dem amerikanischen und dem deutschen Verwaltungsrechtsschutz wenig aussagekräftig – sie kann im Gegenteil sogar verwirren.

I. Trennung zwischen „judicial courts“ und „legislative courts“

- 8 Das hat damit zu tun, dass die US-Verfassung ihrerseits einen dualistischen Grundzug in den Verwaltungsrechtsschutz hineinträgt. Sie kennt nämlich neben den *Courts* des Art. III auch noch *Tribunals*, die der Kongress nach Art. I sect. 8 cl. 9 einrichten kann. Der hier aufscheinende Dualismus ist freilich ganz anderer Art als der oben genannte klassische Dualismus. Er ist nicht innerhalb der Dritten Gewalt, sondern zwischen Zweiter und Dritter Gewalt angesiedelt. Jedenfalls ist beim Umgang mit den Begriffen „judge“ und „court“ genau zuzusehen, in welchem Funktionskreis man sich bewegt. In Rechtsprechung und Literatur hat sich eingebürgert, zwischen „judicial courts“ oder „Art. III courts“ einerseits und „legal courts“ oder „Art. I courts“ andererseits zu sprechen.¹¹

1. Die „judicial courts“ des Art. III der Verfassung

- 9 Das Gewaltenteilungsschema der ersten beiden Verfassungsartikel aufnehmend, bestimmt Art. III sect. 1: „The judicial power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish“. Anders als in vielen Bundesstaaten der USA werden die Richter der Bundesgerichte nicht auf Zeit gewählt, sondern auf Lebenszeit ernannt. Die Ernennung erfolgt wie die der Bundesbeamten nach Maßgabe der Appointment Klausel des Art. II sect. 2 cl. 2 U.S.-Verf. Eine verfassungsrechtliche Besoldungsgarantie soll ihre Unabhängigkeit zusätzlich absichern.¹² Insgesamt hat Art. III sect. 1 zwei Schutzziele: neben den institutionellen Interessen an der Aufrechterhaltung der Gewaltenteilung auch das Interesse des Einzelnen, nicht von

11 Zum Folgenden *Redish/Sherry/Pfander*, *Federal Courts*, 217 ff.; auch *Calvi/Coleman*, *Legal Systems*, 47 ff.; *Strauss*, *Justice*, 155 ff.; *Loewenstein*, *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*, 396 ff.

12 Zur Begründung dieser Elemente von Unabhängigkeit vgl. die *Federalist Papers* No. 78 (Hamilton).

Amtsträgern verurteilt zu werden, die nicht hinreichend neutral und unabhängig erscheinen.¹³ In der Praxis bereitet allerdings das Ausmaß der Politisierung, die vor allem durch das Ernennungsverfahren in die Richterschaft hineingetragen wird, erhebliche Sorge.¹⁴

Während der Supreme Court verfassungsunmittelbar konstituiert ist, 10 bleibt die Einrichtung von Untergerichten dem Kongress überlassen. Die Notwendigkeit von Untergerichten war bei der Ausarbeitung der Verfassung nicht unumstritten.¹⁵ Manche verwiesen auf die Möglichkeit, die einzelstaatlichen Gerichte mit der Entscheidung auch bundesrechtlicher Streitigkeiten zu betrauen. Eine solche Lösung, wie sie in Deutschland eine lange Tradition hat, stieß in den USA jedoch gerade mit dem Hinweis auf die Schwächen der richterlichen Unabhängigkeit in manchen der Bundesstaaten auf Widerspruch.¹⁶ Jedenfalls eine Option für Instanzgerichte des Bundes wollte die Verfassung offen halten. Dass die Entscheidung über ihre Einführung beim Kongress zu liegen hat, war dagegen klar. Gesetzesvorbehalte für die Gerichtsorganisation, die in Deutschland erst nach und nach erstritten werden mussten, gehörten in den USA zum verfassungsrechtlichen Grundbestand.¹⁷ Sie statteten den Kongress von Anfang an mit umfangreichen Kompetenzen für die Gestaltung des Justizsystems aus.¹⁸

Von seiner Einrichtungs- und Ausgestaltungsbefugnis machte der Kongress 11 in dem Judiciary Act von 1789 sogleich Gebrauch.¹⁹ Schon hier wurde die im Kern dreistufige Struktur der Bundesgerichtsbarkeit festgelegt, in der die „district courts“ und „courts of appeals“ die „lower courts“ bilden. In der Folgezeit wurde das System weiter ausdifferenziert und auf veränderte Rah-

13 478 U.S. 833, 848 (1986) *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*.

14 Vgl. J. Crowe, The Constitutional Politics of the Judiciary, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 197, 205: „In the late twentieth century, ideology effectively became the first and most important criterion for nominating justices to the Court, with every single appointment since William Rehnquist in 1972 sharing a partisan affiliation with the sitting president“. Ch. *Nemacheck*, Strategic Selection: Presidential Nomination of Supreme Court Justices from Herbert Hoover through George W. Bush, 2007. Vgl. ferner Strauss, Justice, 163 f.

15 Dazu Hoffer/Hoffer/Hull, The Federal Courts, 13 ff.

16 Federalist Papers No. 81 (Hamilton); weiter zu den hinter der Einrichtungsklausel stehenden politischen Kontroversen vgl. Nowak/Rotunda, § 2.2.(a).

17 Zur Entwicklung justizorganisationsrechtlicher Gesetzesvorbehalte F. Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 37 ff.

18 44 U.S. 236, 245 (1845) *Cary v. Curtis*.

19 1 Stat. 73 (1789); dazu Hoffer/Hoffer/Hull, The Federal Courts, 30 ff.

menbedingungen eingestellt.²⁰ Gelegentlich haben Kongress und Präsident auch versucht, die Einrichtungs- und Ausgestaltungsbefugnis zu Veränderungen von verfassungsrechtlich zweifelhaftem Wert zu nutzen. Der „court-packing plan“ und die immer wieder einmal aktuellen Versuche eines „court-stripping“ zeigen das.²¹ Die Grundlinien des Systems aber sind trotz aller Veränderungen von Beginn an bis heute erhalten geblieben.²²

- 12 Die in Art. III sect. 1 genannten Gerichte sind die „judicial courts“. Sie bilden die „federal judiciary“.²³ Sie sind es, die im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion um die Rolle des Richters in der Gesellschaft stehen.²⁴ Art. III sect. 2 U.S.-Verf. gibt ihrer Jurisdiktionsgewalt den Rahmen vor, den der Kongress auszufüllen hat, aber nicht überschreiten darf und der durch folgende Schlüsselbegriffe umrissen ist:
- Zentral ist der Doppelbegriff „cases or controversies“. Die Parteien müssen sich in einem realen Disput über gegensätzliche Interessen befinden, der sich mit Hilfe einer verbindlichen Entscheidung eines Gerichts lösen lässt.²⁵ Zur Beantwortung abstrakter oder hypothetischer Rechtsfragen oder zur Erteilung allgemeiner Ratschläge sind die Bundesgerichte nicht befugt. Dieser Festlegung der Verfassung wird eine hohe Bedeutung beigemessen.²⁶ Die Details werden in den von der Judikatur entwickelten Lehren von den Prozessvoraussetzungen, insbesondere in den Lehren zu „ripeness“, „moot“ und „standing“ greifbar.²⁷

20 Dazu vgl. Nachw. bei Nowak/Rotunda, § 2.2.

21 Zum „Court-packing plan“, dem Versuch von Präsident Roosevelt, gezielt die Zahl der Richter zu erhöhen, vgl. Shesol, Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court; Hoffer/Hoffer/Hull, The Federal Courts, 291 ff. Zum „court-stripping“, dem immer wieder einmal politisch interessanten Versuch, die Jurisdiktion der Bundesgerichte insgesamt oder jedenfalls die des Supreme Court durch Gesetz einzuschränken, und zu Gegenargumenten, vor allem aus der Due Process Klausel, vgl. Redish/Sherry/Pfander, Federal Courts, 104 ff.

22 Wright/Kane, Federal Courts, 1.

23 Vgl. Chemerinsky, § 2.1 (S. 33); Strauss, Justice, 155 ff. mit Hinweis auf die vom Administrative Office of the United States Courts unterhaltene Website.

24 Crowe, in: Tushnet/Graber/Levinson, U.S. Constitution, 197: „The federal judiciary is perhaps the premium site of constitutional politics in America“.

25 Tribe, American Constitutional Law, § 3–7; Wright/Kane, Federal Courts, §§ 12–15.

26 547 U.S. 332, 341 (2006) *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*: „no principle is more fundamental to the judiciary’s proper role in our system of government than the constitutional limitation of federal-court jurisdiction to actual cases or controversies“.

27 Vgl. Strauss, Justice, 427 ff.; Brugger, Einführung, 246 ff.; → 4/50 ff und 4/69 ff.

- Außerdem müssen die Streitfälle, sollen sie in die Zuständigkeit der Bundesgerichte fallen, bestimmten inhaltlichen Anforderungen entsprechen. Hier spielen die Begriffe „*federal question*“ und „*diversity of citizenship*“ eine wichtige Rolle.²⁸

Das Erfordernis des Fallbezuges, die Konzentration auf das Bundesrecht und die Ausrichtung auf ganz bestimmte Parteienkonstellationen sind Schutzelemente der vertikalen ebenso wie der horizontalen Gewaltenteilung. Sie sind konstitutiv für die Jurisdiktionsgewalt der Bundesgerichte. Über den so abgesteckten Bereich hinaus darf auch der Kongress ihre Aufgaben nicht ausdehnen. Die Bundesgerichte sind „*courts of limited jurisdiction*“.²⁹ Darin unterscheiden sie sich von den Gerichten der Einzelstaaten, die generelle Jurisdiktionsgewalt haben. 13

2. Die „legislative courts“ des Art. I der Verfassung

Nach Art. I sect. 8 cl. 9 kann der Kongress außerdem „*Tribunals inferior to the Supreme Court*“ schaffen. Er ist bei ihrer Gründung nicht an die Jurisdiktionsgrenzen des Art. III sect. 2 U.S.-Verf. gebunden.³⁰ Ihre Richter genießen nicht die den Richtern an den „*judicial courts*“ von Verfassungswegen zukommenden Gewährleistungen. Der Kongress kann sie aber einfach-rechtlich mit ähnlichen Unabhängigkeitsgarantien ausstatten. Hierher gehören z. B. der United States Tax Court und der United States Court of Federal Claims.³¹ 14

II. Zuständigkeiten und Instanzenzug der Bundesgerichte

Die Bundesgerichte formen ein eigenes Instanzengefüge, dessen Zentrum der Supreme Court, die Courts of Appeals und die District Courts bil- 15

28 Zum Folgenden *Wright/Kane*, Federal Courts, §§ 17–22A und §§ 23–31; → unten 4/21–23.

29 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 7: „The presumption is that the court lacks jurisdiction in a particular case until it has been demonstrated that jurisdiction over the subject matter exists“.

30 Für sie gilt die Beschränkung auf das „*cases or controversies*“ Erfordernis nicht, so dass sie auch Entscheidungen treffen können, die nur einen empfehlenden Gehalt haben, *Nowak/Rotunda*, § 2.1(b).

31 26 U.S.C. § 7441 und 28 U.S.C. § 171; auch → 4/168.

den.³² Neben diesen Gerichten existieren weitere Bundesgerichte, die vom Kongress auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Organisationskompetenzen geschaffen worden sind: so z. B. der Court of International Trade, der ein Gericht im Sinne des Art. III ist,³³ oder aber die genannten Art. I courts. Diese Gerichte sind nur erstinstanzliche Gerichte. Gegen ihre Entscheidungen ist das Rechtsmittel des „appeal“ gegeben, durch das der Prozess in zweiter Instanz in den allgemeinen Instanzenzug gelangt.³⁴ Das Zusammenspiel der Bundesgerichte ist alles andere als einfach zu durchschauen. Die Ansicht, ein monistisch organisiertes Gerichtswesen erspare lange Überlegungen über den einzuschlagenden Rechtsweg, ist jedenfalls für die USA schon im Blick auf die Vielfalt der Bundesgerichte unzutreffend.

- 16 Für den *Supreme Court* zeichnet die Verfassung in Art. III sect. 2 cl. 2 U.S.-Verf. die Grundzüge der Zuständigkeitsordnung selbst vor, die in 28 U.S.C. §§ 1251–1257 einfachrechtlich weiter ausgeformt sind. Seine Hauptaufgabe ist es, über Rechtsmittel gegen Urteile der Berufungsgerichte und (unter gewissen Voraussetzungen) auch der obersten einzelstaatlichen Gerichte zu entscheiden.³⁵ Die Parteien haben allerdings keinen Anspruch, sondern müssen Schutz im Wege einer „petition for a writ of certiorari“ nachsuchen (28 U.S.C. §§ 1254 und 1257).³⁶ Der Supreme Court entscheidet über die Annahme nach Ermessen. Vorrangig geht es darum, Divergenzen in

32 Zum Folgenden vgl. *Strauss*, Justice, 155 ff.; *Loewenstein*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 442 ff.; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 106 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 101 ff.

33 28 U.S.C. §§ 251–258. In diese Gruppe gehören ferner der U.S. Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) nach 50 U.S.C. Chap. 36 und der U.S. Terrorist Removal Court nach 8 U.S.C. §§ 1532–1537, die nicht über eigene Richter verfügen, sondern sich aus Richtern von „district courts“ zusammensetzen; vgl. *Wright/Kane*, Federal Courts, § 5.

34 So nach 28 U.S.C. § 1295(a)(3) und (5) für die Endentscheidungen des US Court of Federal Claims und des US Court of International Trade: exklusive Zuständigkeit des United States Court of Appeals for the Federal Circuit.

35 *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 7: „doppelte Funktion als oberste Revisionsinstanz“; vgl. → 4/25–26. Neben der Hauptzuständigkeit als Rechtsmittelgericht weist 28 U.S.C. § 1251 dem Supreme Court einige (wenige) Fälle von „original jurisdiction“ zu, so vor allem die Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen Bundesstaaten. Jüngster Fall war der Versuch von Texas, die Ordnungsgemäßheit der Präsidentenwahl vom November 2020 in einigen anderen Bundesstaaten in Zweifel zu ziehen; der Supreme Court ließ den Versuch mit einem knappen Hinweis auf die nicht dargetane Klagebefugnis scheitern, 592 U.S. (Order in pending case 155, orig. December 11, 2020) *Texas v. Pennsylvania, Georgia, Michigan and Wisconsin*.

36 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 106.

der Rechtsprechung einzudämmen. Generell wird eine restriktive Linie verfolgt.³⁷ Die Wahrung der Rechtseinheit ist auch angesichts der begrenzten Ressourcen des Supreme Court ein erhebliches Problem.

Die *Courts of Appeals*, deren Organisation in 28 U.S.C. §§ 42–49 festgelegt ist, sind vor allem Rechtsmittelgerichte, die über „appeals“ gegen die Endurteile der „district courts“ zu entscheiden haben (28 U.S.C. § 1291).³⁸ Dabei geht es grundsätzlich nur noch um Rechtsfragen. Das Fachrecht kennt daneben auch erstinstanzliche Zuständigkeiten der „courts of appeals“. Entschieden wird regelmäßig in der Besetzung von drei Richtern. Eine herausgehobene Bedeutung speziell im Verwaltungsrechtsschutz kommt angesichts der vielen in Washington ansässigen Bundesbehörden praktisch dem Court of Appeals for the District of Columbia Circuit zu.³⁹ 17

Die *District Courts* bilden die Basis des föderalen Justizsystems.⁴⁰ Die Gerichtsbezirke und die Zahl der für jeden Bezirk zu ernennenden Richter sind in 28 U.S.C. §§ 81–131 im Einzelnen vorgegeben. Wie alle Richter an den „Art. III courts“ werden die Richter vom Präsidenten mit Zustimmung des Senats auf Lebenszeit ernannt. Soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, gilt für „district courts“ das Einzelrichterprinzip. 18

III. Die Abgrenzung zu den Gerichten der Bundesstaaten

Ist schon das Zusammenspiel der allgemeinen mit den speziellen Bundesgerichten nicht einfach zu durchschauen, so wird die Sache noch einmal komplizierter, wenn es um die Grenzziehung zu den Gerichten der Einzelstaaten geht.⁴¹ Die Bundesgerichte haben Jurisdiktionsgewalt nur, soweit sie ihnen durch die Verfassung oder durch die Gesetze im Rahmen der Verfassung eingeräumt ist. Soweit das nicht der Fall ist, ist eine Zuständigkeit 19

37 Supreme Court Rules, Rule 10: „A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law“. Zur restriktiven Praxis *Nowak/Rotunda*, § 2.4(b) (S. 29); ähnlich *Strauss*, Justice, 160 und 168 f.

38 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 101; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 108; zu den Prüfungsmaßstäben *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 103.

39 Vgl. *Strauss*, Justice, 168; *D. Halberstam*, in: Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson, Comparative Administrative Law, 139, 141 („*de facto* ‚special tribunal‘ for administrative law“).

40 Vgl. *Wright/Kane*, Federal Courts, § 2.

41 Vgl. nur *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 106 ff.

einzelstaatlicher Gerichte in Betracht zu ziehen. Aber auch dort, wo eine Zuständigkeit der Bundesgerichte besteht, sind konkurrierende Zuständigkeiten der Staatengerichte denkbar, es sei denn, die Bundeszuständigkeit ist ausdrücklich oder dem Sinne nach als eine exklusive Zuständigkeit ausgewiesen.⁴²

1. Ein Geflecht von Rechtswegklauseln

- 20 Das Feld wird beherrscht von einer Vielzahl unterschiedlich weit gefasster Rechtswegklauseln. So sind die Bundesgerichte etwa zuständig für Patent-, für Schifffahrts- und für Postangelegenheiten (28 U.S.C. § 1333, 1338 und 1339). Zuständig sind sie außerdem für alle Streitigkeiten, in denen die Vereinigten Staaten selbst Partei sind (28 U.S.C. § 1345 und 1346). Wichtige Zuständigkeiten besitzen sie außerdem für die sog. „civil rights cases“, in denen es um Verletzungen von Rechten der Bundesverfassung durch einzelstaatliches Handeln geht (28 U.S.C. § 1343).⁴³ Besonders weit gefasst und mit zahlreichen Auslegungsproblemen belastet sind die „federal question“ (a) und die „diversity of citizenship“ Klausel (b).⁴⁴ Eine Generalklausel, die in der Art des § 40 Abs. 1 VwGO alle Streitigkeiten in Verwaltungssachen erfassen soll, existiert dagegen nicht.

a) „federal question“

- 21 Die Verfassung ermächtigt, den Bundesgerichten Jurisdiktionsgewalt für alle Streitigkeiten, „arising under the Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority“ zu übertragen. Entsprechend bestimmt 28 U.S.C § 1331: „The district courts shall have original jurisdiction of all civil actions arising under the Constitution, laws, or treaties of the United States“. Nach welchen Kriterien das Tatbestandsmerkmal „arising under“ zu bestimmen ist, ist mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Das wird niemanden verwundern, der zum Vergleich das deutsche Revisionsrecht und hier den § 137 Abs. 1

42 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 45.

43 Dazu *Wright/Kane*, ebd., § 22A. Leitfall ist 365 U.S 167 (1961) *Monroe v. Pape*; → 4/154–157.

44 Zum Folgenden *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 111 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 105; *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 40 ff.

VwGO heranzieht, demgemäß die Revision nur darauf gestützt werden kann, dass das angefochtene Urteil auf einer Verletzung von Bundesrecht „beruht“. Die Handhabung dieses Tatbestandsmerkmals zeigt, wie sehr die Gerichte abstrakte Festlegungen vermeiden und sich auf punktuelle Aussagen beschränken. Die Fallkonstellationen, in denen Bundes- und Landesrecht sich verschränken oder das Bundesrecht sonst auf landesrechtliche Vorgänge einwirkt, sind zu vielgestaltig, als dass feste Abgrenzungskriterien geboten werden könnten. In der Literatur wird von einem „pragmatischen Umgang“ gesprochen.⁴⁵

Ein solcher Umgang kennzeichnet auch die Judikatur des Supreme Court, 22 wenn es um die „federal question“ geht: Deutete sich zunächst eine weite Interpretation an,⁴⁶ so verengte sich die Auslegung in der Folgezeit auf die Normen, die für den Streitgegenstand entscheidend sind.⁴⁷ Die Relevanz des Bundesrechts muss sich schon aus der Klage ergeben („well-pleaded complaint rule“).⁴⁸ Sind bundesrechtliche Normen danach erst für die Einwände des Beklagten relevant, so soll das nicht ausreichen, um eine Zuständigkeit der Bundesgerichte zu begründen. Stellt sich später heraus, dass der Kläger doch kein bundesrechtlich verbrieftes Recht hat, scheitert die Klage nicht an der Zulässigkeit, sondern an der Begründetheit. Nach neuerer Rechtsprechung soll es in den schwierigen Fällen, in denen die Klage zwar auf einzelstaatlichem Recht beruht, aber erhebliche bundesrechtliche Implikationen aufweist, auf Kriterien ankommen, die in eine Folgenabschätzung einmünden.⁴⁹

45 So M. Eichberger/J. Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 137 Rn. 10.

46 So 22 U.S. 738, 823 (1824) *Osborn v. Bank of the United States*: „when a question to which the judicial power of the Union is extended by the Constitution forms an ingredient of the original cause“.

47 241 U.S. 257, 260 (1916) *American Well Works Co. v. Layne & Bowler Co.*: „A suit arises under the law that creates the cause of action“. Weiter gefasst dann allerdings erneut in *Smith v. Kansas City Title & Trust Company* 255 U.S. 180, 202 (1921), vgl. dort aber auch Holmes J., diss. 214–215.

48 Krit. dazu *Wright/Kane*, Federal Courts, § 18.

49 545 U.S. 308, 319 (2005) *Grable & Sons Metal Products, Inc. v. Darue Engineering & Mfg.*: „Instead, the question is, does a state-law claim necessarily raise a stated federal issue, actually disputed and substantial, which a federal forum may entertain without disturbing any congressionally approved balance of federal and state judicial responsibilities“.

b) „diversity of citizenship“

- 23 Bundesgerichtliche Zuständigkeiten können außerdem für Streitigkeiten zwischen Bürgern unterschiedlicher Bundesstaaten begründet werden (28 U.S.C. § 1332). Rechtspolitisch ist die Regelung umstritten.⁵⁰ Jedenfalls erscheint das Misstrauen in die Neutralität der einzelstaatlichen Gerichte in Fällen, in denen Bürger anderer Staaten beteiligt sind, von dem Art. III sect. 2 U.S.-Verf. ausging, heute kaum noch gerechtfertigt. Eine grundlegende Reform oder die Abschaffung der Regelung hat sich jedoch bisher nicht durchsetzen lassen, obwohl die Bundesgerichte auf diesem Wege weit in die Auslegung einzelstaatlichen Rechts hineingezogen werden. Sie haben in diesen Fällen nämlich nur die prozessualen Fragen nach Bundesrecht zu entscheiden, während für die materiell-rechtlichen Fragen nach der *Erie-Doktrin* das geschriebene und das ungeschriebene Recht des jeweiligen Einzelstaates einschlägig sein soll.⁵¹

c) „jurisdictional removal“

- 24 Auch in den Fällen ausdrücklicher Zuweisung haben die Bundesgerichte allerdings regelmäßig keine ausschließliche, sondern nur eine konkurrierende Zuständigkeit. Eine bei einem einzelstaatlichen Gericht anhängig gemachte Klage kann jedoch auf Antrag des Beklagten an die Gerichte des Bundes gebracht werden: „*jurisdictional removal*“ (28 U.S.C. §§ 1441–1452).⁵² Für Klagen, die bei einem Bundesgericht anhängig gemacht sind, existiert die Möglichkeit, an das zuständige einzelstaatliche Gericht zu verweisen, nicht. Sie sind, wenn das Bundesgericht seine Jurisdiktion verneint, abzuweisen.

50 Ausführlich *Wright/Kane*, Federal Courts, § 23.

51 304 U.S. 64, 71 (1938) *Erie Railroad Co. v. Tompkins*; *Wright/Kane*, Federal Courts, §§ 55–60; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rn. 113; *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 34 ff.

52 Dazu *Wright/Kane*, Federal Courts, §§ 38–41; *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 48 ff.

2. Rechtsmittel gegen Entscheidungen einzelstaatlicher Gerichte

Rechtsmittel gegen Entscheidungen einzelstaatlicher Gerichte, die zu Bundesgerichten führen, sind für die amerikanischen Vorstellungen von einer föderalen Verfassungsordnung ein erhebliches Problem.⁵³ Dennoch waren solche Möglichkeiten in begrenztem Umfang bereits im Judiciary Act von 1789 vorgesehen. Heute gibt 28 U.S.C § 1257 dem Supreme Court die Befugnis, unter bestimmten Voraussetzungen Entscheidungen einzelstaatlicher Gerichte auf Grund einer „petition for a writ of certiorari“ zu überprüfen. Erfasst sind aber nur einzelstaatliche *Höchstgerichte*. Dieser Begriff wird funktional ausgelegt. Gemeint sind Entscheidungen von Gerichten, die mit anderen Rechtsmitteln nicht mehr angegriffen werden können. Das kann u. U. auch ein Gericht sein, das im normalen Instanzenzug weit unten angesiedelt ist. 28 U.S.C § 1257 greift allerdings nur, wenn es sich um eine endgültige Entscheidung („final judgement“) eines solchen Gerichts handelt. 25

Entscheidend ist, ob die einzelstaatliche Entscheidung in substantieller Weise Bundesrecht betrifft. Diese „*federal question*“ kann sich aus mehreren Gründen stellen: vor allem dann, wenn die Gültigkeit von Bundesgesetzen in Zweifel gezogen wird, aber auch dann, wenn es um Rechte oder Vergünstigungen geht, die im Bundesrecht ihre Grundlage haben. Auch hier stellen sich schwierige Abgrenzungsfragen, wenn die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils Bundes- und Staatenrecht miteinander verwoben haben. Lässt sich die Entscheidung auf unabhängige Gründe des einzelstaatlichen Rechts stützen, ist sie durch den Supreme Court nicht überprüfbar.⁵⁴ Hat sich das Staatengericht aber etwa durch Bundesrecht für verpflichtet gehalten, einzelstaatliches Recht in einer bestimmten Weise auszulegen, so unterfällt die Entscheidung dem 28 U.S.C § 1257.⁵⁵ Dass die Vorschrift nur ausnahmsweise zu einer bundesgerichtlichen Überprüfung einzelstaatlicher Gerichtsentscheidungen führt, liegt weniger an eng gefassten Tatbestandsmerkmalen als daran, dass der Supreme Court bei „certiorari“ nach restriktiven Maßstäben verfährt. 26

53 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 107 (S. 705 f.).

54 Zu dieser „Adequate and independent state ground“ Doktrin *Redish/Sherry/Pfander*, Federal Courts, 1011 ff.

55 *Wright/Kane*, Federal Courts, § 107 (S. 717).

IV. Exkurs: Die Stellung des Administrative Law Judge (ALJ)

- 27 Nicht zum Gerichtssystem des Art. III der U.S.-Verf. zählen die Administrative Law Judges. Sie verfügen folglich auch nicht automatisch über die Garantien sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit, die den Richtern des „judicial branch“ zustehen. ALJs gehören zur Exekutive, haben dort aber einen besonderen Status.⁵⁶

1. Entwicklungen

- 28 Die Frage, inwieweit den mit den Aufgaben des „hearing“ betrauten Beamten in den Behörden eine neutrale, von der hauseigenen Politik abgekoppelte Stellung eingeräumt werden sollte, spielte bereits bei der Schaffung des APA eine wichtige Rolle.⁵⁷ Sect. 11 der ursprünglichen Fassung von 1946 normierte für die „examiners“ Grundelemente für eine unabhängigere Stellung. 1978 wurde der Begriff „examiner“ durch den Begriff „administrative law judge“ ersetzt. Heute finden sich die entsprechenden Vorschriften an unterschiedlichen Stellen von Title 5 U.S.C.: § 3105 verpflichtet jede Behörde, ALJs in einer dem Arbeitsanfall entsprechenden Anzahl zu bestellen. Ist das geschehen, so sollen die zur Behandlung anstehenden Fälle möglichst nach dem Rotationsprinzip verteilt werden. Ein ALJ darf keine sonstigen Tätigkeiten ausüben, die mit seinen Pflichten als Richter unvereinbar sind. § 5372 trifft Regelungen zur Besoldung der ALJs. Schließlich legt § 7521 fest, dass ein ALJ nur aus eng definierten Gründen und nur unter Beachtung besonderer Verfahrensregeln seines Amtes enthoben oder sonst disziplinarisch belangt werden darf.⁵⁸ Gegenüber einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme genießen ALJs wie Richter allgemein absolute Immunität.⁵⁹ Das Office of Personal Management (OPM) und das Merit Systems Protection Board sind ermächtigt, rahmensetzende Vorschrif-

⁵⁶ Strauss, Justice, 184–187. Vgl. → 3/123–125.

⁵⁷ Vgl. Attorney General’s Committee Report S. 46: „These officials should be men of ability and prestige and should have tenure and salary which give assurance of independence of judgement“. Im Einzelnen zur Entwicklung Schwartz, § 6.11 – 6.14; R. L. Weaver/L. D. Jellum, Neither Fish nor Fowl: Administrative Judges in the Modern Administrative State, 28 Windsor Yearbook of Access to Justice, 243, 247–250 (2010).

⁵⁸ Dazu ergänzend die Verfahrensregelungen für das Merit Systems Protection Board in 5 C.F.R. § 1201 (2007).

⁵⁹ 438 U.S. 478, 513–515 (1978) *Butz v. Economou*; vgl. auch → 4/141 und 156.

ten zu erlassen und auch für die erforderliche Spezialausbildung der ALJs zu sorgen (§ 1305).

Auf einzelstaatlicher Ebene ist die Verselbständigung weiter fortgeschritten. Hier sind die ALJs oft ganz aus den Fachbehörden herausgelöst und in einer eigenen Organisation zusammengeschlossen worden.⁶⁰ Art. 6 MSA-PA 2010 stellt dazu mit dem „Office of Administrative Hearings“ ein Strukturmodell zur Verfügung, in dem die Ernennung der ALJs einem Chief Administrative Law Judge übertragen ist, der in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Fachbehörden auch die Geschäftsverteilung regelt und die Aufsicht über die ALJs führt. Darin kann eine Tendenz zum Aufbau einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit gesehen werden, deren Richter auf Dauer ein von der Verwaltung klar abgesetztes „richterliches“ Selbstverständnis entwickeln.

Auch für die Bundesebene sind solche „central panel“- oder „administrative court“-Modelle immer wieder vorgeschlagen worden. Eine Möglichkeit, ALJs zu einer (relativ) eigenständigen Institution zu entwickeln, könnte Art I sect 8 cl. 9 der U.S.-Verf. bieten, der es dem Kongress gestattet, „tribunals“ einzurichten (→ 4/14). Entsprechende Überlegungen haben sich jedoch für die Bundesverwaltung allgemein (anders als etwa im Steuerrecht) nicht durchsetzen lassen, gerade weil man eine kategoriale Trennung des ALJ von der Verwaltung und ein Abwandern in den Bereich der Justiz nicht wollte.⁶¹

2. Aufgaben

Welche Aufgaben der ALJ innerhalb der Verwaltungsverfahren wahrzunehmen hat, ergibt sich vorrangig aus dem Fachrecht, in allgemeiner Form aus §§ 556 und 557 APA bzw. § 606 MSAPA 2010. Es sind also regelmäßig förmliche Verfahren, in denen ALJs eingesetzt werden. Die große Menge täglicher Verwaltungsentscheidungen gehören nicht dazu; die dort mit den erforderlichen Anhörungen betrauten Beamten (oft als „judges“ bezeichnet

60 Vgl. J. F. Flanagan, An Update on Developments in Central Panels and ALJ Final Order Authority, 38 Ind. L. Rev. 401 (2005).

61 Dazu R. L. Weaver/L. D. Jellum (Fn. 57), 28 Windsor Yearbook of Access to Justice, 243, 252–255 (2010); Strauss, Justice, 186 f.

net) sind keine ALJs; ihr Status variiert nach Maßgabe des einschlägigen Fachrechts.⁶²

- 32 In den ihnen zugewiesenen förmlichen Verwaltungsverfahren besitzen die ALJs weitreichende Befugnisse der Verfahrensleitung. Ob darüber hinaus auch die von ihnen formulierte Sachentscheidung endgültig ist oder für die Behördenleitung nur empfehlenden Charakter hat, regelt das Fachrecht unterschiedlich. Nach § 557(b) APA erlangt eine Entscheidung des ALJ die Kraft einer endgültigen Entscheidung, wenn nicht Widerspruch eingelegt wird oder die Behörde sich nicht sonst zu einer Überprüfung entschließt.⁶³ Anders als man es, aus der deutschen Rechtsschutztradition kommend, erwarten sollte, sind ALJs danach keine nachgeschalteten Kontrollinstanzen, sondern vorgeschaltete Instanzen, denen Aufgaben bei der Konstituierung der richtigen Tatsachengrundlage anvertraut sind.⁶⁴
- 33 Die Fülle der Befugnisse, die ALJs besitzen können, hat zu der Frage veranlasst, ob ihre Ernennung gem. der Appointment Clause (Art. II sect. 2 cl. 2 der U.S.-Verf.) durch die Behördenleitung oder mindestens eine von ihr förmlich dazu ermächtigte Stelle erfolgen muss. Die amerikanische Theorie folgt hier ähnlichen Vorstellungen von einer „Legitimationskette“, wie sie die deutsche Lehre unter dem Begriff der personell-organisatorischen Legitimation konstruiert. Entscheidend ist danach, ob ALJs als „officers of the United States“ zu qualifizieren sind. Nach herrschender Ansicht sollen darunter nur diejenigen fallen, die eine rechtlich begründete, dauerhafte Stelle innehaben und eine hinreichend gewichtige Funktion ausüben.⁶⁵ In *Lucia et al. v. Securities and Exchange Commission* bejaht die Mehrheit des Supreme Court das für die ALJs der SEC zwar, muss dazu allerdings die Aufgaben und Befugnisse, die ALJs nach dem einschlägigen Recht haben, sehr detailliert analysieren und bewerten.⁶⁶ Zwei Richter weisen gegenüber diesem Ansatz darauf hin, dass es der Appointment Clause ganz gene-

62 M. Asimow, Five Models of Administrative Adjudication, 63 Am. J. Comp. L. 3, 12 (2015); Breyer/Stewart, 728: Beispiele sind die im Asylrecht tätigen „immigration judges“ und die im Department of Veterans Affairs tätigen „hearing officers“.

63 Zu den Detailregelungen im MSAPA 2010 → 3/130–132.

64 Vgl. Cane, Controlling, 180 f. („initial decision model“); dort aber auch der Hinweis, dass sich die Funktion des ALJ etwa im Sozialrecht gegenüber dem APA hin zu einem „review model“ verschoben habe.

65 99 U.S. 508, 511 (1878) *United States v. Germaine*: „a continuing position established by law“, und 424 U.S. 1, 26 (1976) *Buckley v. Valeo*: „significant authority“, Roßbach, Personalverfassungsrecht, 382 ff.

66 585 U.S. __ (2018)(slip op. at 6) *Lucia v. SEC* und Bezugnahme auf 501 U.S. 868 (1991) *Freytag v. Commissioner*.

rell um Verantwortlichkeiten gehe und es deshalb nicht auf die Wichtigkeit der wahrgenommenen Funktionen ankommen könne.⁶⁷ Unbeschadet dieser Differenzen in der Begründung ist es plausibel, ALJs als „officers“ i. S. von Art. II sect. 2 cl. 2 der U.S.-Verf. einzustufen und für die Befugnis zu ihrer Ernennung eine förmliche Delegation zu verlangen. Nicht endgültig geklärt ist allerdings, ob dann die gestufte Regelung ihrer Amtsenthebung (5 U.S.C § 7521) eine zu weit gehende Einschränkung der „removal power“ des Präsidenten darstellt.⁶⁸

B. Die Gewährleistung des Zugangs zu Gericht

Art. III sect. 1 U.S.-Verf. vertraut die rechtsprechende Gewalt der Vereinigten Staaten einem Supreme Court und solchen Untergerichten an, die der Kongress einrichten kann. Die Einrichtungskompetenz des Kongresses ermächtigt auch dazu, die Jurisdiktion der von ihm eingerichteten Gerichte zu begrenzen. Eine umfassende Rechtsschutzgarantie gegen Akte der öffentlichen Gewalt nach Art des Art. 19 Abs. 4 GG findet sich in der amerikanischen Verfassung nicht. 34

Auf das Ganze gesehen ist die Lage ambivalent: Während im Staatshaftungsrecht unter Bezugnahme auf die „sovereign immunity“ Doktrin eine restriktive Tendenz vorherrscht (→ 4/143–147), gibt es für den abwehrrechtlichen Primärrechtsschutz mehrere positive Anknüpfungen.⁶⁹ So sichert die Due Process Klausel des V. und des XIV. Zusatzartikels einen Grundstandard verfahrensrechtlicher Sicherungen, zu denen auch der Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren gehört (→ 3/19). Allerdings betrifft der Due Process nur bestimmte Rechte („life, liberty, or property“), in die zudem in bestimmter Weise eingegriffen sein muss („deprived“). Wie der Gerichtsschutz im Einzelnen ausgeformt sein muss, liegt nicht endgültig fest, sondern hängt von der jeweiligen Rechtsschutzsituation ab und wird von den Gerichten nach Maßgabe des *Mathews* Test bestimmt, ohne dass 35

67 585 U.S. __ (2018)(slip op. at 2) *Lucia v. SEC* Thomas J., dem Gorsuch J. beitrifft: „As explained, the importance or significance of these statutory duties is irrelevant“.

68 Dazu 585 U.S. __ (2018)(slip op. at 4–9) *Lucia v. SEC*, Breyer, J. diss. unter Bezugnahme auf 561 U.S. 477 (2010) *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board*.

69 Vgl. nur *Strauss*, Justice, 155 ff., 419 ff. und 458 ff.; *Gellhorn*, 1342 ff.

sich ein fester Standard formulieren ließe.⁷⁰ Die Verfassung kann außerdem ins Spiel kommen, wenn der Streit um einzelne verfassungsrechtliche Rechte, z. B. die Religionsfreiheit oder die Meinungsfreiheit, geht und diese wirksam gegen Zugriffe abgesichert werden müssen. Eine verfassungsrechtliche Auffangposition, auf die für alle anderen Fälle zur *Lückenschließung* zurückgegriffen werden könnte, besteht dagegen nicht.

I. Die Überprüfbarkeit von Verwaltungsentscheidungen als Grundsatz

- 36 Die Grundlagen des Zugangs zu Gericht sind vorrangig dem einfachen Recht zu entnehmen.⁷¹ An erster Stelle steht hier das *Fachrecht*, stehen vor allem die Gesetze, die eine bestimmte Behörde schaffen und mit einer bestimmten Verwaltungsaufgabe betrauen. Diese „*organic statutes*“ treffen in vielen Fällen auch Festlegungen darüber, wie die behördlichen Entscheidungen gerichtlich anzugreifen sind. Das kann entweder in einer für den jeweiligen Sachbereich umfassenden Weise geschehen. Die Aussagen des Fachrechts können sich aber auch darauf beschränken, Rechtsschutz nur für ganz bestimmte Entscheidungen vorzusehen. Letzteren Falles können sich komplizierte Fragen der Auslegung ergeben, inwieweit für die nicht erfassten Entscheidungen auf die allgemeinen Vorschriften der Rechtsweg-eröffnung zurückgegriffen werden darf (→ 4/42–46).
- 37 Unter den Regelungen, die sich *in allgemeiner Weise* mit dem Gerichtsschutz beschäftigen, sind es die §§ 702–706 APA, die hier Aufmerksamkeit verdienen. § 702 APA statuiert: „A person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof“. Daran anschließend legt § 704 APA fest: „Agency action made reviewable

70 *Pierce*, Process, § 5.1.3. („minimum procedural safeguards“). Anschaulich 542 U.S. 507, 529–536 (2004) *Hamdi v. Rumsfeld*: Ein im Zuge des „war on terrorism“ gefangen Gehaltener, der sich gegen seine Einstufung als „enemy combatant“ wendet, muss über die Tatsachengrundlage für diese Klassifizierung informiert werden und eine faire Möglichkeit erhalten, „to rebut the Government’s factual assertions before a neutral decisionmaker“; dabei können Beweise vom Hörensagen benutzt werden, und es mag auch ein Militärgericht ausreichen, um den geforderten Rechtsschutz zu gewährleisten. Strenger (mit Rückgriff auf die Habeas Corpus Garantie) 553 U.S. 723, 771–798 (2008) *Boumediene v. Bush*. Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Hickman/Pierce*, 332 ff.; *Redish/Sherry/Pfander*, Federal Courts, 164 ff.

71 Zum Folgenden systematisch *Gellhorn*, 1193 ff.

by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court are subject to judicial review“. Diese Vorschriften können als Ausdruck eines Verzichts auf den „sovereign immunity“ Einwand und als positiv-rechtliche Normierung einer „*basic presumption of reviewability*“ genommen werden.⁷² Für den gerichtlichen Rechtsschutz in den Bundesstaaten findet sich in § 501(b) MSAPA 2010 eine noch deutlichere Regelung.⁷³

II. Die Ausnahmen des § 701 APA

Allerdings sind in § 701(a) APA zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Kontrollzugänglichkeit festgelegt. In der ersten Alternative ergibt sich der Ausschluss aus einer gesetzlichen Vorschrift (1), in der zweiten Alternative aus dem Charakter der zu überprüfenden Entscheidung (2). 38

1. „Statutes preclude judicial review“

Dem Kongress ist es grundsätzlich nicht verwehrt, den Rechtsweg auszuschließen oder zu beschränken. Einer besonderen verfassungsrechtlichen Gestattung, wie sie in Art. 10 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG festgelegt ist, bedarf es dazu nicht. Der Ausschluss kann ausdrücklich, er kann aber auch implizit geschehen.⁷⁴ 39

a) Explizite Ausschlüsse

Wenn der Gesetzgeber durch eine klar formulierte Regelung den Zugang zum Gericht ausgeschlossen hat, so ist das von den Gerichten hinzunehmen. Seit den 1960er Jahren verfolgt die Rechtsprechung allerdings die Tendenz, solche Ausschlüsse möglichst eng zu interpretieren. Jedenfalls soll die Charakterisierung einer Verwaltungsentscheidung als „final and 40

72 So etwa 591 U.S. __ (2020) (slip. op. at 9) *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*. Das gilt allerdings nicht für Schadensersatzklagen; dazu → 4/147.

73 MSAPA § 501(b): „Except to the extent that a statute of this state other than this [act] limits or precludes judicial review, a person that meets the requirement of this [article] is entitled to judicial review of a final action“.

74 Zum Folgenden *Hickman/Pierce*, 796 ff.; *Gellhorn*, 1302 ff.

conclusive“ noch nicht notwendig einen gesetzlichen Ausschluss späterer gerichtlicher Kontrolle indizieren.⁷⁵

- 41 Eine mögliche Begründung für diese Tendenz können zum einen *verfassungsrechtliche* Überlegungen sein: Wenn der Ausschluss der Überprüfbarkeit dazu führen würde, dass der Kläger auch solche Rechte nicht durchsetzen könnte, die ihm nach der Verfassung zustehen, oder ein Gericht die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nicht prüfen dürfte, könnten sich ernstliche Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen gesetzlichen Regelung ergeben. Der Supreme Court hat eine solche Konfliktsituation im Urteil *Johnson v. Robison* angedeutet und auf den Weg einer verfassungskonformen Auslegung des Ausschlusses verwiesen.⁷⁶ Er brauchte diese Überlegungen aber nicht weiter zu verfolgen, weil sich schon durch die wörtliche Auslegung der entsprechenden *gesetzlichen* Ausschlussklausel begründen ließ, dass der Kläger mit seinem Rechtsschutzbegehren nicht ausgeschlossen war.⁷⁷ Der Konflikt zwischen Verfassung und Gesetz, Gerichten und Gesetzgeber, konnte so vermieden werden. Diese Linie, das Problem auch dort, wo verfassungsrechtliche Rechtspositionen betroffen sind, möglichst auf der Ebene des einfachen Rechts und mit den einfachrechtlichen Methoden seiner Auslegung zu lösen, dominiert die Praxis der Gerichte. Dass der Wortlaut dabei gelegentlich überspannt wird, ist eine nicht von der Hand zu weisende Kritik.⁷⁸

b) Implizite Ausschlüsse

- 42 Ein Rechtswegausschluss kann sich nach der Judikatur allerdings auch implizit aus dem gesetzlichen Regelungssystem ergeben. Das kann dann der

75 *Strauss*, Justice, 419 f.

76 415 U.S. 361, 367 (1974): „and in such a case, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the [constitutional] question[s] may be avoided“, unter Bezugnahme auf 402 U.S. 363, 369 (1971) *United States v. Thirty-Seven Photographs*.

77 415 U.S. 361, 368–373 (1974) *Johnson v. Robinson* unter Rückgriff auf die Verwaltungspraxis und die Entstehungsgeschichte der Norm. Im Ergebnis ebenso 486 U.S. 592, 604 (1988) *Webster v. Doe* (betr. Bestimmungen des National Security Act von 1947); vgl. aber auch die Kritik an der Unterscheidbarkeit eines einfachrechtlichen von einem verfassungsrechtlichen Prüfungsraster, Scalia, J. diss. dort 611–613.

78 Vgl. zu den Habeas Corpus Fällen in Folge des „war on terrorism“ und zu ihrer Kritik durch Justice Scalia die Nachweise bei *Gellhorn*, 1323 ff.

Fall sein, wenn ein Gesetz ein gerichtliches Rechtsmittel nur für bestimmte Verwaltungsentscheidungen vorsieht, über die Behandlung anderer Entscheidungen aber schweigt. Ist das ein beredtes Schweigen, oder hat der Gesetzgeber die Frage offen lassen wollen? Hat er sie vielleicht sogar ganz übersehen? Die Rechtsprechung verlangt hier, dass für einen Ausschluss „clear and convincing evidence“ bestehen müsse. Interpretationsleitende Kriterien für die Auslegung des jeweiligen Fachgesetzes sind neben dem Gesetzeswortlaut die Gesetzesgeschichte, Ziel und Struktur des Gesetzes und die Art der betroffenen Verwaltungsentscheidung.⁷⁹

Grundlegend zu dieser Frage ist die Rechtssache *Abbott Laboratories v. Gardner* aus dem Jahre 1967.⁸⁰ Der Sachverhalt ähnelt demjenigen, den fast zwei Jahrzehnte später das Bundesverwaltungsgericht in seinem Transparenzlisten-Urteil zu entscheiden hatte:⁸¹ Beide Fälle entstammen dem Arzneimittelrecht. In beiden ging es um Maßnahmen, die der Kostensenkung im Gesundheitswesen dienen sollten, indem sie die Vergleichbarkeit von Arzneimitteln und der in ihnen verarbeiteten Wirkstoffe verbessern wollten. Während die amerikanische Behörde die Hersteller zu diesem Ziel durch Verordnungen verpflichtet hatte, auf den Verpackungen entsprechende Angaben vorzusehen, sollte in Deutschland eine beim Bundesgesundheitsamt gebildete Kommission Listen mit entsprechenden Qualitäts- und Preisangaben zusammenstellen und veröffentlichen. Zu diesen Listen waren die Hersteller aufgefordert, der Kommission Informationen zu ihren Arzneimitteln zur Verfügung zu stellen; andernfalls ihre Produkte nicht in die Liste aufgenommen würden. In beiden Ländern klagten betroffene Hersteller auf Unterlassung des Vollzuges der Verordnung bzw. der Publikation der vorgesehenen Transparenzliste.

Für das Bundesverwaltungsgericht waren Rechtsweg und Klageart kein Problem. Das für vorbeugende Unterlassungsklagen erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse bejahte es mit einem kurzen Hinweis auf die Irreversibilität einer einmal erfolgten Listenveröffentlichung. Die Hauptproblematik des Falles sah es in dem materiellen Problem eines gezielten faktischen Grundrechtseingriffs, für den eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage notwendig sei. Der Kläger obsiegte, weil es an einer solchen Grundla-

79 467 U.S. 340, 347 (1984) *Block v. Community Nutrition Institute*.

80 387 U.S. 136, 140 (1967) *Abbott Laboratories v. Gardner*; aus jüngerer Zeit 575 U.S. ____ (2015) (slip op. at 7–8) *Mach Mining, LLC v. EEOC*; 586 U.S. ____ (2018) (slip op. at 11–12) *Weyerhaeuser Co. v. United States Fish and Wildlife Service*.

81 BVerwGE 71, 183 ff.

ge fehlte. Das Urteil war eines der ersten Glieder in der Kette von Entscheidungen zum informationellen Verwaltungshandeln.⁸²

- 45 Der Supreme Court war in *Abbott Laboratories* zunächst mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass der einschlägige Food, Drug and Cosmetic Act zwar eine Reihe von Rechtsschutzmöglichkeiten für andere Fallkonstellationen, aber kein vorbeugendes Rechtsmittel gegen die umstrittenen Verordnungen („pre-enforcement review of the regulations“) vorsah. Gegenüber einem Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen der §§ 701–706 APA war daher der Einwand nicht von der Hand zu weisen, der FDCA indiziere damit, der Kongress habe weitere Klagemöglichkeiten versperren wollen. Diesem Einwand setzt der Supreme Court die Auffassung entgegen, der APA sei von einer „basic presumption for judicial review“ bestimmt. Zur Begründung verweist er auf seine frühere Rechtsprechung, die durch den Erlass des APA bestätigt worden sei, und auf die Materialien aus den parlamentarischen Beratungen des APA, in denen sich der Wille des Kongresses manifestiert habe, ein breites Spektrum von Verwaltungsentscheidungen dem Rechtsschutz zu öffnen. Den „generous review provisions“ des APA müsse – so wird weiter gefolgert – eine ‚hospitable‘ interpretation“ gegeben werden. Sie führt dazu, „that only upon a showing of ‘clear and convincing evidence’ of a contrary legislative intent should the courts restrict access to judicial review“.⁸³

An diesem Standard prüfte der Supreme Court sodann die Regelungen des FDCA und gelangte (wieder unter Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes) zu dem Ergebnis, dass sich ein Wille des Kongresses, den Rechtsschutz in den nicht geregelten Fällen zu beschränken, nicht hinreichend belegen lasse.⁸⁴ Dieser Standard prägt auch die folgende Rechtsprechung.⁸⁵

- 46 Verfassungsrechtliche Argumente spielten für diese rechtsschutzintensive Auslegung des APA keine Rolle. Die Gedankenführung des Gerichts bleibt

82 Vgl. dazu die Nachw. bei *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz, 202 ff. (Beispiel für eine Form „informationsbasierter Konflikte“).

83 387 U.S. 136, 141 (1967) *Abbott Laboratories v. Gardner*.

84 Die Sache wurde, nachdem der Supreme Court auch das Rechtsschutzinteresse der Kläger anerkannt hatte („ripeness“), an den Court of Appeals zur Entscheidung der materiellen Fragen zurückverwiesen.

85 421 U.S. 560, 567 (1975) *Dunlop v. Bachowski* („strong presumption“); ebenso 476 U.S. 667, 670 (1986) *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*; 588 U.S. ____ (2019), (Kavanaugh, J., conc. in judgement, slip op. at 6) *PDR Network, LLC v. Carlton & Harris Chiropractic, Inc.*

auch hier ganz auf der Ebene des einfachen Rechts. Dessen Interpretation ist entscheidend. Dazu konnte an das einige Jahre ältere Urteil *Rusk v. Cort* angeknüpft werden, das die Rechtsschutzbestimmungen des APA nach der Auslegungsregel von Sect. 12 des APA (in seiner ursprünglichen Fassung 1946) behandeln wissen wollte: „No subsequent legislation shall be held to supersede or modify the provisions of this Act except to the extent that such legislation shall do so expressly“.⁸⁶

Diese Vorgehensweise belässt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in den Fragen des Rechtsschutzes auch anders zu entscheiden, ohne durch Vorgaben gebunden zu sein, die die Gerichte unmittelbar aus der Verfassung ableiten. „The presumption of judicial review is, after all, a presumption, and like all presumptions used in interpreting statutes, may be overcome by specific language or specific legislative history“.⁸⁷ Dazu ist es erforderlich, dass sich der Wille des Kongresses zu einer Beschränkung des Rechtsschutzes hinreichend klar aus dem Regelungsgefüge des Gesetzes ergibt.⁸⁸

In Deutschland ist die Situation zwar insofern anders, als die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG einen gesetzlichen Ausschluss des Rechtsweges nicht zulässt. Aber in dem weiten Bereich möglicher Ausgestaltungen und Beschränkungen des Rechtsschutzes kann die vorsichtigere Art der Interpretation, die der Supreme Court praktiziert, auch für deutsche Gerichte durchaus interessant sein. Sie vermeidet eine „Über-Konstitutionalisierung“ des Rechtsschutzrechts, für die die in Deutschland beliebte Formel von der Rechtsschutzeffektivität anfällig ist. 47

2. „Committed to agency discretion by law“

Die Formulierung dieses zweiten Rechtswegausschlusses in § 701(a)(2) APA gilt als „cryptic“;⁸⁹ denn wären hier alle Ermessensentscheidungen erfasst, so bliebe angesichts der Häufigkeit und des Umfangs, in denen die Gesetze die Behörden mit Ermessensbefugnissen ausstatten, von der grundsätzlichen Überprüfbarkeit, von der der APA ausgeht, kaum etwas 48

86 369 U.S. 367, 372 (1962); 387 U.S. 136, 141 (1967) *Abbott Laboratories v. Gardner*.

87 476 U.S. 667, 673 (1986) *Bowen v. Michigan Academy of Family Physicians*.

88 Ebd. unter Bezugnahme auf 467 U.S. 340, 349, 351 (1984) *Block v. Community Nutrition Institute*; vgl. auch 575 U.S. __ (2015) (slip op. at 4–5) *Mach Mining, LLC v. EEOC*: die Last, das darzutun, sei „heavy“; ebenso 587 U.S. __ (2019) (slip op. at 10–11) *Smith v. Berryhill*.

89 So *Hickman/Pierce*, 810.

übrig.⁹⁰ Einer solchen Interpretation hat der Supreme Court in *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* jedoch entschieden widersprochen: die Ermessensklausel sei eine sehr eng auszulegende Ausnahme, die nur in seltenen Fällen anwendbar sei. Unter Rückgriff auf eine Formulierung, die bei den Beratungen des APA eine Rolle gespielt hatte, werden diese Fälle umschrieben als Umstände, in denen „statutes are drawn in such broad terms that in a given case there is no law to apply“.⁹¹ Eine Situation, in der die Verwaltung nach dem einschlägigen Recht über den Bau von Infrastrukturanlagen und damit im Zusammenhang stehende Trassenalternativen zu entscheiden hat, soll diese Anforderungen nach Auffassung des Gerichts jedenfalls nicht erfüllen.

- 49 Die „no law to apply“-Formel erscheint auf den ersten Blick als ein griffiges Abgrenzungskriterium. Sie findet sich in ähnlicher Weise gelegentlich auch in der deutschen Judikatur, wenn es heißt, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle könne „nicht weiter reichen als die materiell-rechtliche Bindung“ der Verwaltung.⁹² In beiden Rechtsordnungen zeigt sich jedoch, dass mit der Vorstellung vom Fehlen anwendbaren Rechts letztlich nicht viel gewonnen ist. In Gesetzgebungsstaaten, wie die USA und die Bundesrepublik sie darstellen, ist eine Situation, in der eine Verwaltungsentscheidung von rechtlichen Bindungen schlechthin frei ist, praktisch nicht denkbar. Der Ausschluss bzw. die Einschränkung ihrer Überprüfbarkeit kann folglich nicht aus dem faktischen Fehlen, sondern nur aus dem Regelungsauftrag des einschlägigen Rechts ermittelt werden. In den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts folgt auf den zitierten Passus sogleich der Hinweis auf die *normative Ermächtigungslehre*, die ihrerseits vor dem Hintergrund überkommener Fallgruppen zu interpretieren ist, in denen die gerichtliche Kontrolle aus funktionalen Gründen begrenzt ist. Ähnlich finden sich in der jüngeren amerikanischen Judikatur Ansätze, statt der „no law to apply“-Formel lieber in der Sache liegende Gesichtspunkte heranzu-

90 Ein so weit gefasster Ausschluss passte auch nicht zu § 706(2)(A) APA, der „abuse of discretion“ ausdrücklich als einen Gegenstand gerichtlicher Kontrolle benennt. Dazu → 4/115 ff.

91 401 U.S. 402, 410 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*; aus jüngster Zeit 588 U.S. ___ (2019) *Department of Commerce v. New York* (slip op. at 13–16); vgl. auch *Hickman/Pierce*, 815 ff.

92 So BVerfGE 88, 40 (56); ebenso 103, 142 (156) mit dem Zusatz: „Gerichtliche Kontrolle endet also dort, wo das materielle Recht der Exekutive in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben“.

ziehen, die einen Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle indizieren.⁹³ Genannt werden etwa der Erhalt administrativer Flexibilität und die bessere Eignung der Behörden (statt der Gerichte), Prioritäten bei der Verteilung nur pauschal bewilligter Geldleistungen zu setzen.⁹⁴ Die Ausschlussregelung des § 701(a)(2) APA fungiert so als ein Verweis auf die *Funktionsgrenzen* der Gerichtsbarkeit.⁹⁵ Signifikant bleibt der unterschiedliche dogmatische Kontext, in dem diese Grenzen thematisiert werden: in den USA geht es um den Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle, in Deutschland nur um deren geminderte Intensität.

C. Die Prozessvoraussetzungen im Überblick

Fragt man nach den Rechtsvorschriften, die den Verwaltungsrechtsschutz 50 in den USA im Einzelnen regeln, so ist man mit einem Bild verwirrender Vielfalt konfrontiert. Das gilt selbst dann, wenn man sich wie die vorliegende Darstellung auf das Bundesrecht und den Rechtsschutz gegen Bundesbehörden beschränkt.

I. Vielfalt der Rechtsgrundlagen

Um eine Übersicht zu gewinnen, empfiehlt es sich, zwischen „special statutory review“, „general statutory review“ und „nonstatutory review“ zu unterscheiden.⁹⁶ 51

- Prozessuale Fragen sind primär nach Maßgabe des einschlägigen Fachrechts zu beantworten. Es sind die Gesetze des (Besonderen) Verwaltungsrechts, die „organic statutes“, die mit der Einrichtung einer Behörde und der Aufgabenzuweisung auch die Instrumente und Verfahren festlegen, mit denen die Aufgabe erfüllt werden soll (→ 2/12). In die-

93 Vgl. zur Rechtsprechungsentwicklung „Brief for Administrative Law Professors as Amici Curiae“ in der Rechtssache *Romero-Ochoa v. Holder*, abgedruckt bei *Gellborn*, 1333 ff.

94 So z. B. 508 U.S. 182, 192 (1993) *Lincoln v. Vigil*.

95 So 486 U.S. 592, 609 (1988) *Webster v. Doe*, Scalia J., diss: „a traditional respect for the functions of the other branches“. Ähnlich in neuerer Zeit BVerfGE 149, 407 Rn. 17 ff. („Rotmilan“).

96 *Gellborn*, 1191 ff.; *Breyer/Stewart*, 759 ff.; *W. Heun* (Fn. 2), in: *Sommerrmann/Schafarzik*, Handbuch II, 1680 ff.

sem Kontext ist es viel häufiger als im deutschen Recht üblich, dass auch spezielle Regelungen zum Verwaltungsrechtsschutz (z.B. zu Gerichtsstand, Klagefristen und Klagebefugnis) getroffen werden.

- Soweit das nicht der Fall ist oder nur einzelne Fragen fachrechtlich beantwortet werden, sind die Vorschriften des Titels 5 U.S.C §§ 701–706 als allgemeine Regelungen heranzuziehen. Zur Eröffnung des Rechtsweges, zu Klagearten, Klagebefugnis, Kontrolldichte und einstweiligem Rechtsschutz sind hier die wesentlichen legislatorischen Entscheidungen getroffen. Sie setzen allerdings voraus, dass die Maßnahmen, gegen die vorgegangen werden soll, in den Anwendungsbereich des APA fallen, also von einer Stelle getroffen sind, die den Begriff „agency“ i. S. des § 551(1) APA erfüllt. §§ 701–706 APA bieten keine komplette Regelung des Verwaltungsprozessrechts. Das können sie schon deshalb nicht sein, weil der amerikanische Verwaltungsgerichtsschutz im Rahmen der allgemeinen Gerichtsbarkeit gewährleistet ist. Ein erheblicher Teil dessen, was die deutsche Verwaltungsgerichtsordnung für die Verwaltungsgerichte an eigenen Regelungen aufbieten muss, wird in den USA von den Vorschriften des allgemeinen Prozessrechts in Titel 28 U.S.C und die Federal Rules of Civil Procedure aufgefangen.⁹⁷ Trotz dieser Einschränkungen sind es die §§ 701–706 APA, die die *Grundstrukturen des amerikanischen Verwaltungsprozessrechts* abbilden.⁹⁸
 - Soweit eine Materie nicht von den genannten Vorschriften erfasst wird, kommt Verwaltungsrechtsschutz als „nonstatutory review“ in Betracht, der sich direkt aus der Verfassung ergeben kann. So ist es möglich, gegen Executive Orders des Präsidenten, die nicht unter den APA fallen, dann Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, wenn diese z.B. die verfassungsrechtlichen Habeas Corpus oder Due Process Garantien verletzen.⁹⁹
- 52 Eine gewisse Vereinheitlichung erfährt das Prozessrecht der USA durch die Tatbestandsmerkmale, mit denen Art. III sect. 2 cl. 1 der U.S.-Verf. die Aufgaben der Bundesgerichte umschreibt: „*cases or controversies*“ (→ 4/12). Die

97 Vom Supreme Court erlassen auf Grund des Rules Enabling Act, kod. 28 U.S.C. §§ 2072–2077.

98 Zum einzelstaatlichen Verwaltungsrechtsschutz vgl. die ausführlicheren Regelungen in Art. 5 §§ 501–508 MSAPA 2010.

99 505 U.S. 788, 801 (1992) *Franklin v. Massachusetts* unter Bezugnahme auf 486 U.S. 592 (1988) *Webster v. Doe*. Nicht jede Überschreitung einer gesetzlichen Ermächtigung ist allerdings zugleich auch eine Verfassungsverletzung, vgl. 511 U.S. 462, 472 (1994) *Dalton v. Specter*.

Entscheidung über Rechtsschutzbegehren, die sich nicht unter dieses Tatbestandsmerkmal fassen lassen, ist nicht Aufgabe der Bundesgerichte. Die Klausel dient drei komplementären Zielen:¹⁰⁰ Die Gerichte sollen nur über Fragen entscheiden, die nach allen Erfahrungen in einem gerichtlichen Verfahren auch gelöst werden können, und sie sollen nicht in die Funktionsbereiche der beiden anderen Gewalten und der einzelstaatlichen Gerichte eindringen. Die Verfassung bringt sich hier in einer Reihe von Doktrinen und Tests rechtsschutzbegrenzend zur Geltung. Das geschieht in einer Art Kern-Schalen-Modell: ein engerer fester Bestand von Erkenntnissen, was „*cases or controversies*“ ausmacht, ist umlagert von einem Kreis von Anforderungen der gerichtlichen Praxis, die als „*prudential*“ bezeichnet und flexibel bald strenger, bald großzügiger gehandhabt werden.¹⁰¹

Diese verfassungsrechtlich rückgebundene Argumentationsstruktur strahlt systematisch auf den Zuschnitt der einfach-rechtlich entwickelten Prozessvoraussetzungen („*prerequisites of judicial review*“) aus. Die wichtigsten dieser Voraussetzungen sind die Fragen nach der Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes, nach den verfügbaren Klagearten, nach der Klagebefugnis und nach einem zeitgerechten, nicht zu früh und nicht zu spät einsetzenden Rechtsschutz („*timing*“).

Der Prozess ist bestimmt vom „*principle of party presentation*“, dem Vorstellungen von Amtsermittlung und überhaupt einer aktiven Rolle des Gerichts im Verfahren fremd sind. „*We rely on the parties to frame the issues for decision and assign to courts the role of neutral arbiter of matters the parties present*“.¹⁰² Interessanterweise wird dazu auf rechtsvergleichende Literatur Bezug genommen, die dem deutschen (Zivil)Prozessrecht einen Zug zum Paternalismus bescheinigt.¹⁰³

100 392 U.S. 83, 95 (1968) *Flast v. Cohen*.

101 Dazu *Tribe*, American Constitutional Law, § 3–8.

102 554 U.S. 237, 243 (2008) *Greenlaw v. United States*.

103 *Benjamin Kaplan*, Civil Procedure – Reflections on the Comparison of Systems, 9 Buff. L. Rev. 409, 431 f.: „For example, the American system exploits the free-wheeling energies of counsel and places them in adversary confrontation before a detached judge. The German system puts its trust in a judge of paternalistic bent acting in cooperation with counsel of somewhat muted adversary zeal“. Dieses Zitat aus dem auch die deutsche Prozessrechtsentwicklung darstellenden Beitrag des angesehenen Prozessualisten Kaplan aus dem Jahre 1960 findet sich jüngst im Urteil des Supreme Court 590 U.S. ____ (2020) (slip op. at 4 Fn. 3) *United States v. Sineneng-Smith*. Vgl. dort auch zu einigen Ausnahmen vom „*principle of party presentation*“, das Prinzip sei beweglich, not „*ironclad*“, in

II. Klagearten („form of review action“)

- 54 Für den Verwaltungsrechtsschutz steht ein breites Spektrum von Klagen zur Verfügung.¹⁰⁴ Sie erfassen von ihrem Zuschnitt her nicht nur Einzelakte, sondern auch die im Verwaltungsalltag der USA besonders wichtigen Normsetzungsakte. § 703 APA spricht von „any applicable form of legal action“ und nennt beispielhaft „declaratory judgments“ und „writ of prohibitory or mandatory injunction“. Ausdrücklich ausgenommen sind allerdings Schadensersatzansprüche auf Geld („money damages“).¹⁰⁵
- 55 Die häufigste Art ist die Klage auf Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung.¹⁰⁶ Gelangt das Gericht zu der Überzeugung, die Entscheidung sei rechtswidrig, so hebt es diese auf. Ist der Rechtsmangel dagegen behebbar, wie das bei Ermittlungsfehlern der Fall sein kann, so ist es prozessökonomisch u.U. sinnvoll, die Sache an die Verwaltung zu weiterer Aufklärung zurückzuverweisen. Anders als deutsche Gerichte kann das amerikanische Gericht nicht selbst ermitteln und die Sache spruchreif machen.
- 56 Statthaft sind auch Klagen, die die Verwaltung zu einem Handeln verpflichten sollen („mandamus“).¹⁰⁷ 28 U.S.C. § 1361 und § 706(1) APA sehen ausdrücklich eine Verurteilung der Verwaltung („compel agency“) zu einer rechtswidrig unterlassenen Handlung vor. Häufig scheitern solche Klagen allerdings, weil der Kläger keinen Anspruch auf die eingeklagte Leistung hat.¹⁰⁸ Bei behördlichem Ermessen schied „mandamus“ nach früherer Auffassung aus. War sich die Behörde allerdings ihres Ermessens überhaupt nicht bewusst, kann ihre Entscheidung aufgehoben und zurückverwiesen werden.¹⁰⁹ Das Gericht darf das behördliche Ermessen nicht durch eigene Erwägungen ersetzen. Es finden sich jedoch Urteile der Beru-

manchen Umständen sei „a modest initiating role“ des Gerichts angemessen. Aber es bleiben Ausnahmen.

104 Zur historischen Entwicklung der „prerogative writs“ englischer Tradition *Breyer/Stewart*, 757 ff. Beispiele aus dem Recht einzelner Bundesstaaten bei *Schwartz*, § 9.11 – 9.15.

105 § 702 APA; dazu → 4/136 ff.

106 Dazu *Strauss*, Justice, 451.

107 Die Entwicklung verlief allerdings zunächst schleppend; vgl. *F. P. Lee*, The Origins of Judicial Control of Federal Executive Action, 36. Geo. L. J. 287, 295–296 (1948).

108 Vgl. *Strauss*, Justice, 514 f.

109 549 U.S. 497, 528 (2007) *Massachusetts v. EPA*.

funksgerichte, die der Klage dann stattgeben, wenn gesetzliche oder von der Behörde selbst gesetzte Standards zu einer Ermessensreduktion geführt haben.¹¹⁰

Hat sich der Rechtsstreit während des Verfahrens erledigt („moot“), ist die Klage abzuweisen. Das folgt zwingend aus der „case or controversy“ Formel des Art. III sect. 2 der U.S.-Verf.¹¹¹ Ein Fall der Erledigung liegt allerdings nicht vor, „as long as the parties have a concrete interest, however small, in the outcome of the litigation“.¹¹² Vorläufiger Rechtsschutz ist nicht durch die aufschiebende Wirkung der Klage,¹¹³ wohl aber dadurch gewährleistet, dass die Gerichte zur Verhinderung irreparabler Schäden den Vollzug einer Verwaltungsentscheidung aussetzen oder sonst Maßnahmen zur einstweiligen Sicherung des gegenwärtigen Status treffen können (§ 705 APA).¹¹⁴ Wie weit solche Maßnahmen reichen dürfen, ob etwa ein einzelnes Instanzgericht der Regierung, über den Kreis der Beteiligten und über seinen Bezirk hinausreichend, den Vollzug eines Programms gegenüber jedermann für den gesamten Verwaltungsraum der USA untersagen darf, ist ein aktuelles, höchstrichterlich noch nicht entschiedenes Problem.¹¹⁵

III. Zeitgerechter Rechtsschutz („timing“)

Unter dieser Bezeichnung werden drei Prozessvoraussetzungen zusammengefasst: Die Klage muss sich gegen eine endgültige Entscheidung richten (1); der Vorgang muss für eine gerichtliche Entscheidung reif sein (2) und es müssen die verfügbaren inneradministrativen Rechtsbehelfe erschöpft sein.¹¹⁶ Diese Anforderungen, die in §§ 703–704 APA bzw. Art. 5 MSAPA 2010 nur teilweise ausformuliert und im Übrigen richterrechtlich festge-

110 Dazu Nachweise bei *Gellhorn*, 1201 (Fn. 13 und 14).

111 568 U.S. 165, 172 (2013) *Chafin v. Chafin*.

112 Ebd.; auch 590 U.S. __ (2020), Alito, J. diss. (slip op. at. 12) *New York State Rifle & Pistol Assn. v. City of New York*.

113 So ausdrücklich § 504 MSAPA 2010: „A petition for judicial review does not automatically stay an agency decision“.

114 Dazu auch schon 316 U.S. 4, 9–10 (1942) *Scripps-Howard Radio, Inc. v. FCC*.

115 Vgl. 589 U.S. __ (2020) *Department of Homeland Security v. New York* (appl. for stay), Gorsuch, J. con., dort zit. *S. L. Bray*, Multiple Chancellors: Reforming the National Injunction, 131 Harv. L. Rev. 417 (2017).

116 Zum Folgenden *Breyer/Stewart*, 879 ff.; *Hickman/Pierce*, 855 ff.; *Pierce*, Process, § 5.7; *Heun* (Fn. 2), in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch II, 1684 ff.

legt sind,¹¹⁷ sollen sicherstellen, dass die Ressourcen der Justiz und der Verwaltung effizient eingesetzt werden.¹¹⁸ Man kann sie als Ausdruck des *allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses* ansehen. In der Praxis werden sie nicht immer klar voneinander getrennt: „finality“ betrachtet die Frage des zeitgerechten Rechtsschutzes aus der Perspektive der handelnden Verwaltung, „exhaustion“ aus der Perspektive des Rechtsschutzsuchenden und „ripeness“ aus gerichtlicher Sicht.

- 59 Keine Regelung trifft der APA dagegen zur Frage einer *Klagefrist*. Fristen sind dem amerikanischen Prozessrecht aber durchaus vertraut. Das Fachrecht arbeitet mit Fristen von unterschiedlicher Länge. § 503 MSAPA 2010 sieht Klagefristen allgemein vor und differenziert deren Länge je nachdem, ob gegen eine Norm oder einen Einzelakt vorgegangen werden soll.

1. Endgültige Entscheidungen („final actions“)

- 60 Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind nur „final actions“ angreifbar (§ 704 APA). Die Behörde soll durch diese Rechtsschutzkonzentration in die Lage versetzt werden, erst einmal selbst zu einer abschließenden Entscheidung zu kommen, ohne bereits in diesem Meinungsbildungsprozess mit gerichtlicher Intervention rechnen zu müssen. Das ist ein Gedanke, der auch hinter § 44a VwGO steht.
- 61 Gerade im amerikanischen Verwaltungsrecht mit seiner Vorliebe für detailliert ausgeformte Verfahrensschritte ist diese Grundlinie des „postponing“ allerdings nicht einfach durchzuhalten. Wenn man auf den Entscheidungsprozess abhebt, steht die letzte Entscheidung in einer langen Reihe voraufgehender Entscheidungen, von denen manche u.U. für den Gesamtvorgang prägender sind als der letzte Schritt. Die Versuche Betroffener, mit dem Rechtsschutz schon in frühen Phasen anzusetzen, sind verständlich. Entsprechend umstritten ist die Frage, was als „final“ zu definieren ist.¹¹⁹
- 62 Zwei Punkte sollen entscheidend sein, von denen der eine auf den Zugschnitt des jeweiligen Verfahrens und der andere auf den Regelungsgehalt

117 Zur Frage, inwieweit die Rechtslage zur Entstehungszeit des APA zur Interpretation herangezogen werden kann, *St. J. Lindsay*, Timing Judicial Review of Agency Interpretations in Chevron's Shadow, 127 Yale L. J. 2448, 2474–2495 (2018).

118 Vgl. *Strauss*, Justice, 439: „All share a concern for proper allocation of effort as between agency and court“.

119 *Pierce*, Process, § 5.7.1; *Hickman/Pierce*, 856–868.

abstellt:¹²⁰ erstens muss der angegriffene Akt die bisherigen Verfahrensschritte zu einem Resultat zusammengeführt haben, und zweitens muss er Rechte und Pflichten regeln, d.h. er muss direkte rechtliche Konsequenzen haben. Diese Voraussetzungen erfüllen unstreitig „orders“ und „legislative rules“. Verwaltungsvorschriften und andere „non-legislative rules“ sollen dagegen nach überwiegender Auffassung keine „final actions“ und daher nicht direkt angreifbar sein, weil sie keine rechtlich verbindlichen Regelungen treffen.¹²¹ Die Prüfung verlangt, die einzelnen Phasen und Elemente des jeweiligen verfahrensrechtlichen Kontextes, in dem die behördliche Entscheidung steht, detailliert zu analysieren. Die Urteile sind daher stark einzelfallbezogen. Das belastet die rechtsberatende Praxis, denn „final action“ ist in § 704 APA ein Schlüsselbegriff mit rechtsschutzeröffnender Funktion. Die Rechtsprechung anerkennt die schwierige Situation der Adressaten einer so stark vom jeweiligen Verfahrenskontext abhängigen Verwaltungsmaßnahme zwar;¹²² aber der Rechtsschutz des Betroffenen wird nicht zum alles überlagernden Argument. Vorrangig soll „finality“ der Verwaltung ihre Verantwortung für den Ablauf des Verfahrens erhalten, wie ihn der Gesetzgeber vorgezeichnet hat. Der MSAPA 2010 kommt den Rechtsschutzsuchenden stärker entgegen, indem er ein Klage ausnahmsweise auch gegen „non-final actions“ zulässt, wenn aus der Rechtsschutzkonzentration ein irreparabler Nachteil entstünde, der den Konzentrationsvorteil überwiegt (§ 501(c)).

2. „Ripeness“ und „presumption of pre-enforcement review“

Diese Voraussetzung betrifft das Vorgehen gegen Verwaltungsentscheidungen, die zwar endgültig sind, aber im Regelfall erst noch des Vollzuges be-

120 520 U.S. 154, 177–178 (1997) *Bennett v. Spear*: (1) „must mark the ‚consummation‘ of the agency’s decisionmaking process“ und (2) „one by which rights and obligations have been determined“, „not be of merely tentative or interlocutory nature“; 587 U.S. ___ (2019)(slip op. at 9) *Smith v. Berryhill*; ähnlich § 501(a) MSAPA 2010.

121 Zum Meinungsstand *St. J. Lindsay* (Fn. 117), 127 Yale L. J. 2448, 2456–2495 (2018), mit dem Vorschlag, interpretative rules dann als „final“ anzusehen, wenn ihnen nach neuerer Rechtsprechung ausnahmsweise *Chevron* deference zuzuerkennen ist (2296–2510).

122 Anschaulich 566 U.S. 120, 126–127 (2012) *Sackett v. EPA* (compliance order der EPA nach dem Clean Water Act, die die Behörde später nur als Gesprächsangebot verstanden wissen wollte).

dürfen. Das ist vor allem bei administrativen Normen ein Problem. Sollen sie schon gerichtlich angreifbar sein, bevor sie durch Verwaltungsakt vollzogen sind und sich ihre belastenden Wirkungen konkretisiert haben? Dass hier ein wichtiges allgemeines Rechtsschutzproblem liegt, zeigen die jahrelangen Auseinandersetzungen um die „Plaumann“-Formel im EU-Recht und die verklausulierte Fassung des Art. 263 Abs. 4 AEUV.¹²³

- 64 Die traditionelle deutsche Lehre verwies den Rechtsschutzsuchenden auf den Vollzugsakt, den er abwarten müsse und später unter dem besonderen Schutz der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) anfechten könne. Diese restriktive Linie ist durch § 47 VwGO zwar nach und nach modifiziert worden. Aber auch heute noch ist unmittelbarer Rechtsschutz gegen administrative Normen, wie sich an den von dieser Vorschrift nicht erfassten Rechtsverordnungen der Bundesbehörden zeigt, keineswegs einfach zu erlangen, sondern muss mit Hilfe der Feststellungsklage nach § 43 VwGO konstruiert werden.¹²⁴
- 65 In den USA, in denen das „rulemaking“ ein viel genutztes Regulierungsinstrument der Behörden bildet, ist der Verwaltungsalltag voll von Beispielen, die die ganz unterschiedlichen Umsetzungstechniken administrativer Normen anschaulich machen.¹²⁵ „Ripeness“ thematisiert daher einen für die Praxis zentralen Punkt:¹²⁶ Einerseits wollen sich die Gerichte nicht in Auseinandersetzungen hineinziehen lassen, die noch auf der abstrakten Ebene der Norm verharren; denn in diesem Stadium fehlt es regelmäßig noch an Anschauungsmaterial, wie es nur die konkreten Konflikte der Vollzugsebene bieten können. Die Feststellungen eines Gerichts wären in dieser Situation eher hypothetisch und nicht eigentlich Entscheidungen von „cases or controversies“ im Sinne von Art. III sect. 2 U.S.-Verf. Auf der anderen Seite kann nicht übersehen werden, dass bestimmte Normen schon durch ihre bloße Existenz die Adressaten zu belastenden Dispositio-

123 Klagen „gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie [die Kläger E.S.] unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen“.

124 Vgl. nur BVerwG NVwZ 2007, 1311 Rn. 23 f.

125 Aber auch andere, nämlich informale Verwaltungshandlungen wie das Inaus-sichtstellen von Sanktionen, können zu Fragen von „ripeness“ (hier im Übergang zur Frage von „finality“) führen. Die deutsche Lehre greift die Frage eines rechtzeitigen Rechtsschutzes in diesen Fällen im Rahmen des besonderen Rechtsschutzbedürfnisses (vorbeugender) Unterlassungsklagen auf; vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 16 Rn. 15 ff.

126 Vgl. nur *Tribe*, American Constitutional Law, § 3–10; *Hickman/Pierce*, 868–870.

nen veranlassen können, so dass sich ein vorgezogener Rechtsschutz („pre-enforcement review“) als geboten erweisen kann.

Die gegensätzlichen Interessen sind in *Abbott Laboratories v. Gardner*, dem 66 Leitfall der jüngeren „ripeness“ Doktrin, präzise herausgearbeitet und in einem zweistufigen Prüfungsschema eingefangen worden:¹²⁷ Zunächst ist zu fragen, ob der Streit in seinem derzeitigen Stand mit juristischen Mitteln gelöst werden kann; dazu ist es wichtig, dass es um Rechtsfragen geht, die mit allgemeinen Feststellungen beantwortet werden können, und nicht Tatsachen eine Rolle spielen, die sich nur im Einzelfall aufklären lassen. Nur wenn sich diese Frage bejahen lässt, liegt „fitness for review“ vor. In einem zweiten Schritt ist dann die Situation der Betroffenen in den Blick zu nehmen: Die streitige Verordnung lege den Herstellern von Arzneimitteln direkt wirkende Pflichten auf und beeinflusste damit unmittelbar ihr Verhalten; sie stellte sie vor die Alternative: entweder mit erheblichem finanziellen Aufwand den Vorgaben der Verordnung zu folgen, obwohl sie diese für rechtswidrig hielten, oder die verlangten Regelungen nicht umzusetzen und damit Sanktionen in Form von „serious criminal and civil penalties“ zu riskieren. Die Hersteller in einer solchen Situation auf den Rechtsschutz gegen spätere behördliche Vollzugsakte zu verweisen, setze sie – so die Einschätzung des Supreme Court – einer schwerwiegenden und unnötigen Belastung aus. Den Einwand der Regierung, es gehe doch nur um finanzielle Einbußen, ließ das Gericht nicht gelten. Vielmehr sah es auch die zweite der Voraussetzungen „hardship to the parties“ als erfüllt an und gewährte „pre-enforcement review“.¹²⁸

Abbott Laboratories zeichnet einen rechtsschutzfreundlichen Kurs vor, der 67 allerdings mit der besonders prekären Situation der Kläger, den drohenden pönalen Sanktionen, erklärbar ist.¹²⁹ Nicht jede die Normadressaten belastende Konstellation kann als „hardship“ eingestuft werden und diese Form

127 387 U.S. 136, 149 (1967): „The problem is best seen in a two-fold aspect, requiring us to evaluate both the fitness of the issues for judicial decision and the hardship to the parties of withholding court consideration“. Zu der hier ebenfalls behandelten Frage der „reviewability“ → 4/42 ff.

128 Ebd., 152–153.

129 Strafsanktionen sind auch nach deutscher Rechtsprechung ein Grund, um ein Vorgehen direkt gegen Normen mittels Feststellungsklage für zulässig anzusehen; an das Drohen einer solchen Sanktion werden allerdings hohe Anforderungen gestellt (vgl. BVerwG NVwZ 2009, 1170 Rn. 20 ff.; krit. Kopp/Schenke, VwGO, § 43 Rn. 24). Die Metaphern ähneln sich: „Damokles-Rechtsprechung“ (Schenke ebd.) bzw. „waiting until ax falls“ (Schwartz, § 9.1 S. 564).

eines vorbeugenden Rechtsschutzes rechtfertigen. Das machte der Supreme Court schon in einer am selben Tage ergangenen weiteren Entscheidung deutlich.¹³⁰ Die Rechtsprechung der Folgejahre zeigt keine klare Linie. Inwieweit heute (noch) von einer „presumption of pre-enforcement review“ gesprochen werden kann, ist unsicher.¹³¹ Einzelne Gesetze schließen sie ausdrücklich aus, andere erkennen sie an. Für die Verwaltungspraxis ist *Abbott Laboratories* mit erheblichen Effizienzbeeinträchtigungen verbunden, die schon auf das Verfahren des „rulemaking“ vorwirken.¹³² Die jüngere Rechtsprechung zeigt Tendenzen, die Anforderungen (wieder) enger zu fassen.¹³³ Die Rückbindung an das „cases or controversies“ Erfordernis und die Flexibilitätsreserven des „prudential“ Maßstabs bieten dafür die Basis.

Zweiter Abschnitt Klagebefugnis und Kontrolldichte

- 68 Die folgenden Untersuchungen konzentrieren sich auf die im amerikanischen ebenso wie im deutschen Verwaltungsrechtsschutz wichtigsten Themen: die Klagebefugnis (A) und die Intensität der gerichtlichen Kontrolle (B).

A. Die Lehre von der Klagebefugnis („standing doctrine“)

- 69 In den Fragen der Klagebefugnis sind die Diskussionen in den USA ähnlich diffus und unübersichtlich wie in Deutschland:¹³⁴ eine Vielzahl von Gerichtsurteilen, in der sich nur schwer klare Linien ausmachen lassen,

130 387 U.S. 158 (1967) *Toilet Goods Assn, Inc. v. Gardner*.

131 So erfüllen jedenfalls Normen, die nicht auf Eingriffe hinauslaufen, sondern Vergünstigungen einschränken, die „ripeness“ Voraussetzungen nicht; 509 U.S. 43 (1993) *Reno v. Catholic Social Services, Inc.*

132 Vgl. *Hickman/Pierce*, 877.

133 *Pierce*, Process, § 5.7 (S. 187); vgl. aber auch 573 U.S. 149, 167 (2014) *Susan B. Anthony List v. Driehaus*: „we need not resolve the continuing vitality of the prudential ripeness doctrine in this case“.

134 Dazu Möllers, Gewaltengliederung, 157 ff.; Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 438 ff.; D. Ehlers, Die Klagebefugnis nach deutschem, europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht, in: VerwArch 84, 1993, 139 ff.; Rüffel, Klagebefugnis; Elshorst, Bürgervollzugsklagen (mit Schwerpunkt auf Klagen gegen den Anlagenbetreiber); ferner Stein, Interessenvertretung.

eine Vielzahl von Lehrmeinungen, die oft nur einzelne Gebiete (des Wirtschafts-, Umwelt- oder Informationsrechts) im Blick haben, und immer wieder Bemühungen des Gesetzgebers, den Kreis der klagebefugten Personen zu erweitern, die nicht ohne Vorbehalte aufgenommen werden. Die rechtspolitische Bedeutung gerade dieser Prozessvoraussetzung liegt auf der Hand. „Standing is the key to the courthouse door; those who possess the key possess power“.¹³⁵ Dabei ist zwischen verfassungsrechtlichen Rückbindungen (I) und einfachrechtlichen Fragestellungen (II) zu unterscheiden.¹³⁶

I. Verfassungsrechtliche Rückbindungen

Die amerikanische Verfassung wirkt auf die Lehre von der Klagebefugnis vor allem schrankensetzend. Die Bundesgerichte haben keinen umfassenden Auftrag zur Verwaltungskontrolle. Sie sind vielmehr auf die Entscheidung streitiger Fälle begrenzt (Art. III sect. 2 cl. 1 U.S.-Verf.).¹³⁷

1. Das Grundmodell

Der direkt aus der Verfassung ableitbare Kerngedanke lässt sich mit der Entscheidung *Flast v. Cohen* aus dem Jahre 1968 folgendermaßen umschreiben:¹³⁸ „[I]n terms of Article III limitations on federal court jurisdiction, the question of standing is related only to whether the dispute sought to be adjudicated will be presented in an adversary context and in a form historically viewed as capable of judicial resolution“. In diesem Kontext ist die Klagebefugnis die *personenbezogene* Prozessvoraussetzung: der Kläger muss ein persönliches Interesse am Ausgang des Streits haben.¹³⁹ „The

135 So *Gellhorn*, 1207; vgl. *Strauss*, Justice, 429 ff.; auch *L. S. Bressman*, *Procedures as Politics in Administrative Law*, 107 *Colum. L. Rev.* 1749 (2007).

136 Zum Folgenden *Gellhorn*, ebd.; *Hickman/Pierce*, 919 ff.; *Pierce*, *Process*, § 5.4.1 und § 5.4.5.

137 Dazu → oben 4/12. Zusätzlich wird auf die „Take Care Clause“ des Art. II sect. 3 U.S.-Verf. verwiesen; 468 U.S. 737, 761 (1984) *Allen v. Wright*: „The Constitution, after all, assigns to the Executive Branch, and not to the Judicial Branch, the duty to take Care that the Laws be faithfully executed“.

138 392 U.S. 83, 97 (1968) *Flast v. Cohen*.

139 So 392 U.S. 83, 97 (1968) unter Bezugnahme auf 369 U.S. 186, 204 (1962) *Baker v. Carr*: „a personal stake in the outcome of the controversy“.

plaintiff must allege personal injury fairly traceable to the defendant's allegedly unlawful conduct and likely to be redressed by the requested relief“.¹⁴⁰ Das ist dort zu beachten, wo ein Kläger, ohne sich auf eine feste Position im Recht stützen zu können, seine Befugnis zur Klage dartun möchte. Aber auch dort, wo der Gesetzgeber eine Klagemöglichkeit ausdrücklich eingeräumt hat, wie das in den zahlreichen Vorschriften über „citizen suits“ geschehen ist, sind diese Vorgaben zu beachten, denn die Gesetze können den Gerichten keine Aufgaben zuweisen, die ihnen nach Art. III sect. 2 U.S.-Verf. nicht zustehen.

- 72 Weiter ausformuliert finden sich die Komponenten dieser Formel in *Lujan v. Defenders of Wildlife*.¹⁴¹ Sie bilden seither das Grundsche ma der Rechtsprechung:¹⁴²
- Injury in fact: Darunter zu verstehen sind Beeinträchtigungen rechtlich geschützter Interessen („legal protected interests“). Der Kreis wird weit gezogen; er umgreift neben ökonomischen Interessen auch solche ökologischer oder ästhetischer Art. Ihre Beeinträchtigung muss allerdings „concrete and particularized“ sein, und sie muss gegenwärtig sein oder mindestens unmittelbar bevorstehen („actual or imminent“); nur vermutete oder hypothetische Beeinträchtigungen genügen nicht.
 - Traceability: Die Beeinträchtigung muss auf das behördliche Handeln zurückzuführen sein, gegen das sich der Kläger wendet. Zwischen diesem Handeln und der Beeinträchtigung muss eine Kausalkette bestehen. Ist die Beeinträchtigung dagegen durch ein Verhalten Dritter verursacht, so genügt das nicht, um die Klagebefugnis zu begründen.
 - Redressability: Die Beeinträchtigung muss durch eine stattgebende Entscheidung des Gerichts beseitigt werden können.
- 73 Den Kläger trifft für das Vorliegen der drei Voraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast. Auch das gehört zum „*irreducible constitutional minimum*“. Besonders strenge Anforderungen an die Klagebefugnis gelten dann, wenn es in der Sache um die Verfassungsmäßigkeit staatlicher Ent-

140 468 U.S. 737, 751 (1984) *Allen v. Wright*.

141 504 U.S. 555, 569–571 (1992) *Lujan v. Defenders of Wildlife*.

142 Vgl. aus jüngerer Zeit das Referat der Judikatur in 568 U.S. 398, 408–409 (2013) *Clapper v. Amnesty International USA* und in 578 U.S. ____ (2016) (slip. op. at 5–7) *Spokeo, Inc. v. Robins*; 592 U.S. ____ (2020) (slip op. at 4–10) *Carney v. Adams*. Zum Folgenden *Pierce*, Process, § 5.4.2; *Rüffel*, Klagebefugnis, 67 ff.; *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz, 438 ff.

scheidungen oder um sensible Bereiche wie nachrichtendienstliche oder auswärtige Angelegenheiten geht.¹⁴³

2. Variierende Ausfüllung

Sieht man sich die Judikatur zu diesen drei Voraussetzungen genauer an, 74 so zeigt sich, dass das Grundscheema allerdings kaum mehr als ein Argumentationsraster darstellt, das sehr unterschiedlich ausgefüllt werden kann. Die drei Hauptbegriffe haben, wie Justice O'Connor schon in *Allen v. Wright* gezeigt hatte, keine definitorisch scharfen Kanten: die Zurückführbarkeit muss „fairly“ sein, ein stattgebendes Urteil die Verletzung „likely“ beseitigen.¹⁴⁴ Diese Unschärfen sind Techniken, mit deren Hilfe der Supreme Court den Kreis der Klagebefugten weiter oder enger ziehen kann und das in der Vergangenheit auch immer wieder getan hat. Perioden einer großzügigen Anerkennung von Klagemöglichkeiten folgten Zeiten, in denen die Verfassungsgrenzen eng gefasst wurden. Dass dabei auch die politischen Grundüberzeugungen des einzelnen Richters eine wichtige Rolle spielen, steht außer Streit.¹⁴⁵

Das gilt besonders für Klagen auf dem Gebiete des Umweltrechts, bei de- 75 nen unterschiedliche Auffassungen über die Rolle der Gerichte über die Jahre hin zu erheblichen Schwankungen führten:¹⁴⁶ Zwischen 1970 und 1990 legte der Supreme Court ein weites Verständnis der betroffenen Interessen und der Arten ihrer Beeinträchtigung zu Grunde.¹⁴⁷ In der Folgezeit gelang es Justice Scalia jedoch, die Anforderungen aus Gründen der

143 568 U.S. 398, 409 (2013): „In keeping with the purpose of this doctrine, our standing inquiry has been especially rigorous when reaching the merits of the dispute would force us to decide whether an action taken by one of the other two branches of the Federal Government was unconstitutional“. Vgl. weiter *Wischmeyer*, Überwachung ohne Grenzen, 68 ff.

144 468 U.S. 737, 756 (1984) *Allen v. Wright*.

145 *Pierce*, Process, § 5.4.4 (S. 150): „greatly influenced by their personal political and ideological values and beliefs“.

146 *Hickman/Pierce*, 931; auch *Gellhorn*, 1209; *Rüffel*, Klagebefugnis, 109 f.; *Stein*, Interessenvertretung, 24 ff. und 44 ff.

147 Repräsentativ für das Umweltrecht 405 U.S. 727, 734–735 (1972) *Sierra Club v. Morton* und besonders extensiv 412 U.S. 669 (1973) *United States v. Students Challenging Regulatory Agency Procedures*. Für den Konkurrentenschutz im Wirtschaftsrecht vorher schon 397 U.S. 150, 154 (1970) *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp* (Anerkennung von „aesthetic, conservational, and recreational interests“).

Gewaltenteilung deutlich zu verschärfen.¹⁴⁸ *Lujan v. Defenders of Wildlife* gilt als repräsentativ für diese Zäsur.¹⁴⁹ Die Beeinträchtigung der klägerischen Interessen mussten jetzt wesentlich genauer dargetan werden. Mit *Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services, Inc.* schien sich 2000 erneut eine Trendwende abzuzeichnen. Von einem „injury in fact“ sollte danach schon dann ausgegangen werden können, wenn durch die angegriffene Maßnahme zwar nicht die Umwelt als solche beeinträchtigt wird, aber der Kläger „on reasonable concern“ dazu veranlasst wird, sein Verhalten umzustellen, z. B. eine bestimmte Gegend nicht mehr aufzusuchen.¹⁵⁰

- 76 Dass damit wirklich dauerhaft eine großzügigere Haltung des Supreme Court gegenüber Klagebefugnissen indiziert ist, ist jedoch unwahrscheinlich. Schon die Entscheidung in *Massachusetts v. EPA* weist eher in die entgegengesetzte Richtung.¹⁵¹ Auf eine gegenwärtig erneut restriktive Einstellung deutet auch *Clapper v. Amnesty International* hin. Diese Entscheidung aus dem Jahre 2013 betrifft zwar keinen umweltrechtlichen Sachverhalt, sondern das Informationsverwaltungsrecht; auch sie verschärft aber die

148 Vorbereitend A. Scalia, The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers, 17 Suffolk U. L. Rev. 881 (1983); vgl Möllers, Gewaltengliederung, 159 ff.

149 504 U.S. 555, 566 (1992): der „injury in fact“ Test verlangt, dass Interessen nicht nur benannt werden, sondern auch „a factual showing of perceptible harm“ erfolgt. Ferner 523 U.S. 83 (1998) *Steel Co. v. Citizens for a Better Environment*.

150 528 U.S. 167, 181–183 (2000): „injury in fact“: die Beeinträchtigung muss nicht die Umwelt als solche betreffen, es genügt, dass der Kläger nachweist, dass für ihn als Person der Erholungswert der Landschaft beeinträchtigt wird; dazu Rüf-fel, Klagebefugnis, 78, 81: „Seit *Laidlaw* richtet sich das Hauptaugenmerk nicht mehr allzu sehr auf die konkrete individuelle Beeinträchtigung der natürlichen Ressource, sondern vielmehr auf das Verhältnis des Klägers zur Umwelt, was die Bejahung eines ‚injury in fact‘ erheblich erleichtert“.

151 549 U.S. 497 (2007) *Massachusetts v. EPA*; zur Interpretation *Hickman/Pierce*, 965 ff.; *Pierce*, Process, § 5.4.2 (S. 141 f).

Anforderungen an den „injury in fact“ Test.¹⁵² Urteile aus jüngster Zeit unterstreichen diese Tendenz.¹⁵³

Ob diese Begrenzungen in der „case or controversy“ Klausel der Verfassung 77 wirklich zwingend vorgegeben sind, wird in der Literatur zwar nach wie vor bestritten; denn immerhin wird der Schutz der politisch verantwortlichen Gewalten, dem die Begrenzung der Klagebefugnis gerade dienen soll, in diesen Fällen dadurch erkauft, dass dem Gesetzgeber das Bestimmungsrecht über den Umfang der gerichtlichen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten entzogen wird.¹⁵⁴ Für die Praxis ist der aufgezeigte verfassungsrechtliche Rahmen jedoch ein Tatbestand, auf den sie sich einstellen muss. Dem Kongress steht es zwar grundsätzlich frei, weit gefasste Klagebefugnisse zu-zuerkennen.¹⁵⁵ Erfüllt eine solche Klage aber nicht die aus Art. III sect 2 der U.S.-Verf. abgeleiteten Schranken, so wird sie abgewiesen. Dass die Klagebefugnis gesetzlich ausdrücklich zuerkannt ist, hilft dem Kläger nicht. Das „case or controversy“ Erfordernis wirkt als immanente Beschränkung des gesetzlichen Tatbestandes.

II. Fragen bei der Anwendung des einfachen Rechts

Im Ansatz ähnliche Schwierigkeiten, wie sie das deutsche Recht beim sog. 78 Drittschutz (Nachbar- und Konkurrentenschutz) kennt, bereitet es in den USA, den personellen Anwendungsbereich von gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen, deren Verletzung nicht bestimmte Personen, sondern praktisch jedermann betrifft („broadly shared injuries“). Eine Orientierung für

152 568 U.S. 398, 414 (2013) *Clapper v. Amnesty International USA* Note 5: Unterscheidung zwischen dem zugrundegelegten „certainly pending“ Standard und einem in anderen Urteilen zugrundegelegten „substantial risk“ Standard; dazu Breyer, J. diss., dort 426. Vgl. B. C. Mank, *Clapper v. Amnesty International: Two or Three Competing Philosophies of Standing Law*, 81 Tenn. L. Rev. 211 (2014); *Hickman/Pierce*, 967 f.

153 Vgl. 578 U.S. __ (2016) (slip op. at 9) *Spokeo, Inc. v. Robins* und bestätigend 586 U.S. __ (2019) (slip op at 3) *Frank v. Gaos* und 590 U.S. __ (2020) (slip op. at 5–6) *Thole v. U. S. Bank N. A.*

154 So unter Rückgriff auf die historische Entwicklung der Lehre von der Klagebefugnis C. R. Sunstein, *What's Standing after Lujan?*, 91 Mich. L. Rev. 163 ff. (1992); auch *Tribe*, *American Constitutional Law*, § 3–14, S. 392.

155 Z. B. Clean Water Act, 33 U.S.C. § 1365(a): „any citizen may commence a civil action on his own behalf against any person (including the United States, and any other governmental instrumentality or agency)...“; weitere Nachw. bei *Percival/Schroeder/Miller/Leape*, *Environmental Regulation*, 159 f.

diese Fragen des „Third-Party Standing“ bietet eine Reihe von Anwendungsregeln.¹⁵⁶ Sie folgen nicht unmittelbar aus dem Text des Art. III sect. 2 U.S.-Verf. Inwieweit sie einer verfassungspolitisch immerhin nahegelegten, klugen richterlichen Zurückhaltung gegenüber der Einräumung von Klagebefugnissen entspringen und in diesem Sinne als „prudential“ gelten können,¹⁵⁷ oder aber aus der Interpretation der einschlägigen Vorschriften zu ermitteln sind,¹⁵⁸ ist nicht endgültig geklärt.

79 Nach *Allen v. Wright* zählen hierzu:

- Niemand ist berechtigt, Rechte anderer geltend zu machen („no third party“).
- Allgemeine Beschwerden sollen nicht vor Gericht, sondern vor die gewählten Amtsträger gebracht werden („no general grievances“).
- Das klägerische Interesse muss in der Schutzzone der verletzten Norm liegen („zone of interests“).

80 Schließlich fehlt es an der Klagebefugnis, wenn die geltend gemachte Beeinträchtigung keine hinreichend enge Beziehung zu dem Verhalten hat, das das Gesetz verbieten will.¹⁵⁹ Diese Einschränkung gilt als ein anerkannter Grundsatz des Schadensrechts. Hinter ihr steht die nüchterne Überle-

156 468 U.S. 737, 751 (1984) *Allen v. Wright*: „Standing doctrine embraces several judicially self-imposed limits on the exercise of federal jurisdiction, such as the general prohibition on a litigant’s raising another person’s legal rights, the rule barring adjudication of generalized grievances more appropriately addressed in the representative branches, and the requirement that a plaintiff’s complaint fall within the zone of interests protected by the law invoked“. *Tribe*, American Constitutional Law, § 3–19; ferner *Rüffel*, Klagebefugnis, 87 ff.; *Ehlers* (Fn. 134), *VerwArch* 84, 1993, 139, 161, 166 ff.

157 468 U.S. 737, 750 (1984); ebenso 542 U.S. 1, 12 (2004) *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*.

158 572 U.S. 118, 125–128 (2014) *Lexmark Int’l, Inc. v. Static Control Components, Inc.* Die Entscheidung ist einstimmig getroffen und von Justice Scalia für das Gericht begründet. Sie distanziert sich (jedenfalls für den „zone of interests“ Test) von seiner Charakterisierung als „prudential“. Betont wird demgegenüber der verbindliche Gehalt der einschlägigen Gesetze, der unter Anwendung der üblichen Methoden der Gesetzesauslegung zu erschließen sei.

159 572 U.S. 118, 133 (2014): „whether the harm alleged has a sufficiently close connection to the conduct the statute prohibits“. Als Beispiel dort genannt: Einen Schaden aus wettbewerbswidrigem Verhalten kann gegebenenfalls zwar der betroffene Wettbewerber geltend machen; nicht aber können auch dessen Gläubiger Ersatzansprüche gegen den Verursacher daraus herleiten, dass der Geschädigte wegen des Wettbewerbsverstößes seine finanziellen Verpflichtungen ihnen gegenüber nicht erfüllen kann.

gung, „the judicial remedy cannot encompass every conceivable harm that can be traced to alleged wrongdoing“. Dass die erforderliche Nähebeziehung im Einzelfall nicht einfach zu definieren ist, erkennt der Supreme Court zwar an; er verweist insofern auf die großen Erfahrungen der Gerichte im Umgang mit solchen Formeln und auf vorhandene Präzedenzen.

1. Speziell der „zone of interests“ Test

Die Rolle des „zone of interests“ Test wird an Beispielen aus dem Wirtschaftsverwaltungsrecht und aus dem Verwaltungsinformationsrecht deutlich.¹⁶⁰ 81

a) Konkurrentenschutz

Ein Gesetz verbietet z. B. Banken ganz generell andere Tätigkeiten als Bankdienstleistungen. Können datenverarbeitende Unternehmen auf Durchsetzung einer solchen Bestimmung klagen und dagegen vorgehen, dass die zuständigen Behörden Banken erlauben, ihre ohnehin vorhandenen datenverarbeitenden Kapazitäten auch anderen Banken zur Verfügung zu stellen? Über eine Fallgestaltung dieser Art hatte der Supreme Court in *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. (ADPSO) v. Camp* zu entscheiden.¹⁶¹ Die ältere amerikanische Judikatur prüfte in solchen Fällen, ob sich der Kläger auf subjektive Rechte berufen konnte („legal rights“ Test).¹⁶² Dieses Thema wird in *ADPSO* jedoch der erst später zu behandelnden Begründetheit der Klage zugewiesen.¹⁶³ 82

160 Vgl. zum Folgenden *Pierce*, Process, § 5.4.5- 5.4.6.

161 397 U.S. 150 (1970); dazu *Gellhorn*, 1221 ff.

162 Vgl. 306 U.S. 118, 137 f. (1939) *Tennessee Elec. Power Co. v. Tennessee Valley Authority*; im Einzelnen *Rüffel*, Klagebefugnis, 63 ff.

163 397 U.S. 150, 153 (1970) *Association of Data Processing Service Organizations, Inc. v. Camp*: „The ‚legal interest‘ test goes to the merits. The question of standing is different“. Eine ausführliche Begründung dazu findet sich geradezu lehrbuchhaft im dissenting vote von Justice Brennan zu der am selben Tage ergangenen Entscheidung 397 U.S. 159, 167–170 (1970) *Barlow v. Collins*: Trennung von standing, reviewability und merits, vor allem weil sie unterschiedliche Beweisforderungen stellen.

83 Die Frage der Klagebefugnis dagegen untersucht das Gericht zweigeteilt.¹⁶⁴

- Zunächst prüft es, ob den klagenden Serviceunternehmen im Sinne des „case or controversy“ Erfordernisses ein „injury-in-fact“ zugefügt worden ist. Dieser Punkt wird in *ADPSO* schnell mit dem Hinweis auf die *tatsächliche* Konkurrenzsituation und die Gefahr geschäftlicher Einbußen beantwortet.
- Dieses verfassungsrechtliche Minimum soll aber zur Bejahung der Klagebefugnis noch nicht ausreichen. Vielmehr wendet sich die Argumentation jetzt der *normativen* Seite zu und fragt, ob das geltend gemachte Interesse mit dem einschlägigen Recht, dessen Verletzung der Kläger rügt, „is arguably within the zone of interests to be protected or regulated by the statute“.¹⁶⁵ Nicht jede faktische Betroffenheit genügt, um die Klagebefugnis zu begründen. Hinzutreten muss vielmehr ein Bezug zu dem, was die als verletzt gerügte Gesetzesbestimmung regeln will. Kritiker befürchten, dass damit trotz der Verabschiedung des „legal rights“ Test doch wieder auf die materielle Rechtslage zurückgegriffen werden muss. Der Supreme Court kommt dieser Kritik in *ADPSO* insoweit entgegen, als er keine zu hohen Anforderungen an den „zone of interests“ Test stellt.¹⁶⁶ Darauf deutet schon das Wort „arguably“ hin. Dass von einer Klagebefugnis im Gesetz ausdrücklich gesprochen wird, ist nicht erforderlich; auch eine entsprechende Regelungsabsicht des Kongresses muss nicht nachgewiesen werden.¹⁶⁷ Abgestellt wird vielmehr auf eine allgemeine Tendenz der Gesetzgebung, Klagebefugnisse auszuweiten.¹⁶⁸ In diesem Sinne attestiert das Gericht auch den einschlägigen Vorschriften des Bankrechts eine drittschützende Wirkung. Bisher ist die Judikatur in diesem Punkte großzügig verfahren.¹⁶⁹ Um eine Inter-

164 Mit weiterer Rechtsprechung *Pierce*, Process, § 5.4.5.

165 397 U.S. 150, 153 (1970).

166 Ebd., 157–158; weitere Urteile bei *Gellhorn*, 1226 ff.; dort 1232 auch das Zitat: „The test is not meant to be especially demanding“. Krit. zu den Schwankungen der Rechtsprechung *Pierce*, Process, § 5.4.5. (S. 157 „difficult to predict“).

167 522 U.S. 479, 488–492 (1998) *National Credit Union Administration v. First National Bank (NCUA) & Trust Co.*

168 397 U.S. 150, 154 (1970): „Where statutes are concerned, the trend is toward enlargement of the class of people who may protest administrative action. The whole drive for enlarging the category of aggrieved ‚persons‘ is symptomatic of that trend“.

169 522 U.S. 479, 488–492 (1998); vgl. aber auch O’Connor, J. diss. dort 503–519. *Hickman/Pierce*, 984 ff.

essenanalyse der einschlägigen Vorschriften ist aber nicht herumzukommen. Letztlich geht es um Fragen der Auslegung, die mit den üblichen Methoden zu bewältigen sind.¹⁷⁰

b) „informational standing“

Eine weitere Fallgruppe entstammt dem Verwaltungsinformationsrecht, dessen Bedeutung als Steuerungsmittel treffend erfasst wird: „information as a regulatory tool“.¹⁷¹ In diesen Zusammenhang gehören zahlreiche Gesetze, die die Verwaltung zur Veröffentlichung von Gutachten, Berichten oder anderer Informationen verpflichten. Ist hier jedermann befugt, die Erfüllung dieser Pflichten gerichtlich einzuklagen? In der Literatur wird von einem „informational standing“ als einer eigenen Fallgruppe der Klagebefugnisse gesprochen.¹⁷²

Die Leitentscheidung *Federal Election Commission v. Akins* betraf eine wahlrechtliche Vorschrift, die dazu verpflichtete, dass politische Gruppierungen ihr Finanzgebaren offen zu legen hatten.¹⁷³ Die zuständige Behörde hatte einen bestimmten Verband von dieser Pflicht ausgenommen, weil sie ihn nicht als „politisch“ eingestuft hatte. Dagegen richteten sich Wähler mit der Behauptung, ihnen seien dadurch wahlwichtige Informationen vorenthalten worden. Der Einwand der Gegenseite lautete, die Kläger machten hier nur eine allgemeine Beschwer („generalized grievance“) geltend. Eine solche Beschwer reicht normalerweise nicht aus, um die Klagebefugnis zu begründen; denn sie genügt nicht dem „injury-in-fact“ Test. So lässt sich etwa die allgemeine Gesetzesvollziehung („common concern for obedience to law“) nicht auf gerichtlichem Wege durchsetzen.

Von diesen Fällen rein abstrakter Beeinträchtigungen soll sich der vorliegende Fall nach Auffassung der Mehrheit des Supreme Court aber unterscheiden:¹⁷⁴ Dass viele Personen betroffen sind, reicht nicht aus, um die Klagebefugnis zu versagen; seien die betroffenen Interessen selbst hinreichend konkret, so unterfalle ihre Durchsetzung nicht der „generalized

170 572 U.S. 118, 128 (2014) *Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.*: „In doing so, we apply traditional principles of statutory interpretation“.

171 C. R. Sunstein, Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond, in: 147 U. Pa. L. Rev. 613, 618–629 (1999).

172 C. Sunstein ebd., mit illustrierenden Fällen 667–670.

173 524 U.S. 11 (1998) *Federal Election Comm'n v. Akins*.

174 Ebd., 23–25; vgl. aber Scalia, J. diss. dort 30, bes. 34–36.

grievance“ Beschränkung; das gelte etwa für Massenschäden und für (direkte) Eingriffe in das Wahlrecht, die viele betreffen; ebenso müsste dann aber auch die gesetzwidrige Vorenthaltung von Informationen behandelt werden, deren Bedeutung für die Ausübung des Wahlrechts durch das einschlägige Recht anerkannt sei.

- 86 Das ist ein sehr weites Verständnis von „informational standing“, das sich aber durch die Eigenheiten speziell des behördlichen Umgangs mit Informationen rechtfertigen lässt. Es geht um Kontextsteuerung, die nicht auf direkte Einzelfallregelung, sondern darauf setzt, dass die Zugänglichkeit bestimmter Informationen in einem bestimmten Aufgabenbereich bestimmte Verhaltensweisen anstößt. Auf dieses Konzept einer indirekten Steuerung mittlerer Reichweite muss das Konzept der Klagebefugnis eingestellt werden. Es ist weiter als bei Adressatenklagen; aber es ist nicht schrankenlos. Eine Populardurchsetzung von Informationspflichten erlaubt es nicht, sondern stellt zutreffend darauf ab, welche Schutzrichtung die entsprechende Vorschrift verfolgt und ob die klägerischen Interessen innerhalb dieser Schutzrichtung liegen.

2. Speziell Klagen von Verbänden: „associational standing“

- 87 Dieses Thema ist in den USA wegen der in zahlreichen Gesetzen seit Langem vorgesehenen „citizen suits“ weniger aktuell, als es sich unter dem Einfluss des EU-Rechts zur Zeit in Deutschland darstellt. Folgende Grundlinien lassen sich der Judikatur entnehmen:¹⁷⁵
- Aus eigenem Recht kann ein Verband klagen, wenn er z. B. Eigentümer eines in Anspruch genommenen Grundstücks ist; in diesen Fällen ist das „injury-in-fact“ Erfordernis leicht zu erfüllen.
 - Dagegen ist es ihm verwehrt, eine Klagebefugnis aus allgemeinen Interessen abzuleiten, für die er sich als Verband besonders einsetzen möchte. Das ist die 1972 in *Sierra Club v. Morton* aufgezeigte Grundlinie:¹⁷⁶ Ausdrücklich zurückgewiesen wird von der Mehrheit des Gerichts der Anspruch des klagenden Verbandes, prozessual als „representative of the public“ zu agieren; auch die besonderen Gefahren, die in der Ge-

175 Zum Folgenden *Gellhorn*, 1249 ff.; *Pierce*, Process, § 5.4.6; *Rüffel*, Klagebefugnis, 101 ff.

176 405 U.S. 727, 735–740 (1972); bestätigend 555 U.S. 488 (2009) *Summers v. Earth Island Inst.*

genwart z. B. für Natur und Umwelt bestehen, sollen kein Grund dafür sein, von der überkommenen Anforderung abzuweichen, dass der Kläger selbst durch das angegriffene Fehlverhalten negativ betroffen sein muss.¹⁷⁷ Einem altruistischen Verbandskläger – in der amerikanischen Diktion einem „ideological plaintiff“ – fehlt es danach an der erforderlichen Klagebefugnis. Sie könnte ihm auch gesetzlich nicht eingeräumt werden.

- Die häufigste Art der Verbandsklage ist die Klage eines Verbandes aus dem Recht seiner Mitglieder. Sie wird als „derivative“ bezeichnet.¹⁷⁸ Grundsätzlich gilt zwar auch in den USA wie in Deutschland, dass niemand die Rechte Dritter einklagen kann.¹⁷⁹ Für Vereine wird jedoch eine Ausnahme gemacht. Sie können nach dem sog. *Hunt Test* klagen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:¹⁸⁰ Es muss mindestens *ein* Mitglied des Vereins befugt sein, aus eigenem Recht zu klagen. Das verfolgte Interesse muss innerhalb des Verbandzwecks liegen, und schließlich darf es im Verfahren nicht notwendig sein, individuelle Mitglieder zu beteiligen. Auf dieser Basis bleibt die Klage des Verbandes zwar an die üblichen Voraussetzungen für Klagen natürlicher Personen, insbesondere an den „injury-in-fact“ Test, rückgebunden, hat aber trotzdem ein breites praktisches Einsatzfeld.¹⁸¹

III. Vergleichende Beobachtungen

In den Fragen der Klagebefugnis beschreibe Amerika einen Mittelweg zwischen dem engen deutschen und dem weiten französischen Konzept, heißt es in der Literatur.¹⁸² Das ist auf den ersten Blick richtig. Genauer betrach-

177 Anders Douglas, J. diss. 405 U.S. 727, 741 (1972) und Blackmun, J. diss. dort 755.

178 Gellhorn, 1254: „In other words, organizational standing is derivative of the standing of individual members.“ „Derivativ“ trifft die Sache besser als der in der deutschen Literatur benutzte Begriff der „egoistischen“ Verbandsklage.

179 468 U.S. 737, 751 (1984) *Allen v. Wright*.

180 432 U.S. 333, 347 (1977) *Hunt v. Washington State Apple Advertising Commission*.

181 Auch das amerikanische Prozesskostenrecht (dazu Schack, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 25) kann eine Prozessführung durch einen Verband nahelegen.

182 Ehlers (Fn. 134), VerwArch 84, 1993, 139, 168 f.; Heun (Fn. 2), in: Sommermann/Schaffarik, Handbuch II, 1684.

tet ist die Rechtslage jedoch differenzierter und gerade in jüngerer Zeit in den USA wie in Deutschland offen für neue Entwicklungen.

- 89 Im Ausgangspunkt sind die deutsche und die amerikanische Rechtsordnung von der Vorstellung geprägt, dass Kläger grundsätzlich nur sein kann, wer in einer spezifischen Nähe zum Gegenstand des Streites steht. Klagen, die sich ganz allgemein auf die Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen richten, sind nicht das Grundmodell.¹⁸³ Das gilt trotz der Bereitschaft des Kongresses, für manche Gebiete großzügig „citizen suits“ vorzusehen. Das Erfordernis der Klagebefugnis, „im Lichte“ des Art. III U.S.-Verf. interpretiert, hat folglich eine „Filterfunktion“.¹⁸⁴ Die Abgrenzung des geschützten Personenkreises von der Allgemeinheit ist für das amerikanische ebenso wie für das deutsche Prozessrecht das Kernproblem. Die Diskurse haben allerdings unterschiedliche Ausgangspunkte (1). Der Vergleich muss sich auf verschlungene Argumentationslinien einstellen, die in einigen Punkten Annäherungen, in anderen nach wie vor Unterschiede zeigen (2).

1. Unterschiedliche Ausgangspunkte der verfassungsrechtlichen Diskurse

- 90 Die unterschiedlichen Ausgangspunkte erklären sich entwicklungsgeschichtlich:¹⁸⁵ In den USA hatten die Gerichte die engere Fassung der Klagebefugnis, wie sie mit dem „legal rights“ Test verbunden war, schon in den 1960er Jahren verabschiedet. Diese Öffnung erfasste wichtige Gebiete wie das Umweltrecht und das Verbraucherschutzrecht, in denen eine aktive Klagepolitik von „citizen suits“ einsetzte, die vom Kongress unterstützt wurde. Auf diese Tendenz reagierte der Supreme Court in *Lujan* (1998) unter Rückgriff auf Art. III sect. 2 der U.S.-Verf. mit Einschränkungen. Selbst wenn die Richtermehrheiten in den häufigen 5:4 Entscheidungen schwankten, eine eindeutige Rechtsprechungslinie lange Zeit schwer auszumachen war und auch heute nicht endgültig fixiert erscheint: Der Diskurs ist seither von den *Restriktionen* her bestimmt. Das gilt jedenfalls für

183 *Pierce*, Process, § 5.4 (S. 130: „Not everyone can invoke the power of a court to review agency action“); 592 U.S. __ (2020) (slip op. at 4-5) *Carney v. Adams*: „a grievance that amounts to nothing more than an abstract and generalized harm to a citizen’s interest in the proper application of the law does not count as an ‘injury in fact’“.

184 BVerwGE 104, 115, 118.

185 Zum Folgenden auch *Möllers*, Gewaltengliederung, 159 ff.

die Gerichtsbarkeit des Bundes.¹⁸⁶ Auch diejenigen, die nach wie vor für eine weite Fassung der Klagebefugnis eintreten, können das nur in intensiver Auseinandersetzung mit dem Restriktionsansatz tun. Das verlangt schon die vom Supreme Court immer wieder herausgestellte verfassungsrechtliche Basis der Einschränkungen.

In Deutschland ist die verfassungsrechtliche Diskussion durch die Trennung zwischen „individuellem“ und „überindividuellem“ Rechtsschutz bestimmt.¹⁸⁷ Praktisch werden zwei Teildiskurse geführt, die gegensätzliche Tendenzen aufweisen.

- *Individueller Rechtsschutz*: Das sind die Klagen um subjektive Rechte im Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG. Diese Bestimmung schafft zwar keine subjektiven Rechte, sondern setzt sie voraus. Aus der von ihr mitgeprägten „Gesamtsicht des Grundgesetzes“ folgte das Bundesverfassungsgericht aber schon früh, „daß im Zweifel diejenige Interpretation eines Gesetzes den Vorzug verdient, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt“.¹⁸⁸ Insbesondere die Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundrechtskatalogs haben sich als eine außerordentlich ergiebige Quelle materieller Rechte erwiesen. Der aus diesem Zusammenwirken entwickelte Gedanke der „Rechtsschutzeffektivität“ besitzt folglich eine natürliche Ausweitungstendenz: dieser (Teil-)Diskurs denkt von einer *Expansion* her. Einschränkende Überlegungen, etwa der Gedanke der Gewaltenteilung und einer richtigen Zuordnung von „Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit“, haben es schwer, sich gegenüber diesem Trend zur Geltung zu bringen. Die Diskussion verläuft eindimensional. Die in den USA zutreffend herausgearbeiteten Machtaspekte der „doctrine of standing“, die differenzierende Bewertungen nahelegen, werden „im Lichte“ des Art. 19 Abs. 4 GG und des Individualrechtsschutzes in Deutschland schnell überspielt.
- *Überindividueller Rechtsschutz*: Ganz anders verläuft der Diskurs dagegen bei den nicht um subjektive Rechte geführten Klagen: Interessentenklagen, objektive Beanstandungsklagen und sog. altruistische Verbandsklagen. Im Bild des deutschen Verwaltungsprozessrechts, wie es sich unter

186 Das einzelstaatliche Prozessrecht ist in Fragen der Klagebefugnis durch die genannten Bestimmungen der Bundesverfassung nicht gebunden und kann folglich in größerem Umfang „citizen suits“ vorsehen; dazu *Mandelker/Wegner/Griffith/Bond/Tyson*, State and Local Government in a Federal System, 857 ff.

187 Dazu systematisch *Schlacke*, Überindividueller Rechtsschutz.

188 BVerfGE 15, 275, 281; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 42 Rn. 136.

dem Grundgesetz etabliert hat, besitzen diese Klagen nur eine Randposition. Sie werden von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfasst und können nur durch den Gesetzgeber, nicht aber durch eine richterliche Spruchpraxis geschaffen werden. Rechtspolitische Forderungen nach ihrer Einführung waren zunächst nur wenig erfolgreich. Von einer Bewegung in der Gesetzgebung zu mehr Verbandsklagen oder „citizen suits“ wie in den USA konnte lange Zeit nicht die Rede sein. Folglich bestand auch keine Veranlassung, sich mit ihren verfassungsrechtlichen Grenzen auseinanderzusetzen.¹⁸⁹

- 92 Erst unter dem Druck des EU-Rechts hat sich das in jüngerer Zeit geändert. Der europarechtlich veranlasste Ausbau der Verbandsklagebefugnisse hat Diskussionen um einen „Funktionswandel“ der Verwaltungsgerichtsbarkeit angestoßen, die dem amerikanischen Diskurs ähneln. Neue Klagerechte werden jetzt als „Legitimationsproblem“ definiert, bei dessen Lösung auch die Gewaltenteilung, die Gegenrechte anderer Prozessbeteiligter und die Folgen ausgeweiteter Klagebefugnisse für die Allokation der Ressource „Rechtsschutz“ berücksichtigt werden sollen.¹⁹⁰ Jedenfalls für den Bereich des überindividuellen Rechtsschutzes gibt es heute auch in Deutschland neben Ausbautendenzen Ansätze eines Diskurses, der die Restriktionen betont. Einen festen verfassungsrechtlichen Ankerpunkt, wie ihn die amerikanische Judikatur spätestens seit *Lujan* bietet, besitzt er allerdings bisher nicht.

2. Annäherungen: „citizen suits“ und „prokuratorische Rechte“

- 93 Beide Rechtsordnungen begegnen Klagen, die sich in einem ganz allgemeinen Sinne auf die Gesetzesvollziehung richten, mit Vorbehalten. Sie schließen solche Klagen aber auch nicht prinzipiell aus. In den USA hat das „private law enforcement“ sogar eine lange Tradition (→ 2/128–131). „Citizen suits“ sind in vielen Gesetzen vorgesehen und gelten etwa im Umweltrecht als ein wichtiges Instrument der Rechtsdurchsetzung.¹⁹¹ Sie müssen sich aber in den Rahmen der „cases or controversies“ Klausel des Art.

189 Ausnahme: *Felix Weyreuther*, Verwaltungskontrolle durch Verbände?, 1975.

190 *Ferdinand Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, 28 ff.

191 Vgl. nur *R. L. Glicksman*, The Value of Agency-Forcing Citizen Suits to Enforce Nondiscretionary Duties, 10 *Widener L. Rev.* 353 (2004); *K. A. Rouse*, Holding

III der U.S.-Verf. einfügen. Der Kreis der Interessen, auf die sich ein Kläger berufen kann, ist zwar weit; aber die Art ihrer Betroffenheit muss „concrete and particularized“ dargetan werden. Der Kläger muss „a personal stake in the outcome“ und nicht nur ein reines Klageinteresse haben.

Im dualistischen deutschen Modell, das zwischen individuellem und über-individuellem Rechtsschutz trennt, stehen Bürgerklagen eines vergleichbaren Zuschnitts im Regelfall außerhalb der Schutzzone des Art. 19 Abs. 4 GG, weil sie nicht der Verteidigung subjektiver Rechte dienen. Sie müssen gesetzlich ausdrücklich zugelassen werden. In diesem Punkte könnte sich allerdings ein Wandel abzeichnen: Das EU-Recht kennt Fälle, in denen der Einzelne befugt ist, seine Klage zum Schutz eines bestimmten Kollektivgutes wie z. B. der Volksgesundheit einzusetzen. Dabei geht es nicht um die Durchsetzung der Gesetzesvollziehung ganz allgemein, sondern um die Verteidigung von Gemeinschaftsgütern, an denen auch der Kläger selbst in einem weiteren Sinne partizipiert. Soweit das EU-Recht den Mitgliedstaaten vorschreibt, entsprechend weite Klagebefugnisse vorzuhalten, sind diese Vorgaben in Deutschland subjektiv-rechtlich aufgefangen und in die Schutznormlehre integriert worden.¹⁹² Die Judikatur spricht von „prokuratorischen“ Rechten.¹⁹³

Diese Entwicklung hat Überlegungen angestoßen, ob die Lehre vom subjektiven Recht nicht auch über den europarechtlich vorgeschriebenen Bereich hinaus um prokuratorische Elemente erweitert werden sollte.¹⁹⁴ Nach der heute allseits akzeptierten *grundrechtlichen* Erweiterung, die das subjektive Recht und die Schutznormlehre in den letzten Jahrzehnten erfahren haben, könnte mit dieser *funktionellen* Erweiterung auf die Veränderung staatlicher Steuerungsmittel reagiert werden, die oft auf einer höheren Ebene ansetzen und es dadurch erschweren, ihnen mit Klagen des traditionellen engen Zurechnungsmodells zu begegnen. Bisher sind diese Überlegungen zwar hoch umstritten. Sollte sich im Laufe der Zeit das Konzept des subjektiven Rechts jedoch in diesem Sinne erweitern, würde

the EPA Accountable: Judicial Construction of Environmental Citizen Suit Provisions, 93 N. Y. U. L. Rev. 1271 ff. (2018).

192 Dazu *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: GVwR III, § 50 Rn. 154 ff.: „Konzept der funktionalen Subjektivierung“.

193 BVerwGE 147, 312 = NVwZ 2014, 64 Rn. 46 unter Bezugnahme vor allem auf *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, bes. 128 ff.

194 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz, 20 ff. mit weit. Nachw.; dagegen *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 51 ff.

sich das *im praktischen Ergebnis* der amerikanischen Situation annähern: Bürger- oder Verbandsklagen wären zwar nach wie vor nicht generell statthaft. Sie wären aber auch nicht von einer besonderen gesetzlichen Anerkennung abhängig, sondern dann zuzulassen, wenn es um Rechtsgüter geht, deren „prokuratorische“ Verteidigung aus einer bestimmten Gefährdungssituation heraus angezeigt ist.

B. Die Kontrolldichte („scope of review“)

- 96 Dieses zweite Standardthema ist in beiden Rechtsordnungen durch ein dichtes Netz von Rechtsbegriffen und Doktrinen bestimmt: in den USA etwa die Unterscheidung von „error of law“ und „error of fact“, „substantial evidence“ und „Chevron doctrine“, in Deutschland der „unbestimmte Gesetzesbegriff“, die „Beurteilungsermächtigung“, die „normative Ermächtigungslehre“, die „Letztentscheidungskompetenz“ und die Lehre von den „Ermessensfehlern“.¹⁹⁵ Ebenso finden sich in beiden Ländern aber auch immer wieder skeptische Stimmen, denen zufolge die Gerichte sich nicht an die damit vorgegebenen Linien halten, sondern die Intensität ihrer Kontrolle so variabel handhaben, wie es der Fall ihrem Rechtsgefühl nach verlangt.¹⁹⁶
- 97 Gerade auf diesem Felde sind die Unterschiede zwischen der Herstellung und der Darstellung einer Gerichtsentscheidung besonders ausgeprägt. Trotzdem wird es in der amerikanischen ebenso wie in der deutschen Rechtspraxis für richtig gehalten, die Behandlung des Themas an den eingeführten Einteilungen und Doktrinen auszurichten; denn sie sind es, auf die die Judikate und auch die Gesetze Bezug nehmen und die die Diskussion um die gerichtliche Kontrolldichte strukturieren.¹⁹⁷ Die deutsche Lehre vom Beurteilungsspielraum mag im Rechtsvergleich zwar teilweise „überdogmatisiert“ wirken. Die grundlegende Einsicht aber, dass die Intensität der gerichtlichen Verwaltungskontrolle durch einen Bestand an Rechtsfi-

195 Vgl. Oster, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, pass.

196 Schwartz, § 10.1 (S. 625): „In the final analysis, the scope of review depends on the individual judge's estimate of the justice of the case.“ Vgl. auch den Hinweis auf den „dezisionistischen“ und „voluntativen“ Charakter unterschiedlicher Kontrollmaßstäbe K.-L. Riese, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 27.

197 Ebenso Strauss, Justice, 456; Gellhorn, 927: „that these considerations ought to be reflected in the doctrinal formulation of scope of review“.

guren und Standards beschreibbar und bewertbar sein sollte, teilen die USA und Deutschland.

Für die rechtsvergleichende Betrachtung wichtiger sind gerade hier die 98 oben beschriebenen *Perspektivenunterschiede*, die zwischen der amerikanischen und der deutschen Verwaltungsrechtslehre bestehen:¹⁹⁸ In den USA stehen die gestaltende Verwaltung und ihre komplexen Regulierungsentscheidungen, insbesondere das „rulemaking“, im Vordergrund. Die deutsche Lehre orientiert sich dagegen primär an Vollzugsentscheidungen des Polizei-, Beamten-, Gewerbe- oder Prüfungsrechts, während etwa Planungsentscheidungen mit ihren differenzierten Interessenstrukturen nach wie vor ein Sondergebiet darstellen. Eine hohe Intensität gerichtlicher Kontrollen lässt sich natürlich dort leichter durchhalten, wo es um gesetzesvollziehende Verwaltungsentscheidungen in überschaubaren Sachverhalten geht, als dort, wo die Gerichte mit komplexen Gestaltungsentscheidungen der Verwaltung konfrontiert sind.¹⁹⁹

Im Folgenden werden zunächst die grundlegenden Kontrollstandards auf- 99 gezeigt (I). Die umstrittene Frage, wie intensiv die Gerichte speziell die administrative Auslegung des einschlägigen Fachrechts kontrollieren dürfen, wird danach gesondert untersucht (II).

I. Die Grundlinien (§ 706 APA)

Gemeinsamer Bezugspunkt ist in beiden Rechtsordnungen die *Rechtswidrigkeit* 100 der angegriffenen Verwaltungsmaßnahme. Zweckmäßigkeit oder Fragen von „policy“ gehören nicht zum Prüfungsprogramm der Gerichte. Während § 113 VwGO nur allgemein auf die Rechtswidrigkeit abhebt, benennt der APA eine Reihe von Fehlertatbeständen als „*standards of review*“, die das Gericht zur Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung veranlassen. Als Ausgangspunkt dient die Unterscheidung von Sachverhaltsfragen (1) und Rechtsfragen (2).²⁰⁰ Ermessensfragen sind anders als in Deutschland nicht auf die Rechtsfolgenrechte begrenzt, sondern können sich auch auf der Tatbestandsseite stellen (3).

198 Zur Bedeutung dieser „Spektralverschiebung“ → 1/10–11.

199 Vgl. Möllers, Gewaltengliederung, 163 ff.

200 Die „arbitrary or capricious“ Formel § 706(2)(A) APA ist der beide übergreifende Kontrollstandard.

- 101 Verstöße speziell gegen *Verfahrensrecht* werden tendenziell schärfer sanktioniert als in Deutschland. Allerdings ist auch das amerikanische Recht trotz aller Wertschätzung des Verfahrens pragmatisch genug, um nicht jeden Verfahrensfehler als Grund für die Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung zu behandeln (→ 3/83–84). Die Nichteinhaltung des vorgegebenen Verfahrensrechts ist zwar als ein beachtlicher Verfahrensfehler ausdrücklich im Gesetz genannt; aber es ist ihm eine „harmless error“ Klausel beigelegt.²⁰¹ Die Gerichte sind dadurch in die Lage versetzt, u.a. nach der Schwere des Fehlers und nach der Wahrscheinlichkeit, mit der er das Ergebnis beeinflusst hat, zu differenzieren.²⁰² Das Ergebnis hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Generelle Aussagen, wann ein Fehler „harmless“ ist, lassen sich so gut wie nicht treffen.²⁰³

1. Sachverhaltsfragen

- 102 Was den Sachverhalt betrifft, fragen die Gerichte, inwieweit die Behörde ihrem Auftrag zur Ermittlung, Bewertung und Dokumentation der Tatsachen gerecht geworden ist. Vorbild der Verwaltungskontrolle ist die Überprüfung der Tatsachenfeststellungen eines „trial court“ durch das höhere Gericht. Ein eigenes Beweisverfahren vor dem überprüfenden Gericht gehört nicht dazu; etwas anderes gilt nur für die seltenen Fälle des „de novo review“.²⁰⁴ Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den deutschen Ver-

201 § 706(2)(D) APA und dort im letzten Satz: „due account shall be taken of the rule of prejudicial error“. In § 508(b) MSAPA 2010 heißt es: „the court shall apply the rule of harmless error“.

202 556 U.S. 396, 411 (2009) *Shinseki v. Sanders*: Kriterien können u.a. sein: „an estimation of the likelihood that the result would have been different, an awareness of what body (jury, lower court, administrative agency) has the authority to reach that result, a consideration of the error’s likely effects on the perceived fairness, integrity, or public reputation of judicial proceedings“. Vgl. M. Fehling, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 2011, 293 und 299.

203 C. Smith, Taking „Due Account“ of the APA’s Prejudicial-Error Rule, 96 Va. L. Rev. 1727, 1764 (2010): „Unfortunately, what that study reveals is a series of cases that lie in the twilight between rules of general application and fully case-specific or even haphazard analysis“.

204 Vgl. 401 U.S. 402, 415 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* (Overton Park); vgl. Erath, *Verwaltungsverfahren* 130 ff. Die wichtigsten Fälle finden sich im FOIA und im Privacy Act; dazu → 5/35–37 und 55. Weiter die seltenen Fälle der „constitutional“ und „jurisdictional facts“, dazu Strauss, Justice, 464 Fn. 31 i. V. 460 f.

waltungsgerichten, die zur Amtsermittlung verpflichtet sind (§ 86 Abs. 1 VwGO) und den Rechtsstreit daher gegebenenfalls durch eigene Beweiserhebungen zur Entscheidungsreife bringen müssen. Für die amerikanischen Gerichte ist Bezugspunkt ihrer Kontrolle nicht der Sachverhalt selbst, sondern der behördliche Umgang mit dem Sachverhalt, wie er sich im „record“ der Behörde darstellt.²⁰⁵ Für die solchermaßen distanzierte und „record“-konzentrierte Überprüfung stehen zwei Kontrollstandards zur Verfügung:²⁰⁶

a) „substantial evidence“

Nach § 706(2)(E) APA ist eine Verwaltungsentscheidung aufzuheben, 103 wenn die zugrundegelegten Tatsachenannahmen durch Beweise nicht hinreichend abgesichert sind („unsupported by substantial evidence“). Um das beurteilen zu können, muss sich das Gericht detailliert mit allen Teilen des „record“ auseinandersetzen, also auch mit den Angaben, die gegen die behördlichen Annahmen und Überlegungen sprechen.²⁰⁷ Besondere gerichtliche Aufmerksamkeit finden etwa Fälle, in denen die Behörde in ihrer Entscheidung von den Sachverhaltsfeststellungen des ALJ abgewichen ist. Trotzdem bleibt das Gericht auf die Rolle des Prüfers beschränkt und wird nicht zum Ermittler. Sachverhalt, der nicht im „record“ enthalten ist oder sich nicht aus ihm ergibt, ist auch nicht Prüfungsgegenstand.²⁰⁸ Neue Tatsachen können nur in engen Grenzen eingeführt werden.²⁰⁹

205 Das ist eine umfangreiche Dokumentation, die aus einer Vielzahl unterschiedlicher Aktenstücke, Protokolle, Stellungnahmen und Erklärungen besteht. Vgl. zum Mindestinhalt des „rulemaking record“ § 302(b)(1–7) und des „hearing record“ § 406(b)(1–11) MSAPA 2010. Allgemein zur Bedeutung des „record“ Schwartz, § 10.2.

206 401 U.S. 402, 414–416 (1971); systematisch Pierce, Process, § 7.3; Cane, Controlling, 243 ff.; auch Hartung (Fn. 2), DÖV 1993, 323, 328 f. Vgl. weiter → 4/119 ff.

207 Dazu 340 U.S. 474, 488 (1951) *Universal Camera Corp. v. NLRB*; Breyer/Stewart, 230.

208 Vgl. § 507(a) MSAPA 2010: „the court review is confined to that record and to matters arising from that record“.

209 § 507(c) MSAPA 2010; dazu die Begründung dort S. 96: „However, the standard of opening the record on appeal is high“.

- 104 Maßstab für die Bewertung des Gerichts ist das an Ermittlungen, was einen vernünftigen Entscheider zufriedengestellt hätte.²¹⁰ Damit ist der Verwaltung ein erheblicher Spielraum bei der Erhebung und Bewertung der erforderlichen Beweise eingeräumt. Er wird vor allem mit der besonderen Sachkunde gerechtfertigt, die hinter der gesetzlichen Zuweisung der betreffenden Aufgabe an eine bestimmte Behörde steht. Gewinnt das Gericht jedoch den Eindruck, dass die Behörde ihre Aufgaben in eigenwilliger und undurchsichtiger Weise wahrgenommen hat, so kann das zu einer immanen Verschärfung der Anforderungen führen.²¹¹
- 105 Der „substantial evidence“ Standard gilt für Entscheidungen, die gem. §§ 556 oder 557 APA im Verfahren des „formal rulemaking“ oder „formal adjudication“ erlassen worden sind oder die sonst gem. gesetzlicher Vorschrift in einem entsprechend formalisierten Verfahren ergangen sind. Selbst wenn eine Reihe von Fachgesetzen, über den APA hinausgehend, den Anwendungsbereich des Standards erweitert hat, bleibt es dabei, dass die meisten Verwaltungsentscheidungen nicht erfasst werden.²¹²
- b) „arbitrary and capricious“
- 106 Die nicht unter a) fallenden Entscheidungen sind nach dem „arbitrary and capricious“ Standard zu behandeln.²¹³ Auch hier müssen sich die Gerichte mit den behördlichen Unterlagen und Erwägungen auseinandersetzen.²¹⁴ Zu prüfen ist insbesondere, ob alle relevanten Gesichtspunkte erfasst worden sind, ob die Begründung durch die Beweisergebnisse gestützt wird

210 487 U.S. 552, 564 (1988) *Pierce v. Underwood*: „justified to a degree that could satisfy a reasonable person“; ähnlich schon 305 U.S. 197, 229 (1938) *Consolidated Edison Co. v. NLRB*; vgl. auch 527 U.S. 150, 153 (1999) *Dickinson v. Zurko* sowie 574 U.S. 293 (2015) (slip. op. at 7) *T-Mobile South, LLC v. City of Roswell* und 587 U.S. ____ (2019) (slip op at 5) *Biestek v. Berryhill*; *Strauss*, Justice, 465 („reasonable administrator“). Zu Einzelpunkten *Pierce*, Process, § 7.3.1; *Breyer/Stewart*, 227 ff.

211 So die Einschätzung 522 U.S. 359 (1998) *Allentown Mack Sales & Services, Inc. v. NLRB* von *Pierce*, Process, § 7.3.1; *Strauss*, Justice, 468 („driven by judicial suspicions that the NLRB had been manipulatively using the special status that its fact-finding would enjoy on review“).

212 Für das Recht der Einzelstaaten ergibt sich ein breiterer Anwendungsbereich aus dem Umstand, dass § 508(a)(3)(D) MSAPA 2010 den „substantial evidence“ Standard für alle „contested cases“ i. S. des § 102(7) vorsieht.

213 401 U.S. 402, 416 (1971) *Overton Park*; *Pierce*, Process, § 7.3.2.

214 463 U.S. 29, 43 (1983) *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (State Farm); → 4/119 ff.

und ob die Behörde nicht Gesichtspunkte herangezogen hat, die das Gesetz gerade nicht berücksichtigt wissen wollte. Dazu haben die Behörden auch für die nicht-förmlich ergangenen Entscheidungen gegebenenfalls einen Grundbestand an dokumentierten Feststellungen vorzuhalten.²¹⁵ Diese Feststellungen werden bei der gerichtlichen Kontrolle Punkt für Punkt durchgegangen.²¹⁶ Das ist mehr als eine bloße Willkürkontrolle. Wo die „hard look“ Judikatur greift, verschärfen sich die Anforderungen weiter.²¹⁷ Allerdings müssen sich die Gerichte davor hüten, ihre eigenen Vorstellungen an die Stelle derjenigen der Verwaltung zu setzen.²¹⁸

Ursprünglich sollte der „arbitrary and capricious“ Standard im Vergleich mit dem „substantial evidence“ Standard eine weniger intensive gerichtliche Kontrolle indizieren. Seine schrittweise Aufladung mit Anforderungen des „hard look“ hat ihn jedoch Letzterem angeglichen, so dass gefragt wird, ob heute nicht von einem einheitlichen Standard auszugehen ist. Dafür finden sich in der Rechtsprechung der Berufungsgerichte durchaus Beispiele.²¹⁹ Richtiger erscheint es jedoch, statt von einer Angleichung der beiden überkommenen Standards eher von einer internen Ausdifferenzierung des „arbitrary and capricious“ Standard auszugehen.²²⁰ An einem Ende des Spektrums bewegen sich die Fälle, die sich dem „substantial evidence“ Standard praktisch angeglichen haben. Am anderen Ende finden sich Fälle, in denen die Kontrolle deutlich zurückgenommen ist. Das betrifft zum einen Einzelentscheidungen mit geringem Belastungsgehalt. Es können aber auch Entscheidungen sein, in denen es um komplizierte offene Fragen des technisch-wissenschaftlichen Fortschritts („areas of uncertainty“, „at the border of science“) geht. Auch hier ist der Supreme Court bereit, der besonderen *Sachkunde* der zuständigen Behörde für die Tatsa-

215 Nach § 507(b) MSAPA 2010 gehören dazu: „unprivileged materials that agency decision makers directly or indirectly considered, or which were submitted for consideration by any person, in connection with the action under review, including information that is adverse to the agency’s position“.

216 463 U.S. 29, 46–51 (1983) *State Farm*; ferner 556 U.S. 502, 517 (2009) *FCC v. Fox Television Stations Inc.* (Fox I).

217 Zu dieser für das Verwaltungs- und für das Gerichtsverfahren relevanten Rechtsprechung → 3/80 ff.; *Cane*, Controlling, 249: „It [hard-look review] requires a strong logical relationship between outcome (decision or rule), reasoning and reasons“.

218 401 U.S. 402, 416 (1971) *Overton Park*: „Although this inquiry into the facts is to be searching and careful, the ultimate standard of review is a narrow one. The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency“.

219 Vgl. *Pierce*, Process, § 7.3.3; *Erath*, Verwaltungsverfahren, 119 ff.

220 So *Strauss*, Justice, 471.

chenfeststellung und ihrer politischen Verantwortung für die praktischen Konsequenzen Rechnung zu tragen und einen sehr zurückhaltenden Prüfungsmaßstab anzulegen.²²¹

2. Rechtsfragen

- 108 Der zweite Grund, der nach der Systematik des § 706(2) APA zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidung führt, sind Rechtsfehler. Den Maßstab bilden das Verfassungsrecht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze, das Verfahrensrecht des APA und vor allem die einschlägigen Fachgesetze. Zu trennen ist zwischen Rechtsauslegung (a-b) und Rechtsanwendung (c).

a) „The province of the judicial department“

- 109 Das Recht zu interpretieren ist eine genuine Aufgabe der Gerichte – nach der berühmten Formulierung in *Marbury v. Madison*: „It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.“²²² Dazu gehört auch die inzidente Überprüfung der einschlägigen Rechtsgrundlagen unter Einschluss der Gesetze des Kongresses auf ihre Verfassungsmäßigkeit. Gerade mit dieser Form des „judicial review“ haben die USA früh einen Meilenstein für die Entwicklung des Verfassungsstaates gesetzt.²²³ Eine vollständige gerichtliche Kontrolle der behördlichen Rechtsauslegung dient nicht nur dem Schutz individueller Rechte im Einzelfall, sondern auch dazu, Rechtseinheit und Gesetzesgebundenheit der Exekutive sicherzustellen.²²⁴ Das ist in Amerika ebenso wie in Deutschland anerkannt.
- 110 Beide Rechtsordnungen verschließen allerdings nicht die Augen davor, dass die Präzision der einschlägigen Rechtsbegriffe in der Praxis erheblich variiert. Sie ziehen aus diesem Umstand allerdings unterschiedliche Konsequenzen: Nach deutscher Auffassung ist die abstrakte *Auslegung* des ein-

221 462 U.S. 87, 97, 104 (1983) *Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC, Inc.*; *Pierce, Process*, § 7.3.4.

222 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

223 Dazu nur *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 38 ff., zur deutschen Entwicklung dort 77 ff.

224 *Pierce, Process*, § 5.1.1: „In this sense, courts aid Congress by insuring that agencies stay within the substantive boundaries established by Congress“.

schlägigen Rechts voller gerichtlicher Kontrolle unterworfen und eine Kontrollreduktion allenfalls bei der einzelfallbezogenen *Subsumtion* denkbar.²²⁵ In Amerika interessiert demgegenüber an erster Stelle, inwieweit schon bei der Auslegung richterliche Zurückhaltung („deference“) angezeigt ist.

b) Fallgruppen von „judicial deference“

Eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle kommt allerdings nicht in Betracht, soweit es um die Auslegung des Verfassungsrechts und der allgemeinen Gesetze wie z.B. des APA oder des FOIA geht. Das Feld beschränkter gerichtlicher Kontrolle ist das *Fachrecht*. Hier stellen sich zwei Probleme: zunächst ist zu fragen, ob eine Kontrollreduktion überhaupt veranlasst ist, und sodann, nach welchen Kriterien die reduzierte Kontrolle auszuüben ist. Soweit dazu spezialgesetzlich nichts gesagt ist, orientieren sich Wissenschaft und Praxis an bestimmten Typen, die jeweils bestimmte Verwaltungshandlungen mit einer Reduktion der gerichtlichen Kontrolle verbinden. 111

Die jeweilige Leitentscheidung des Supreme Court gibt dem entsprechenden Deference Typ den Namen:²²⁶ 112

- *Chevron* betrifft die Auslegung (*fach*)gesetzlicher Vorschriften durch *rechtsförmige* behördliche Entscheidungen. Zu diesen Entscheidungen, die bindende Rechtswirkung haben, zählen vor allem „rules“, unabhängig davon, ob sie im Sinne des APA als „formal“ oder „informal“ einzustufen sind. *Chevron* ist, was Auslegungsfragen betrifft, der Hauptfall einer reduzierten gerichtlichen Überprüfung (dazu → 4/124 ff.).
- *Skidmore* betrifft die Frage, welche Bedeutung *andere behördliche Verlautbarungen* für die Interpretation von Gesetzesbegriffen haben. Die Gerichte behandeln solche Texte nicht als rechtlich bindende Vorgaben,

225 BVerfGE 129, 1, 22 f.

226 Knappe Charakterisierungen der Typen bei *Cane*, Controlling, 211 ff. Statistische Angaben dazu, wie sich die Anwendung der unterschiedlichen Typen auf das Entscheidungsergebnis des Supreme Court ausgewirkt hat, bei W. N. Eskridge Jr./L. E. Baer, The Continuum of deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from *Chevron* to *Hamdan*, 96 Geo. L. J. 1083 (2008). Zur aktuellen Auseinandersetzung um *Auer* und um *Chevron* deference vgl. J. A. Pojanowski, Neoclassical Administrative Law, 133 Harv. L. Rev. 852 ff. (2020).

sind aber bereit, ihnen ein erhebliches argumentatives Gewicht beizumessen, wenn sie die Überzeugung gewonnen haben, dass die betreffende Verlautbarung durch den Sachverstand der Behörde geprägt und auf Grund sorgfältiger Überlegungen ergangen ist (→ 3/63).

- *Auer* (auch *Seminole Rock*) betrifft die Frage, wieweit die behördliche Interpretation einer von *derselben Behörde* erlassenen *Verordnung* von den Gerichten zu akzeptieren ist.²²⁷ Die Gerichte folgten hier bisher einem äußerst zurückhaltenden Kontrollstandard.²²⁸ Danach war grundsätzlich die behördliche Auslegung zugrunde zu legen, es sei denn, diese erweise sich als „plainly erroneous or inconsistent with the regulation.“²²⁹ Gerechtfertigt wurde diese Zurückhaltung mit dem Hinweis, die Behörde als Normgeber wisse selbst am besten, was sie habe regeln wollen.²³⁰ Es gab jedoch seit Langem erhebliche Kritik.²³¹ Nunmehr ist auch der Supreme Court von seiner zurückhaltenden Linie abgegangen. In der Entscheidung *Kisor v. Wilkie* vom 26. Juni 2019 ist es zwar (knapp) vermieden worden, dass *Auer* gänzlich verabschiedet wurde, wie es eine Minderheit der Richter verlangte.²³² Doch will auch die das Urteil tragende Mehrheit der als liberal geltenden Richter die Kontrollreduktion künftig an strenge Voraussetzungen binden:²³³ Die Gerichte müssen danach unter Einsatz aller verfügbaren Auslegungsregeln („all traditional tools of construction“) zunächst einmal genau untersuchen,

227 519 U.S. 452 (1997) *Auer v. Robbins*; dazu *Pierce*, Process, § 7.5; *Hickman/Pierce*, 774–794.

228 Statistische Untersuchungen zeigen, dass der Supreme Court bei Zugrundelegung dieses Standards in 90 % der Fälle der behördlichen Interpretation folgte; Nachw. bei *Hickman/Pierce*, 794.

229 519 U.S. 452, 461 unter Bezugnahme auf 490 U.S. 332, 359 (1989) *Robertson v. Methow Valley Citizens Council* und 325 U.S. 410, 414 (1945) *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.* Zu Ausnahmen von diesem Standard vgl. 567 U.S. 142, 155–157 (2012) *Christopher v. SmithKline Beecham Corp.*

230 Zu den Gründen für *Auer* im Einzelnen vgl. C. Sunstein/A. Vermeule, The Unbearable Rightness of *Auer*, 84 U. Chic. L. Rev. 297, 307 (2017): the agency as „interpreter and policy-maker“.

231 Ausführlich J. Manning, Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules, 96 Colum. L. Rev. 612 (1996); weitere Lit. bei *Strauss*, Justice, 501 f. Die Kritik wurde aufgenommen von Scalia J., (concur. in part and diss. in part) 568 U.S. 597. 621 (2013) *Decker*, *Oregon State Forester v. Northwest Environmental Defense Centre*: „He who writes a law must not adjudge its violation“.

232 588 U.S. __ (2019) *Kisor v. Wilkie*, Gorsuch, J., (concur. in judgement), dem sich die Richter Alito, Kavanaugh und Thomas angeschlossen haben.

233 Ebd. Kagan, J. für die Mehrheit (slip op at. 11–19).

ob die streitige Bestimmung der betreffenden Rechtsverordnung überhaupt Zweifel an ihrer Auslegung zulässt. Sie werden dadurch deutlich stärker als bisher in die Interpretation hineingezogen. Aber auch dann, wenn sie die Offenheit des Textes bejahen, müssen sie weiter fragen, ob sich die behördliche Interpretation in den Grenzen vernünftiger Auslegung hält und ob sie sich als Ergebnis besonderer behördlicher Fachkunde verstehen lässt. Von der ursprünglichen Kontrollreduktion ist in *Kisor* nicht viel übrig geblieben.

- *Curtiss-Wright* betrifft Fragen speziell der Außen- und Sicherheitspolitik.²³⁴ Die gerichtliche Kontrolle ist hier weit zurückgenommen, weil auf diesen Feldern neben den Vorgaben des Kongresses auch die zentralen Kompetenzen des Präsidenten in Rechnung gestellt werden müssen. U. U. ist der Rechtsschutz gesetzlich sogar vollständig ausgeschlossen. Anderes gilt allerdings, wenn Habeas Corpus Garantien oder völkerrechtliche Verträge im Spiel sind.²³⁵

Nimmt man die Typen zusammen, so ergibt sich ein beachtlich breites Feld eingeschränkter gerichtlicher Überprüfung. In jüngster Zeit mehren sich allerdings die Stimmen, die auf eine Einschränkung der Einschränkungen und damit auf eine Steigerung der Kontrollintensität drängen.²³⁶

c) Subsumtionsfragen

Die Anwendung der Norm auf den konkreten Sachverhalt gilt als eine zwischen Tatsachen und Recht changierende „mixed question“.²³⁷ Sie letztver-

234 299 U.S. 304, 320 (1936) *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*: „the very delicate, plenary and exclusive power of the President as the sole organ of the federal government in the field of international relations“. Vgl. auch G. Nolte, Landesbericht Vereinigte Staaten von Amerika, in: Frowein, Kontrolldichte, 172, 203 ff. Weitere Entscheidungen auf diesen Gebieten bei W. N. Eskridge Jr./L. E. Baer (Fn. 226), 96 Geo. L. J., 1083, 1100–1103 (2008).

235 Dazu 548 U.S. 557 (2006) *Hamdan v. Rumsfeld* (genaue Prüfung der Auslegung des einschlägigen Rechts).

236 Neben den Angriffen auf Auer die Zweifel an *Chevron*; dazu → 4/134–135 und → 6/35–40.

237 Vgl. W. Heun (Fn. 2), in: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch II, 1689. Der Gebrauch dieses Begriffs ist in der Judikatur allerdings nicht immer eindeutig und kann anders als die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Frage nach der Kontrollintensität auch andere Fragestellungen betreffen; dazu jüngst 589 U.S. __ (2020) (slip op. at 4–5) *Guerrero-Lasprilla v. Barr*, und Thomas, J. diss. dort (slip op. at. 3–6).

bindlich selbst zu beantworten fällt den Gerichten jedenfalls zu, wenn ausnahmsweise „de novo review“ vorgesehen ist.²³⁸ Im Übrigen soll es darauf ankommen, ob das Gericht oder die Verwaltung besser geeignet ist, die Subsumtionsfrage letztverbindlich zu beantworten.²³⁹ Sind spezielle rechtliche Überlegungen notwendig, sind es die Gerichte, die dann grundsätzlich vollständig prüfen. In diesen Fällen entsprechen die amerikanischen Standards dem, was nach Art. 19 Abs. 4 GG der Regelfall sein soll.²⁴⁰ Geht es dagegen mehr um den Umgang mit den Fakten, hat die Verwaltung die Vorhand. Die Gerichte verfahren dann nach der Generalklausel des § 706(2)(A) APA, nach der eine Verwaltungsentscheidung aufzuheben ist, wenn sie „arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law“ ist. Dass das – je nach Art der zu überprüfenden Verwaltungsentscheidung – insgesamt gleichwohl zu einem intensiven Nachvollzug der behördlichen Ermittlungen und Erwägungen führen kann, zeigen die detaillierten, fachbezogenen Auseinandersetzungen des Gerichts in *State Farm*.²⁴¹

3. Die Kontrolle des behördlichen Ermessens („discretion“)

- 115 Das amerikanische Recht geht von einem einheitlichen, weiten Begriff des Verwaltungsermessens aus, wie ihn auch die meisten anderen Verwaltungsrechtsordnungen zugrundelegen.²⁴² Ermessensfragen können sich daher anders als nach herrschender deutscher Ansicht nicht nur auf der Rechtsfolgenreihe stellen.²⁴³ Gesetzlicher Anknüpfungspunkt der Kontrolle ist

238 Gesetzlich vorgesehen etwa bei Prozessen um den freien Aktenzugang nach dem FOIA. Zur älteren Lehre von den „constitutional facts“ vgl. *Hartung* (Fn. 2), DÖV 1993, 323, 325.

239 Vgl. 583 U.S. __ (2018) (slip op. at 8) *U.S. Bank N.A. v. Village at Lakeridge, LLC*: „better suited to resolve it“.

240 Dazu BVerfGE 129, 1, 23: im gewaltenteilenden Staat grundgesetzlicher Prägung sein „die letztverbindliche Normauslegung und auch die Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall grundsätzlich den Gerichten vorbehalten“.

241 463 U.S. 29, 46–57 (1983): Kontrollkonzept einer „reasoned analysis“.

242 Zum Rechtsvergleich *S. Oeter*, Die Kontrolldichte hinsichtlich unbestimmter Begriffe und des Ermessens, in: Frowein, Kontrolldichte, 266, 272 ff.; auch *Davis*, Discretionary Justice in Europe and America, 1976 (zum Ermessen speziell bei Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung).

243 *Pierce*, Process, § 5.1.5: courts permit agencies „considerable discretion in all aspects of decision-making“. Ähnlich *P. L. Strauss*, Overseers or The Deciders – The Courts in Administrative Law, 75 U. Chi. L. Rev. 815, 823 (2008).

§ 706(2)(A) APA, der „abuse of discretion“ ausdrücklich als Fehlertatbestand nennt.

a) Grenzen und Zweck der Ermessensermächtigung

Zur Konkretisierung hat der Supreme Court in der Entscheidung *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* ein zweigliedriges Prüfungsschema entwickelt, das – ähnlich wie § 114 VwGO – auf die Grenzen und auf den Zweck der gesetzlichen Ermessensermächtigung abhebt und damit Ermessensüberschreitungen und Ermessens Fehlgebrauch als die beiden Grundtatbestände der Fehlerlehre ansieht.²⁴⁴

Zunächst muss das Gericht entscheiden, ob sich die Verwaltungsbehörde innerhalb ihres Aufgabenbereichs („scope of its authority“) gehalten hat: Dazu ist der Umfang der Ermessensermächtigung zu ermitteln. Hat das einschlägige Gesetz die Bandbreite der Handlungsalternativen begrenzt, ist weiter zu prüfen, ob sich die Entscheidung der Verwaltung innerhalb dieser Bandbreite bewegt und die Behörde vernünftigerweise davon ausgehen konnte, dass Alternativen nicht zur Verfügung standen.²⁴⁵

In einem zweiten Schritt fragt das Gericht sodann, ob die Entscheidung im Sinne des § 706(2)(A) APA „arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law“ ist. In der Literatur werden zur Verdeutlichung etwa folgende Fehlertatbestände genannt:²⁴⁶ „improper purpose“, „extraneous considerations“, „erraneous legal or factual foundation“, „failure to consider relevant considerations“, „departure from established precedents or practice“ und „inaction and delay“. Aufgabe der Gerichte ist es zu prüfen, ob die Behörde die relevanten Faktoren erfasst hat und ob ihr nicht ein klarer Einschätzungsfehler unterlaufen ist.²⁴⁷ Gesichtspunkte, die der Kongress nicht berücksichtigt wissen wollte, darf

244 401 U.S. 402, (1971); dazu *Strauss*, Justice, 503 ff.; *Hickman/Pierce*, 815 ff.

245 401 U.S. 402, 415 (1971); weiter ausdifferenzierend dann 463 U.S. 29, 46–51 (1983) *State Farm*: „Normally, an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise“.

246 Als „abuse cases“ bei *Schwartz*, § 10.16.

247 401 U.S. 402, 420 (1971): „clear error in judgement“.

auch die Verwaltung nicht zu ermessensleitenden Kriterien machen. Auf der anderen Seite muss sich eine Behörde des vollen Umfangs ihrer Ermessensbefugnis bewusst sein. Lehnt sie ein Einschreiten ab, weil sie sich fälschlich dazu nicht für ermächtigt hält, unterfällt ihre Entscheidung der gerichtlichen Aufhebung.²⁴⁸ Gleiches gilt umgekehrt, wenn sich die Behörde zu einer Aktion rechtlich verpflichtet fühlte, obwohl sie über ein Einschreitensermessen verfügte und folglich, z.B. unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes („legitimate reliance“), auch anders hätte reagieren können.²⁴⁹ Die Fehlertatbestände sind jeder für sich so breit gefasst, dass sie es den Gerichten ermöglichen, die Intensität der Ermessenskontrolle variabel zu gestalten.²⁵⁰

b) „record“ und „inneres Verfahren“: Annäherungen

- 119 „It is well established that an agency’s action must be upheld, if at all, on the basis articulated by the agency itself“.²⁵¹ Da die Verwaltungsentscheidung in *Overton Park* nicht in einem förmlichen Verfahren ergangen war, gab es keinen förmlichen „record“ und auch die vorhandenen Unterlagen waren wenig aussagekräftig. Der Supreme Court verwies die Sache daher zurück und überließ es den Instanzgerichten, die Vorgänge näher aufzuklären. Dabei wurde sogar die Vernehmung der seinerzeit beteiligten Amtsträger als Zeugen nicht von vorneherein ausgeschlossen.²⁵² Normalerweise sei „such inquiry into the mental process“ zwar zu vermeiden; aber wenn es um „bad faith or improper behaviour“ gehe, könne selbst diese Art der Aufklärung nicht ausgeschlossen sein. Die gerichtliche Ermessenskontrolle wurde an diesem Punkt weit in das Subjektive hinein verlagert.²⁵³ Ihre praktische Konsequenz ist es, die Verwaltung zu genauer Dokumentation

248 Vgl. 549 U.S. 497, 517 (2007) *Massachusetts v. EPA*.

249 591 U.S. ____ (2020) (slip. op. at 18–26) *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*: „fail to consider ...important aspects of the problem before her“ als Fall der arbitrary and capricious Formel des APA.

250 *Strauss*, Justice, 512: „a good deal of room for a court to pursue review aggressively or permissively“.

251 463 U.S. 29, 50 (1983) *State Farm*.

252 401 U.S. 402, 420–421 (1971).

253 Besonders ausgeprägt 588 U.S. ____ (2019) (slip op. at 23–28) *Department of Commerce v. New York*.

auch dort anzuhalten, wo gesetzlich kein förmliches Verwaltungsverfahren verlangt ist.²⁵⁴

An solchen Dokumentationen hängt die amerikanische Ermessenskontrolle stärker als die deutsche. Sie sind die Grundlage für den insgesamt distanzier- 120
ten Prüfungsmodus, der darauf angelegt ist, die behördliche Ermessensentscheidung anhand der Dokumente durchzugehen. Bei komplexen Verwaltungsentscheidungen deuten sich Ähnlichkeiten mit der deutschen Ermessenslehre an, insbesondere mit der Dogmatik der planerischen Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB) und ihrer Entwicklung im Flachglas-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts:²⁵⁵ *Overton Park* (1971) und *Flachglas* (1974) entstammen derselben Zeit. Es ist die Zeit, in der großen Infrastruktur- und Bauprojekten mehr und mehr Belange des Umweltschutzes entgegengehalten werden.²⁵⁶ Auch die Gerichte können sich dieser gesellschaftlichen Grundstimmung nicht entziehen. Beide Entscheidungen betreffen Vorhaben, über deren Zulassung die zuständigen Behörden letztlich nur in einer umfassenden, komplexen Gewichtung und Abwägung entscheiden konnten.²⁵⁷ Angesichts dieser Komplexität gewinnt für die Gerichte der Vorgang der behördlichen Entscheidungsbildung zentrale Bedeutung.

Das Bundesverwaltungsgericht trägt dem Rechnung, indem es zwischen 121
Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis unterscheidet.²⁵⁸ Damit wird der Vorstellung einer nachvollziehenden Kontrolle auch im deutschen Recht der Weg geebnet; denn Vorgangskontrolle ist für die Gerichte die Kontrolle des inneren behördlichen Entscheidungsprozesses, die auf entsprechende Dokumentationen des „Abwägungsmaterials“ angewiesen ist.

254 Dazu *Strauss*, *Justice*, 508 f.

255 BVerwGE 45, 309 ff., teilw. auch schon in der Entscheidung vom 12. 12. 1969, BVerwGE 34, 301, 309.

256 *Overton Park* betraf einen Teilabschnitt eines nationalen Straßenbauprojekts, das mit dem Naturschutz kollidierte; *Flachglas* die Ansiedlung eines Industrieunternehmens, das mit dem Immissionsschutz konfrontiert wurde.

257 In *Overton Park* waren es die Kläger (und die darauf antwortende Beklagte ebd., 411), die von Abwägen und Balanzierung („weigh“, „balance“) sprachen. In Deutschland ist es das Bundesverwaltungsgericht selbst, das die Dimensionserweiterung des Ermessens durch die Perspektive der Abwägung festhält (BVerwGE 34, 301, 304 und 310). Es ist dieselbe Zeit, in der der französische Conseil d'État (ebenfalls an einem städtebaulichen Projekt) seine „théorie du bilan“ entwickelt (CE 28 mai 1971 R. 409, GAJA No. 88).

258 BVerwGE 45, 309, 315; vgl. *H.-J. Koch*, Das Abwägungsgebot in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Grundlegung und Entwicklungslinien, in: *Festschrift für Dolde*, 2014, 401 ff.

Dass zur Ermessenskontrolle die Vorgangskontrolle gehört, bestimmt heute über das Planungsrecht hinaus die gerichtliche Kontrolle auch dort, wo die Verwaltung über Prognose-, Gestaltungs- oder Einschätzungsermächtigungen verfügt.²⁵⁹ Das sind genau die Felder, die für die amerikanische Ermessenskontrolle im Vordergrund stehen.

- 122 Der Nachvollzug erschöpft nach deutscher Auffassung das Kontrollprogramm allerdings nicht. Der zweite in der *Flachglas*-Entscheidung entwickelte Kontrollansatz, die Kontrolle des Abwägungsergebnisses, verlangt auch eine eigene inhaltliche Auseinandersetzung des Gerichts mit der Verwaltungsentscheidung. Insofern bleibt die Ermessenskontrolle auch bei komplexen Verwaltungsentscheidungen der auf die materielle Richtigkeit ausgerichteten deutschen Tradition verbunden. Aber mit der nachvollziehenden Kontrolle des Abwägungsvorgangs sind bereits wichtige Punkte „der nicht näher ableitungsbedürftigen Grundforderung des Rechtsstaates nach Rationalität (intersubjektiver Nachvollziehbarkeit) staatlicher Machtausübung“ erfüllt.²⁶⁰ Die inhaltliche Auseinandersetzung des Gerichts kann sich daher im letzten Punkt auf die Kontrolle beschränken, dass die Gewichtung der verschiedenen Belange zueinander nicht in einer Weise erfolgt, durch die die objektive Gewichtigkeit eines dieser Belange „völlig verfehlt wird“.²⁶¹

259 Vgl. nur BVerwG Urt. vom 9. 2. 2017 „Elbvertiefung“, NVwZ Beilage 3/2017, Rn. 40: Prognosen im Zusammenhang mit Verkehrsprojekten sind nur darauf überprüfbar, „ob sie methodisch einwandfrei erarbeitet wurden, nicht auf unrealistischen Angaben beruhen und das Prognoseergebnis einleuchtend begründet worden ist“. Zum Regulierungsermessen *Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 131 ff., 158 ff. und 301 ff. Zur Frage eines einheitlichen, auf Nachvollzug begründeten Kontrollmodells für kontrollreduzierte Räume vgl. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 4. Kap. Rn. 69 sowie die Nachweise bei *K.-L. Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Vorb. § 113 Rn. 20 ff.

260 So *M. Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 114 Rn. 5 (Vorauslage).

261 BVerwGE 45, 309, 315. Hat das Gericht (umgekehrt) einen Vorgangsfehler festgestellt, so darf es sich, wenn es im Rahmen von Unbeachtlichkeitsklauseln (z.B. § 75 Abs. 1a S. 1 VwVfG) dessen Ergebnisrelevanz prüft, nicht derart in die Sache hineinbegeben, dass es „eine eigene hypothetische Abwägungsentscheidung“ trifft, weil es „damit seine Rolle als kontrollierende unabhängige Instanz aufgeben und sich an die Stelle der Planfeststellungsbehörde setzen würde“ (BVerfG – K – vom 16. 12. 2015, DVBl 2016, 307 Rn. 23 „Bremer Weserquerung“). Hier wird die Beachtung richterlicher Distanz eingefordert, die hinter dem amerikanischen Kontrollmodell steht.

c) „consistency“ und „Selbstbindung“

Ein eigenständiges Thema ist die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen 123
Ermessenspraxis dort, wo die Verwaltung über eine Mehrzahl ähnlich gela-
gerter Fälle zu entscheiden hat. Die in Deutschland meistens mit Art. 3
Abs. 1 GG in Verbindung gebrachte Problematik wird in den USA unter
dem Stichwort „consistency“ behandelt.²⁶² In beiden Ländern folgen die
Gerichte einer pragmatischen Linie: so verlangen sie nicht, dass die Verwal-
tung gegen alle Verursacher einer bestimmten Gefahrenlage gleichzeitig
einschreitet.²⁶³ Zurückhaltend sind die Gerichte auch, die Verwaltung da-
rauf festzulegen, ihre bisherige Praxis beizubehalten. Verwaltungen müs-
sen schnell auf neue Lagen reagieren und sich daher leichter von ihrer bis-
herigen Praxis trennen können.²⁶⁴ Trotzdem kann „departure from esta-
blished precedents or practice“ einen Ermessensfehler darstellen. Verlangt
wird auf jeden Fall, dass das Abweichen von der bisherigen Praxis überzeu-
gend erklärt werden kann.²⁶⁵ Rückwirkende Regelungen sind nicht ausge-

262 Schwartz, § 10.20; Strauss, Justice, 509 f.; differenzierend *Pierce, Process*, § 5.1.1: „internal consistency“ (der behördlichen Argumentation), „interdecisional inconsistency“ (zwischen ähnlichen Fällen) und „intertemporal inconsistency“ (Abweichung von einer früheren Praxis). L. H. Levinson, *The Legitimate Expectation that Public Officials Will Act Consistently*, 46 Am. J. Comp. L. 549 (1998).

263 „Enforcement actions“ und die Ausübung von „prosecutorial discretion“ werden in den USA besonders zurückhaltend kontrolliert; vgl. *Pierce, Process*, § 6.4.12.

264 Eine andere Frage ist es, inwieweit Verwaltungen an gerichtliche Entscheidungen gebunden sind (vgl. L. H. Levinson (Fn. 262), 46 Am. J. Comp. L. 549, 569–570): Unstreitig besteht eine Bindung an das gerichtliche Urteil im entschiedenen Fall („law of the case“). Ob gerichtliche Entscheidungen darüber hinaus als „precedents“ für die administrative Praxis generell beachtlich sind, ist nicht endgültig geklärt. Für die Entscheidungen des Supreme Court ist das anzunehmen. District courts and courts of appeals der unterschiedlichen „circuits“ gelangen in einer bestimmten Auslegungsfrage nicht selten zu unterschiedliche Ergebnissen. Die Behörden vor allem der Steuer- und der Sozialverwaltung nutzen diesen Befund, um sich an instanzgerichtliche Entscheidungen nicht gebunden zu halten (*Pierce, Process*, § 7.8). Diese Praxis des „non-acquiescence“ ist ähnlich umstritten, wie es die sog. Nichtanwendungserlasse der deutschen Finanzverwaltung sind. Vgl. auch Gellhorn, 936–938 mit Bezug auf 464 U.S. 154, 159–161 (1984) *United States v. Mendoza*.

265 412 U.S. 800, 808 (1973) *Atchison, Topeka & Santa Fe Railway Co. v. Wichita Board of Trade*: „Thus, this Court has relied on the ‚simple but fundamental rule of administrative law‘, ... that the agency must set forth clearly the grounds on which it acted“.

geschlossen, müssen aber einer Abwägung unterzogen werden, ob sie im Blick auf das Regelungsziel mehr schaden als nützen.²⁶⁶

II. Speziell: Die *Chevron* Doktrin

- 124 In der viel zitierten *Chevron* Entscheidung geht es um die Interpretation der einschlägigen *Fachgesetze durch die zuständige Fachbehörde*.²⁶⁷ Thema ist also nicht die allgemeine Frage, wie die Verwaltung das Gesetzesrecht auszulegen hat und wie sie dabei von den Gerichten kontrolliert wird. Thema ist vielmehr allein die besondere Situation, die durch ein *spezifisches Junktim* zwischen Fachgesetz und Fachbehörde gekennzeichnet ist: die Auslegung von „agency-administered statutes“ (→ 2/12). Weil diese Situation für das amerikanische Verwaltungsrecht eine Standardsituation bildet, deckt *Chevron* einen ganz wichtigen Bereich richterlicher Zurückhaltung in Auslegungsfragen ab.²⁶⁸ Die Entscheidung aus dem Jahre 1984 gehört jedenfalls für die Bundesgerichte zum Grundbestand ihres argumentativen Rüstzeugs (1). Sie muss allerdings im Kontext kritischer Stellungnahmen und Vorbehalte gesehen werden (2). In jüngster Zeit gibt es sogar Anzeichen dafür, dass *Chevron* seine zentrale Stellung einbüßen könnte (3).

1. Das Konzept: Aufteilung der Interpretationskompetenz

- 125 „The much-toasted ‚Chevron Revolution‘ began with a bubble“.²⁶⁹ Der Clean Air Act (CAA) in der Fassung von 1977 machte die Genehmigung weiterer Industrieanlagen davon abhängig, dass emissionsenkende Programme für „new or modified major stationary sources“ vorgelegt wurden. Die Environmental Protection Agency (EPA) hatte diesen Begriff in den ersten

266 332 U.S. 194, 203 (1947) *SEC v. Chenery Corp.*: „balanced against the mischief of producing a result that is contrary to a statutory design or to legal and equitable principles“.

267 467 U.S. 837 (1984) *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, Inc.* (*Chevron*); vgl. → 2/67–68.

268 Zum quantitativen Aspekt: *Breyer/Stewart*, 256: „Chevron is the first or second most cited case in American administrative law, dependent on how you count“.

269 So *W. N. Eskridge Jr./L. E. Baer* (Fn. 226), 96 *Geo. L. J.* 1083, 1985 (2008). Zum Folgenden *Aman*, 776 ff.; *Breyer/Stewart*, 251 ff.; *Gellhorn*, 1056 ff.; *Hickman/Pierce*, 613 ff.; *Schwartz*, § 10.34 – 10.39; *Strauss*, Justice, 493 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung, 168 ff.

Jahren so ausgelegt, dass schon die Änderung einer einzelnen Emissionsquelle den Vorbehalt auslöste. 1981 änderte sie jedoch ihre Ansicht und interpretierte den Begriff „stationary sources“ so, dass mehrere Emissionsquellen innerhalb eines Kraftwerks als einheitliche Anlage gelten konnten. Dadurch wurde es möglich, Emissionen *einer* Quelle mit denjenigen *anderer* Quellen zu verrechnen („bubble concept“). Gegen diese Interpretationsänderung der Behörde wandte sich der Natural Resources Defense Council (NRDC) und hatte damit vor dem Court of Appeals Erfolg.²⁷⁰

Der Supreme Court folgte dem jedoch nicht, sondern gestand der EPA 126 eine weite Interpretationskompetenz bei der Auslegung der einschlägigen Gesetzesbegriffe zu. Er entwickelte dazu ein zweistufiges Kontrollmodell („Chevron two-step test“):²⁷¹

- Auf der *ersten* Stufe ist zu untersuchen, ob der Kongress dem einschlägigen Gesetzesbegriff einen eindeutigen Inhalt gegeben hat. Dazu sind die „traditional tools of statutory construction“ heranzuziehen:²⁷² Zunächst einmal sind der Sprachgebrauch und seine Varianten innerhalb des Gesetzes genau zu analysieren. Auch die Ziele des Gesetzgebers und (nach überwiegender Ansicht) auch die Gesetzesgeschichte werden herangezogen. Welche weiteren Auslegungsmethoden zu benutzen sind, ist allerdings umstritten geblieben.²⁷³ Ergibt die Untersuchung, dass der Kongress dem Begriff einen ganz bestimmten Inhalt beigelegt hat, so haben Behörden und Gerichte eben diesen ihren Entscheidungen zugrunde zu legen.²⁷⁴

270 685 F.2d 718 D. C. (1982) *NRDC, Inc v. v. A. M. Gorsuch, Administrator, U. S. EPA, American Petroleum Institute*.

271 Vgl. *Pierce*, Process, § 7.4 (S 333): „The Court has applied the Chevron two-step in over hundred cases decided since 1984, and circuit courts have applied it in thousands of cases“. W. N. Eskridge/P. P. Frickey/E. Garrett, Cases and Materials on Legislation, 3rd ed. 2004, 322 ff. Zur Anwendung von *Chevron* durch den Supreme Court selbst vgl. W. N. Eskridge Jr./L. E. Baer (Fn. 226), 96 Geo. L. J. 1083, bes. 1120–1136 (2008); weitere Angaben bei *Hickman/Pierce*, 709 f.

272 467 U.S. 837, 842 (mit Fn. 9) (1984): „If a court, employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law, and must be given effect“.

273 Vgl. *Pierce*, Process, § 7.4 (S. 336 f.); ausf. zum Problem „How clear is clear?“ *Breyer/Stewart*, 281 ff., 310–314; *Hickman/Pierce*, 629 ff., dort 643 ff. eine Auflistung denkbarer Interpretationsansätze: „plain meaning rule“, „legislative history“, „legislative purpose“, „canons of construction“, „stare decisis“. Vgl. auch → 2/63–65.

274 467 U.S. 837, 842 (1984): „If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguous-ly expressed intent of Congress“.

- Nur wenn sich auf der ersten Stufe zeigt, dass der Begriff nicht eindeutig ist, der Kongress die Sache also offen gelassen hat, stellt sich in einer zweiten Stufe die Frage, ob die Behörde oder aber die Gerichte zu letztverbindlicher Interpretation des Begriffs ermächtigt sind. Hier spricht sich *Chevron* für einen Vorrang der behördlichen Interpretation aus: Wenn der Kongress die Behörde explizit ermächtigt hätte, die Unbestimmtheit des Gesetzes ausfüllen, sei die behördliche Entscheidung nur nach der „arbitrary and capricious“-Formel zu überprüfen; ebenso müsse aber auch verfahren werden, wenn die Ermächtigung nur implizit erteilt sei.²⁷⁵ Es gehe – so wird weiter argumentiert – bei der Ausfüllung des strittigen Begriffs des CAA um eine Abwägung unterschiedlicher Interessen (Umweltschutz, Wirtschaft); dafür seien die Richter keine Experten und müssten daher Zurückhaltung üben.²⁷⁶ Sie haben die Interpretation der zuständigen Behörde nicht darauf zu befragen, ob sie unangemessen („inappropriate“) sei, das gesetzliche Programm auszufüllen. Vielmehr haben sie nur zu prüfen, ob die Auffassung der Behörde, ihre Interpretation sei dem Programm angemessen, vernünftig („reasonable“) sei.²⁷⁷ In diesem Rahmen darf die Behörde ihre Interpretation auch ändern.²⁷⁸

127 Welcher Intensitätsgrad an Kontrolle mit dem Begriff „reasonable“ vorgegeben ist, wird allerdings in der Praxis nicht einheitlich beantwortet.²⁷⁹ Während teilweise sehr allgemein gehaltene politische Überlegungen der Behörde akzeptiert werden, verlangen andere eine Anreicherung des „arbitrary and capricious“ Standards um den „hard look“ von *State Farm*, vor allem dadurch, dass die Behörden belastbare Analysen für ihre Politikoptionen beibringen.²⁸⁰

275 Ebd., 843 f.

276 Ebd., 864 f. „Such policy arguments are more properly addressed to legislators or administrators, not to judges“.

277 Ebd., 845 „but whether the Administrator’s view that it is appropriate in the context of this particular program is a reasonable one“.

278 Ebd., 863: „An initial agency interpretation is not instantly carved in stone“. Sie ist insoweit auch nicht an gerichtliche Präzedenzfälle gebunden; 545 U.S. 967, 982–983 (2005) *National Cable & Telecommunications Assn. v. Brand X Internet Services*.

279 A. Bernstein, Differentiating Deference, 33 Yale J. on Reg. 1, 7–10 (2016).

280 Dazu nur C. M. Sharkey, Cutting in on the Chevron Two-Step, 86 Fordham L. Rev. 2359 (2018).

2. Kritik und Vorbehalte

Gerade wenn man auf die politische Verantwortung („accountability“) abhebt, erscheint die Grenzziehung zwischen Verwaltung und Gerichten durchaus plausibel (vgl. aber 6/67-70).²⁸¹ Im Vordergrund stehen die Entscheidung des Kongresses und die besondere Fachkompetenz der zuständigen Behörde. Hinzu kommt der Vorteil einheitlicher Rechtsanwendung. Die Interpretation einer bestimmten fachgesetzlichen Vorschrift bleibt in der Hand der zuständigen Behörde und damit in *einer* Hand; auf diese Weise wird eine Auslegungszersplitterung vermieden, die einträte, wenn die Gerichte für die Auslegung zuständig wären und mehrere Instanzgerichte unterschiedlich judizierten.²⁸²

Allerdings hat *Chevron* auch erhebliche Kritik erfahren:²⁸³ Dass sich die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle entgegen anderslautenden Aussagen nicht auf ältere historische Vorbilder stützen kann, ist im Einzelnen dargelegt worden.²⁸⁴ Unter methodischen Gesichtspunkten lässt sich zudem kritisch fragen, ob sich die beiden Stufen der Rechtsanwendung, die der Supreme Court seiner Doktrin zugrundelegt, überhaupt exakt trennen lassen und inwieweit ihnen unterschiedliche Prüfungsraster zugeordnet werden können.²⁸⁵ Unbefriedigend erscheint außerdem die mangelnde Abstim-

281 Vgl. W. N. Eskridge Jr., Expanding Chevron's Domain: A Comparative Institutional Analysis of the Relative Competence of Courts and Agencies to Interpret Statutes, 2013 Wis. L. Rev. 411–454; knappe Darstellung der Argumente bei Breyer/Stewart, 256–260. Rechtsvergleichend Möllers, Gewaltengliederung, 168 ff., der eine Parallele zwischen der *Chevron* Entscheidung des Supreme Court und der *Why!* Entscheidung zieht, in der das Bundesverwaltungsgericht die Bindungswirkung von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften anerkennt (BVerwG Urteil vom 19. 12. 1985, BVerwGE 72, 300, 314 ff.): Aus funktionalen Gründen ist die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolle in beiden Fällen akzeptabel; *Chevron* argumentiert stärker mit der Rückbindung der Exekutive an den demokratischen Prozess, *Why!* dagegen eher expertokratisch (Möllers ebd. 175).

282 P. L. Strauss, One Hundred Fifty Cases per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action, 87 Colum. L. Rev. 1093, 1118 ff. (1987).

283 Ausf. C. R. Farina, Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State, 89 Colum. L. Rev. 452 (1989); Greenawalt, Interpretation, 162 ff.; vgl. ferner die Angaben bei Gellhorn, 1022–1047.

284 A. Bamzai, The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation, 126 Yale L. J. 908 (2017).

285 Vgl. M. C. Stephenson/A. Vermeule, Chevron Has Only One Step, 95 Va. L. Rev. 597 (2009); auch A. Bernstein (Fn. 279), 33 Yale J. on Reg. 1, 22–44 (2016) (Vor-

mung der reduzierten gerichtlichen Kontrolle mit den Vorgaben des 5 U.S.C. § 706 APA.²⁸⁶ Befürchtet wird schließlich, dass die richterliche Zurückhaltung gegenüber den Interpretationen der Exekutive die Gewaltentrennung angesichts der ohnehin schwachen „non-delegation“ Doktrin weiter schwächt.

- 130 Für den Rechtsvergleich interessiert die Grundlinie: Ihr Ausgangspunkt ist die Frage nach der Bestimmtheit der einschlägigen Gesetzesbegriffe („*Chevron step one*“). Da über die Bestimmtheit nicht entschieden werden kann, ohne dabei auch Vorstellungen zum Begriffsinhalt zu entwickeln, besitzen die Gerichte auf dieser Stufe eine erhebliche Definitionsmacht; denn sie entscheiden in eigener Kompetenz, wie sie bei der Interpretation der einschlägigen Gesetzesbegriffe vorgehen.²⁸⁷ Je weiter sie den Kreis der „tools of statutory interpretation“ ziehen, um den „clear intent“ des Kongresses festzustellen, desto weiter können sie auch in den Gehalt der Begriffe eindringen. Diese aus der Methodenwahl erwachsende Kompetenz der Grenzziehung ist eine wichtige Stellschraube der Gerichte bei der Anwendung der *Chevron* Doktrin.

Die Beobachtungen darüber, wie die Gerichte diese sensible Aufgabe bewältigen, schwanken allerdings: Einerseits wird ein Übermaß an argumentativem Aufwand konstatiert.²⁸⁸ Andererseits wird kritisiert, die Gerichte schöpften die Methoden nicht aus, begnügten sich zu schnell mit der Feststellung, ein Begriff sei „ambiguous“, und verkannten damit den ihnen von § 706 APA zugewiesenen Auftrag der Gesetzesinterpretation.²⁸⁹

schlag, auf Grund sprachanalytischer Argumente besser zwischen „law based“ und „world based legal language“ zu trennen).

- 286 § 706 APA: „...the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action“. Dazu → 4/108–110. Zur Genese dieser Bestimmung vgl. A. *Bamzai* (Fn. 284), 126 Yale L. J. 908, 985–995 (2017).

- 287 Vgl. *Strauss*, Justice, 487. Diesem Ergebnis kann nur dadurch begegnet werden, dass der Richter bereits bei ersten Anzeichen von gesetzlicher Unbestimmtheit *Chevron step one* verlässt. So *Vermeule*, *Judging*, 211: „Courts should defer to agencies whenever the statutory text at issue, viewed on its face and without recourse to the traditional tools, contains a surface-level gap of ambiguity“.

- 288 Vgl. *Hickman/Pierce*, 644: „Courts always find some combination of ‘tools’ that are sufficient to allow a court to interpret a judicially-administered statute no matter how ambiguous the statute might be“.

- 289 Vgl. *Kennedy*, J. conc. in 585 U.S. ____ (2018) (slip op. at 1) *Pereira v. Sessions*; weiter → 4/135 f.

Erst wenn nach richterlicher Feststellung davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die Frage nicht eindeutig geregelt hat, erlangt die Exekutive die entscheidende Interpretationsmacht. Dahinter steht die Vorstellung, „that Congress, when it left ambiguity in a statute administered by an agency, understood that the ambiguity would be resolved, first and foremost, by the agency and desired the agency (rather than the courts) to possess whatever degree of discretion the ambiguity allows“.²⁹⁰ Die Unbestimmtheit des Gesetzesbegriffs schlägt jetzt in eine (implizite) Ermächtigung der zuständigen Behörde um. Das erscheint als ein der deutschen „normativen Ermächtigungslehre“ ähnlicher Ansatz. Beide Rechtsordnungen weisen dem Gesetzgeber eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der gerichtlichen Kontrolldichte zu.²⁹¹ Doch sind zwei wichtige Unterschiede zu beachten: Anders als in Deutschland stellt die Ermächtigung in den USA nicht den besonders zu begründenden Ausnahmefall dar,²⁹² sondern ist regelmäßig indiziert, wenn das einschlägige Fachrecht keine hinreichend präzisen Aussagen trifft. Außerdem gelten normativ vorgesehene Kontrollbeschränkungen in Deutschland nur für die administrative Anwendung des Gesetzes, während sie sich in den USA vor allem auf die erheblich weiterreichenden Fragen der Interpretation des Gesetzes beziehen.

Für die Auslegung verfassungsrechtlicher Bestimmungen, völkerrechtlicher Vorschriften und aller Gesetze, die nicht „agency-administered statutes“ sind, gilt die *Chevron* Doktrin allerdings nicht; denn in diesen Fällen fehlt es an dem spezifischen Junktim zwischen Fachgesetz und Fachbehörde.²⁹³ Hier liegt die Kompetenz zu letztverbindlicher Interpretation bei den Gerichten.²⁹⁴ Wie bei fachgesetzlichen Begriffen zu verfahren ist, die den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich der Behörde überhaupt erst genauer festlegen, ist offen. In *City of Arlington, Tex. v. FCC* gelangte der Supreme Court (mehrheitlich) zu dem Ergebnis, in diesen Fällen *Chev-*

290 So 569 U.S. 290, 296 (2013) *City of Arlington, Texas v. FCC* unter Bezugnahme auf 517 U.S. 735, 740–741 (1996) *Smiley v. Citibank (South Dakota)* N. A.

291 Möllers, Gewaltengliederung, 163 ff.

292 So BVerfGE 129, 1 (20 ff.).

293 Dass es zu schwierigen Abgrenzungen dann kommen kann, wenn ein Fachgesetz Begriffe eines anderen Gesetzes in Bezug nimmt, zeigt sich etwa bei der Auslegung strafrechtlicher Begriffe im Immigrationsrecht; dazu *Sh. M. Grammel*, *Chevron Meets the Categorical Approach*, 70 Stan. L. Rev. 921 (2018) (gegen die Anwendung von *Chevron deference*).

294 *Strauss*, Justice, 497: „*Chevron's* application is limited in several respects“.

ron anzuwenden.²⁹⁵ Es gab jedoch ein detailliert begründetes Sondervotum, das dieses für eine Frage hält, die der fachpolitischen Frage voraufgehe und die letztlich (unter Bezugnahme auf *Marbury v. Madison*) die Gerichte zu entscheiden hätten.²⁹⁶ Die Auseinandersetzung zeigt, dass die *Chevron* Doktrin im Gesamtspektrum richterlicher Auslegungskompetenzen unbeschadet ihrer Breite doch nur einen Ausschnitt darstellt.

- 133 Ihr Wirkungsbereich ist das behördenspezifische Fachrecht. Hier ermöglicht sie der zuständigen Verwaltung im Rahmen weitgefasster Gesetzestatsbestände eine eigenständige, von den Gerichten nur schwach kontrollierte Politikgestaltung, die auch Politikänderungen umfasst. Das geht über Freiräume deutscher Behörden deutlich hinaus, die selbst in den Fällen, in denen sie über ein Planungs- oder ein Regulierungsermessen verfügen, immer noch der gerichtlichen Kontrolle nach Maßgabe der Abwägungsdogmatik unterliegen. *Chevron* gilt als ein Ausdruck des „administrative state“ und seiner Vorstellung von der großen sozialgestaltenden Funktion der Verwaltung (→6/37).

3. Jüngste Anzweiflungen

- 134 Umso gravierender erscheint der Umstand, dass *Chevron* heute tiefgreifenden Zweifeln gerade auch in der Richterschaft begegnet. Eine Umfrage unter mehr als 40 Richtern an den Berufungsgerichten ergab, dass man die Doktrin zwar anwendet, sie aber in der Sache doch skeptisch sieht.²⁹⁷ Die Kritik soll nicht allein von konservativ eingestellten Richtern getragen werden, sondern sich auch unter Richtern finden, die als liberal gelten.²⁹⁸

295 So Justice Scalia in seinem Mehrheitsvotum 569 U.S. 290, 297–301 (2013), das allerdings die Kernfrage verkürzt behandelt; vgl. die Kritik bei *Strauss*, Justice, 496 und 500.

296 Chief Justice Roberts, dem sich die Richter Kennedy und Alito angeschlossen haben, ebd., 312–328: „We do not leave it to the agency to decide when it is in charge“ (327).

297 Vgl. A. R. Gluck/R. A. Posner, Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of forty-two Judges on the Federal Courts of Appeals, 131 Harv. L. Rev. 1298, 1348 (2018); positive Einstellung allerdings bei den Richtern des D.C. Circuit.

298 Gluck/Posner ebd.: „The judges expressing scepticism regarding Chevron divide equally among liberals and conservatives“; Anders z.B. E. Garrett West, A Youngstown for the Administrative State, 70 Adm. L. Rev. 629 (2018): „among right-leaning legal thinkers“.

Deutliche Vorbehalte gegenüber *Chevron* werden in jüngerer und jüngster 135 Zeit vermehrt auch im Supreme Court selbst geäußert. Als Beleg kann auf das dissentierende Votum von Chief Justice Roberts in *Arlington v. FCC* verwiesen werden, der in diesem Zusammenhang die Gefahren des „administrative state“ mit deutlichen Worten umreißt.²⁹⁹ Genannt werden außerdem mehrere Sondervoten von Justice Thomas, darunter das Votum in *Michigan v. EPA*.³⁰⁰ Wichtig ist ferner ein Votum von Justice Gorsuch, das dieser noch in seiner Zeit als Richter am Court of Appeals verfasst hatte, und das sich wie eine Gesamtabrechnung mit *Chevron* liest.³⁰¹ Kritik kommt schließlich auch von Justice Kavanaugh. Er sieht den Fehler der Doktrin darin, dass sie auf das Kriterium „ambiguous“ abhebt; eine solche Einstufung sei unter den Richtern oft streitig und eine Einladung an die Verwaltung, auf unsicherer Grundlage aggressiv Politikentscheidungen zu treffen. Die Gerichte sollten sich stattdessen lieber auf einfache textbezogene Auslegungskriterien stützen, um herauszufinden, „which is the best reading of the statutory text“.³⁰² Deutlich wird, dass sich die Stoßkraft der Angriffe auch aus einem allgemeinen Unbehagen gegenüber dem Machtzuwachs und dem stellenweise beobachteten selbstherrlichen Verhalten großer „agencies“ speist. Stärker noch als bei *Auer* geht der Streit um *Chevron* um eine Judikatur, die zu den Grundelementen des amerikanischen „administrative state“ gerechnet wird (→ 6/37–40).

299 569 U.S. 290, 315 (2013): „the danger posed by the growing power of the administrative state cannot be dismissed“. In *Kisor v. Wilkie* gehört Roberts zwar zu denen, die *Auer* deference nicht (gänzlich) verabschieden. Er hebt aber den Unterschied zu *Chevron* hervor und fügt an: „I do not regard the Court’s decision today to touch upon the latter“. 588 U.S. __ (2019) (slip op. at 2).

300 576 U.S. __ (2015) (slip op. at 1–5); weitere Angaben bei A. R. Gluck/R. A. Posner (Fn. 297), 131 Harv. L. Rev. 1298, 1349 Fn. 120 (2018).

301 834 F.3d 1142, 1149, 1152 (CA 10 2016) *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*: Gründe der Gewaltenteilung, die originäre Zuständigkeit der Justiz für die Auslegung der Gesetze und die schärfere Fassung, die der gerichtliche Kontrollauftrag in 5 U.S.C. § 706 erfahren hat. Diese Argumente hat Justice Gorsuch jüngst in seinem Sondervotum in *Kisor v. Wilkie* 588 U.S. __ (2019) (slip op. at 13–14, 22–24) wieder aufgenommen.

302 B. M. Kavanaugh, Bookreview: Fixing Statutory Interpretation, 129 Harv. L. Rev. 2118, 2144 f. und 2150–2154 (2016).

Dritter Abschnitt Rechtsschutz in Schadensersatz- und Vertragsangelegenheiten

- 136 Im abschließenden Abschnitt sollen zwei Themen erörtert werden, die die Lehrbücher des amerikanischen Verwaltungsrechts meistens nur am Rande behandeln, die aber für die Verwaltungspraxis von erheblicher Bedeutung sind: der Rechtsschutz in Schadensersatzangelegenheiten (A) und in Vertragsangelegenheiten (B). Beide Gebiete lassen sich – nicht anders als die in den beiden vorausgehenden Abschnitten behandelten klassischen abwehrrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten – auch als verwaltungsrechtliche Steuerungs- und Kontrollmechanismen verstehen.³⁰³ In der Sache sind beide von der in den USA tief verwurzelten Vorstellung bestimmt, den Staat zu Geldleistungen nur dann zu verpflichten, wenn der Kongress als Träger der Haushaltshoheit dieses hinreichend deutlich gemacht und damit auf die dem Staat zukommende „sovereign immunity“ verzichtet hat. Im Großen und Ganzen ist das für Vertragsangelegenheiten bereits im Tucker Act von 1887, für Schadensersatzangelegenheiten erst im Federal Tort Claims Act von 1946 geschehen. Im Einzelnen muss der Umfang der Jurisdiktionsbefugnis der Gerichte aber nach wie vor nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften exakt ermittelt werden. Eine Generalklausel, die „money claims“ gegen die USA allgemein zulässt, existiert nicht.

A. Klagen auf Schadensersatz wegen rechtswidrigen Verwaltungshandelns

- 137 Im Folgenden geht es nur um Klagen auf Geldschadensersatz aus rechtswidrigem Verwaltungshandeln, also um jenen Bereich, der der deutschen Haftung der Amtspflichtverletzungen entspricht.³⁰⁴ In beiden Ländern lei-

303 So *Cane*, Controlling, 368 ff.: torts and contracts as „private law controls“. Allgemein zur Steuerungsfunktion und den Zwecken des Staatshaftungsrechts unter Nutzung der ökonomischen Analyse des Rechts *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, §§ 6–8.

304 Zu Ansprüchen auf Entschädigung für *rechtmäßige* Verwaltungsmaßnahmen, vor allem für *Enteignungen*, vgl. die „Takings Clause“ des V. Zusatzartikels der U.S.-Verf. („nor shall private property be taken for public use, without just compensation“). Zu den auch in der deutschen Enteignungsdogmatik unterschiedenen beiden Formen der Enteignung, „classic taking“ und „regulatory taking“, sowie zu den Schwierigkeiten, entschädigungslose („permitted regulation“) von entschädigungspflichtigen („regulatory takings“) Eigentumsinhaltsbestimmungen abzugrenzen vgl. 576 U.S.__(2015) *Horne v. Department of Agriculture*. Spezi-

det dieses Gebiet darunter, dass seine historische Entwicklung von Zufälligkeiten bestimmt ist und seine Rechtsgrundlagen aus einem unübersichtlichen Gemisch von Verfassungsrecht, Gesetzesrecht und Richterrecht bestehen.³⁰⁵ In den USA kommen föderale Friktionen hinzu, die in den Jurisdiktionsgrenzen der Bundesgerichte nach dem XI. Zusatzartikel der U.S.-Verf. ihren Grund haben. Solche Probleme hat das deutsche Staatshaftungsrecht zwar nicht; hier sind es vor allem die Zuständigkeitsabgrenzungen zwischen Verwaltungsgerichten und Zivilgerichten (vgl. § 40 Abs. 2 VwGO), die die Übersichtlichkeit erschweren.

I. Der historische Hintergrund

Bevor einzelne Rechtsgrundlagen für Haftungsansprüche behandelt werden, sollen zunächst zwei Doktrinen vorgestellt werden, die für das Verständnis des heutigen amerikanischen Schadensersatzrechts wichtig sind: die aus dem common law stammende Eigenhaftung des Amtsträgers (1) und die „doctrine of sovereign immunity“ (2).³⁰⁶ Beide weisen in unterschiedliche Richtungen. Folglich schwankt auch die Praxis zwischen entschädigungsfreundlichen und entschädigungsabstinenten Tendenzen. Der sympathischen Vorstellung, Amtsträgern wie Bürgern dieselbe haftungsrechtliche Verantwortung zuzuweisen, die das common law-Modell

ell zur Zulässigkeit von Enteignungen zugunsten Privater (in Parallele zu BVerfGE 74, 264 „Boxberg“) die äußerst umstrittene Entscheidung 545 U.S. 469 (2005) *Kelo v. New London*; dazu *Burnett*, *The Safeguard of Liberty and Property*, 2015.

305 *Pierce*, *Treatise*, § 19.7 („inordinate confusion and complexity“); *Strauss*, *Justice*, 517 („somewhat haphazard historical development“); *R. A. Cass*, *Official Liability in America: Actors and Incentives*, in: *Bell/Bradley, Liability*, 110, 111 („a degree of incoherence that reflects the absence of a solid theoretical basis“) und 142. Ähnlich für das deutsche Staatshaftungsrecht *W. Höfling*, *Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten*, in *GVwR III*, § 51 Rn. 1 („dogmatisch-konzeptionelle Durchdringung überaus defizitär“).

306 Zur Entwicklung *L. Jaffe* (Fn. 5), 77 *Harv. L. Rev.* 1 und 209 (1963); *A. van Alstyne*, *Liability of the State for Illegal Conduct of Organs*, in: *Mosler, Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, 675; *Schuck*, *Suing Government*; *Schwartz*, § 9.18 – 9.26; *R. A. Cass* (Fn. 305), in: *Bell/Bradley, Liability*, 113 ff.; *Breyer/Stewart*, 765 ff.; *Brugger*, *Einführung*, 249 f.; weit. Nachw. bei *Cane*, *Controlling*, 375 Fn. 19.

prägt,³⁰⁷ tritt in der Immunitäts-Doktrin die Einsicht entgegen, dass staatliches Handeln Eigenheiten aufweise, die auch haftungsrechtlich eine besondere Behandlung verlangten.³⁰⁸

1. „Officers' liability“ nach common law

- 139 „It is an ancient boast of the common law that public officers have no immunity from the sanctions of law applicable to private individuals.”³⁰⁹ Die Haftung richtet sich nach den für jedermann geltenden Rechtsvorschriften. Der beklagte Amtsträger kann sich allerdings mit dem Einwand verteidigen, sein Verhalten sei durch die einschlägigen gesetzlichen Ermächtigungen gedeckt. Die Gerichte haben dann inzidenter die Rechtmäßigkeit der schädigenden Amtshandlung zu überprüfen. Kommen sie zu einem negativen Ergebnis, ist klar, dass der Beamte außerhalb seiner Amtsbefugnisse („ultra vires“) gehandelt und dafür persönlich einzustehen hat. Das ist eine auch in der Geschichte des deutschen Amtshaftungsrechts anzutreffende Entwicklungsstufe:³¹⁰ Das Beamtenverhältnis wurde als Mandatskontrakt zwischen Landesherrn und Staatsdiener eingestuft; rechtswidriges Verhalten war vom Vertrag nicht gedeckt: „si excessit, privatus est“. Nicht der Staat, sondern der Beamte hatte das Haftungsrisiko zu tragen.
- 140 Der Leitfall für diese Form der „officers' liability“ ist der 1891 in Massachusetts entschiedene Fall *Miller v. Horton*.³¹¹ Es ging um die Haftung von Mitgliedern einer kommunalen Veterinärkommission, die nach dem einschlägigen Tierseuchenrecht befugt waren, seuchenbefallene Tiere töten zu

307 Dicey, *Law of the Constitution*, 189: „With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen“.

308 L. Jaffe (Fn. 5), 77 Harv. L. Rev. 1, 15 und 209, 215–218 (1963): „In short, Dicey's rapturous pronouncement, in failing to recognize the distinctive character of official responsibility, has somewhat obscured the function and meaning of the law in this area“.

309 Schwartz, § 9.18; ähnlich R. A. Cass (Fn. 305), in: Bell/Bradley, *Liability*, 112 und 113 (mit dem Hinweis, dass die common law-Regeln heute durch Gesetze vielfach überlagert sind).

310 Dazu Heidenhain, *Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff*, 15 ff.; W. Höfling (Fn. 305), *GVwR* III, § 51 Rn. 12 ff.; historisch weit ausgreifend Loening, *Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht*, 1879.

311 26 N.E. 100 (Mass. 1891).

lassen. So waren sie mit einem Pferd des Klägers verfahren. Der Kläger verlangte Schadensersatz wegen Schädigung seines Eigentums und konnte nachweisen, dass sein Pferd nicht infiziert gewesen war. Das Gericht befand, dass die Amtsträger nur ermächtigt waren, kranke Pferde zu töten; da diese Voraussetzung nicht vorgelegen habe, hätten die Beklagten ihren Amtsauftrag überschritten und seien nach den Grundsätzen des common law persönlich haftbar. Den Einwand der Beklagten, sie hätten guten Glaubens gehandelt, ließ das Gericht nicht gelten.

Die so begründete Haftung war ungewöhnlich streng; denn sie belastete 141
den Beamten mit den Folgen jeder Art von Fehlanwendung gesetzlicher Vorschriften, die seinen Amtsauftrag umschreiben. Ihre negativen Folgen für eine effektive Amtsführung waren nur allzu deutlich.³¹² Das führte zu der Forderung, auch den Amtswaltern persönlich Immunität zuzuerkennen.³¹³ Nach und nach wurde die den Richtern schon früher eingeräumte Freistellung auf Verwaltungsbeamte erstreckt:³¹⁴ zunächst auf Beamte in einer richterähnlichen streitentscheidenden Funktion, sodann auf Tätigkeiten, in denen ein politisches Ermessen ausgeübt wird, und später auch auf weniger bedeutende Funktionen und auf Amtsträger, die in der Hierarchie weit unten stehen.

Die Reaktionen Geschädigter blieben freilich nicht aus. „The trend towards officer immunity is tolerable only if governmental tort liability provides a substitute source of reparation.“³¹⁵ Die Privilegierungen der Beamten und damit die Unverfügbarkeit der *Beamtenhaftung* führten zunächst dazu, dass der Kongress tausendfach um Abhilfe im Einzelfall gegangen wurde und darüber in „private bills“ entscheiden musste.³¹⁶ Diese dysfunktionale Konsequenz wiederum veranlasste eine allgemeine gesetzliche Lö-

312 Vgl. nur *Schwartz*, § 9.21.

313 Ähnliche Gründe veranlassten in Deutschland dazu, zunächst gesetzlich und dann verfassungsrechtlich (Art. 131 WRV, Art. 34 GG) eine private (befreiende) Schuldübernahme des Staates vorzusehen; vgl. die Nachw. in BVerfGE 61, 149, 184. Zu Überlegungen in den USA, die nach wie vor bestehende Verantwortlichkeit der Amtsträger generell auf den Staat überzuleiten, vgl. *Pierce*, Treatise, § 19.2.

314 Zur Entwicklung der Judikatur vgl. *Schwartz*, § 9.19; *Antieau/Mecham*, Tort Liability of Government Officers and Employees.

315 *Schwartz*, § 9.21 (S. 607); *Pierce*, Treatise, § 19.3.

316 Vgl. die Angaben in 346 U.S. 15, 24–25 (1953) *Dalehite v. United States*; weit. Lit. bei *H. Hersbkoff*, Early Warnings, Thirteenth Chimes: Dismissed Federal-Tort Suits, Public Accountability, and Congressional Oversight, 2015 Mich. St. L. Rev. 183, 187.

sung, den Federal Tort Claims Act von 1946. Gesetzgebung und Justiz haben die Verschränkungen von common law Haftung und Haftungsprivilegien in einem ausdifferenzierten System unterschiedlich weitreichender Haftungsbeschränkungen ausgeformt.

2. „sovereign immunity“

- 143 Die „sovereign immunity“ Doktrin besagt, dass ein Staat von seinen Untertanen nur mit seiner Einwilligung vor Gericht gezogen werden kann. Als historisches Vorbild wird in diesem Zusammenhang gern auf die „crown immunity“ des englischen Rechts verwiesen, die bei der amerikanischen Verfassungsgebung im Hintergrund gewirkt habe.³¹⁷ Die weitere Entwicklung hat die Doktrin dann von ihren monarchischen Wurzeln gelöst und zu einem Bestandteil einer demokratischen und bundesstaatlichen Rechtsordnung werden lassen,³¹⁸ die zwei Schutzrichtungen verfolgt: einerseits die Immunität des Bundes gegenüber Klagen vor den eigenen Gerichten und andererseits die Immunität der Bundesstaaten gegenüber Klagen vor den Bundesgerichten.³¹⁹
- 144 Es fällt allerdings nicht leicht, die „sovereign immunity“ Doktrin verfassungsrechtlich exakt zu verankern;³²⁰ Auffällig ist zunächst, dass sie jedenfalls im Text der Verfassung von 1789 keine Erwähnung gefunden hat, obwohl Souveränitätsfragen zur Zeit der Verfassungsgebung eine erhebliche Rolle spielten. Auch zur stets betonten Verantwortung der Amtsträger und zur Due Process Garantie, zwei Kernbestandteilen der amerikanischen Verfassungsordnung, will die Immunitätsvorstellung nicht recht passen.
- 145 Trotzdem wurde jedenfalls die Immunität des *Bundes* vor seinen Gerichten schon in der frühen Gerichtspraxis als so selbstverständlich angesehen,

317 Dazu schon 2 U.S. (2 Dall.) 419, 437–446, (Iredell J. diss. zur engl. Praxis) (1793) *Chisholm v. Georgia*; zu weit. Nachw. vgl. 440 U.S. 410, 415 (1979) *Nevada v. Hall*; *Schuck*, Suing Government, 30 ff.

318 *Cane*, Controlling, 374–388.

319 440 U.S. 410, 414–418 (1979).

320 So schon 106 U.S. 196, 205 (1882) *United States v. Lee* („it is difficult to see on what solid foundation of principle the exemption from liability to suit rests“); ausf. *Cane*, Controlling, 380–388 und die dort genannten gegensätzlichen Standpunkte von *E. Chemerinsky*, Against Sovereign Immunity, 53 Stan. L. Rev. 1201 (2001) und *A. Hill*, In Defense of Our Law of Sovereign Immunity, 42 B. C. L. Rev. 485 (2001).

dass Belegstellen zu zitieren überflüssig erschien.³²¹ „And while the exemption of the United States and of the several states from being subjected as defendants to ordinary actions in the courts has since that time been repeatedly asserted here, the principle has never been discussed or the reasons for it given, but it has always been treated as an established doctrine“.³²² Dabei blieb es auch, als sich nach dem Ersten Weltkrieg in der Literatur die Angriffe gegen die Rigorosität der „sovereign immunity“ Doktrin mehrten.³²³

Weniger eindeutig verlief die Entwicklung in der Frage, ob sich die *Bundesstaaten* gegenüber Klagen vor den *Bundesgerichten* auf Immunität berufen können. Keine klare Aussage lässt sich jedenfalls dem XI. Zusatzartikel (1798) entnehmen.³²⁴ Die Vorschrift ist eine föderale Schutzvorschrift besonderer Art; sie soll vom Wortlaut her Bundesstaaten vor solchen Klagen bewahren, die Bürger *anderer* Staaten vor Bundesgerichten erheben wollen. Ob damit eine konstitutive und erschöpfende Regelung getroffen ist, wird unterschiedlich beantwortet. Nach Auffassung des Supreme Court wird die „sovereign immunity“ Doktrin in dieser Bestimmung weder begründet noch beschränkt; sie soll vielmehr allgemein aus der den Bundesstaaten bei Gründung der USA vorbehaltenen Souveränität folgen.³²⁵ Auf dieser Grundlage sollen die Staaten etwa auch vor Klagen ihrer eigenen Bürger vor Bundesgerichten geschützt sein,³²⁶ und zwar selbst dann, wenn es um die Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften geht.³²⁷ Von der Doktrin

321 So *W. Gellhorn/C. N. Schenck*, Tort Actions Against the Federal Government, 47 Colum. L. Rev. 722, 725 (1947); ähnlich *Schuck*, Suing Government, 35 ff.

322 106 U.S. 196, 207 (1882).

323 *Schuck*, Suing Government, 39.

324 Amendment XI: „The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State“. Der Zusatzartikel stellte eine Reaktion auf die Entscheidung des Supreme Court in der Rechtssache *Chisholm v. Georgia* von 1793 dar, die die Staatenimmunität nicht anerkannt hatte. Vgl. *Nowak/Rotunda*, § 2.11.

325 527 U.S. 706, 713–718 (1999) *Alden v. Maine*; auch 517 U.S. 44, 72 (1996) *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, wo von einem „background principle“ of state sovereign immunity“ gesprochen wird.

326 So schon. 411 U.S. 279, 280 (1973) *Employees v. Missouri Pub. Health Dept.*

327 Weitere Entscheidungen, in denen der Supreme Court die föderale Schutzwirkung der Doktrin ausgeweitet hat, bei *E. Chemerinsky* (Fn. 320), 53 Stan. L. Rev. 1201, 1204–1205 (2001); dort auch der Hinweis, dass alle Entscheidungen mit einer sehr knappen Mehrheit von 5:4 („of the five most conservative Justices on the Court“) ergangen sind.

nicht erfasst sind dagegen Schadensersatzklagen gegen substaatliche Einheiten wie Gemeinden oder Schulverbände.³²⁸

- 147 Ungeachtet aller Begründungsprobleme bildet die Immunitätsvorstellung die Grundlage, auf der die Rechtspraxis des Bundes ebenso wie der Gliedstaaten aufbaut.³²⁹ Klagen auf Schadensersatz sind nur zulässig, wenn sich eine gesetzliche Einwilligung des beklagten Staates nachweisen lässt. Die Frage, welche Vorschriften des Bundesrechts bzw. des einzelstaatlichen Rechts einen solchen „consent“ ausdrücken, ist der positivrechtliche Einstieg in das Schadensersatzrecht. Die breit angelegten Rechtsschutzvorschriften des APA helfen hier nicht, denn „money damages“ sind in § 702 ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen. Die in Betracht kommenden gesetzlichen Klauseln, die einen Verzicht enthalten könnten, werden restriktiv interpretiert. Verglichen mit der rechtsschutzfreundlichen Auslegung der Bestimmungen, die *abwehrrechtliche* Klagen betreffen (→ 4/34–49), erscheint die *entschädigungsrechtliche* Abstinenz – auch unter Gewaltenteilungsargumenten³³⁰ – wenig überzeugend. Sie erklärt sich aus der Abneigung amerikanischer Gerichte, die dem Kongress zustehenden haushaltsrechtlichen Verteilungsentscheidungen durch die Zuweisung von Haftungsrisiken vorwegzunehmen.³³¹

II. Wichtige Haftungsstatbestände des Bundesrechts

- 148 Im Folgenden werden drei Tatbestände behandelt, die wichtige Elemente des gegenwärtigen amerikanischen Haftungsrechts darstellen, aber unterschiedlichen Zeiten entstammen, unterschiedliche Ansätze verfolgen und

328 Nowak/Rotunda, § 2.11(e).

329 Zur Rechtslage in den Bundesstaaten vgl. *Cane*, Controlling, 377 Fn. 37; zur (restriktiveren) Praxis einzelstaatlicher Gerichte *Schuck*, Suing Government, 206 f.; *Schwartz*, § 9.24.

330 Zu den beiden Rechtfertigungen der „sovereign immunity“ Doktrin („separation of power“ und „fiscal reason – protecting the public purse“) vgl. *J. R. Bruno*, Immunity for “Discretionary” Functions, 49 Harv. J. on Legis. 411, 434–443 (2012).

331 Vgl. *Cane*, Controlling, 384–386 unter Bezugnahme auf *F. D. Shimomura*, The History of Claims Against the United States: The Evolution from a Legislative Toward a Judicial Model of Payment, 45 La. L. Rev. 625, 699 (1985): „The Supreme Court – the very institution which once challenged the validity of the colonial ‚legislative model‘... – has become its last bastion of modern support“.

unterschiedliche Bereiche abdecken.³³² Der Federal Tort Claims Act (FTCA) von 1946 nimmt den alten Gedanken einer persönlichen Haftung der Amtsträger nach common law auf und formt ihn in eine originäre Haftung des Bundes für Fehlverhalten seiner Amtsträger um (1). Die Vorschrift 42 U.S.C. § 1983 normiert eine Haftung von Amtsträgern der Einzelstaaten und Gemeinden, wenn sie Privatpersonen in Rechten geschädigt haben, die diesen nach Bundesrecht (einschließlich Bundesverfassungsrecht) zustehen (2). Der dritte Haftungstatbestand („*Biven-suits*“) ist 1971 richterrechtlich geschaffen worden und betrifft die Haftung von Bundesbediensteten für Verletzungen der Bundesverfassung (3). Daneben existieren zahlreiche Haftungsvorschriften in Fachgesetzen. Trotzdem kann von einer auch nur einigermaßen flächendeckenden Regelung des Amtshaftungsrechts durch *Bundesrecht*, wie es Art. 34 GG i. V. mit § 839 BGB trotz aller konzeptionellen Schwächen bietet, in den USA nicht die Rede sein.³³³

1. Der Federal Tort Claims Act

Der FTCA erging 1946 als Titel IV des Legislative Reorganization Act.³³⁴ 149 Mit ihm verzichtete der Kongress auf den Haftungsausschluss der „sovereign immunity“ und begründete eine direkte Haftung der USA für Schäden, die ihre Amtsträger in Ausübung ihres Amtes verursacht haben: 28 U.S.C. § 1346(b)(1).³³⁵ Für Klagen sind in erster Instanz die federal district courts exklusiv zuständig. Der Klageerhebung hat ein Verwaltungsverfahren vorauszugehen (28 U.S.C. § 2675(a)).³³⁶ Ein Urteil schließt Klagen in derselben Sache gegen den Amtswalter persönlich vollständig aus (§ 2676). Davon ausgenommen sein sollen nach § 2679(b)(2)(A) allerdings Verfas-

332 Zum Folgenden *Pierce*, Treatise, § 19.1; *Strauss*, Justice, 521 ff.; *R. A. Cass* (Fn. 305), in: *Bell/Bradley*, Liability, 113–133.

333 Zu weiteren mehr als 40 Vorschriften, die eine Haftung der USA begründen, vgl. *Pierce*, Treatise, § 19.4. Bundesrechtlich nicht erfasst sind dagegen vor allem Schadensfälle, die aus Verstößen von Amtsträgern der Einzelstaaten und der Kommunalkörperschaften gegen einzelstaatliches Recht resultieren.

334 Pub. L. No. 79–601 Stat 812, 842; mit Änderungen von 1966 und 1988 kodifiziert 28 U.S.C. § 1346 (b), §§ 2671–2680. Vgl. auch → 3/30.

335 Die Haftung ist (entgegen dem Text „negligent or wrongful“) als common law Haftung nicht vom Verschulden des Amtswalters abhängig; *Pierce*, Treatise, § 19.4 (S. 1814).

336 Es muss binnen zwei Jahren beantragt werden. Geschieht das nicht, so ist nach 28 U.S.C. § 2401(b) eine spätere Klage ausgeschlossen; vgl. dazu *Hershkoff* (Fn. 316), 2015 Mich. St. L. Rev. 183, 197–200 (2015).

sungsverletzungen.³³⁷ Nicht von der Haftungsübernahme des Staates erfasst sind typische vorsätzliche Schädigungen („intentional torts“).³³⁸

- 150 Der Tatbestand des 28 U.S.C. § 1346(b)(1) ist im Ansatz wie die traditionelle common law Haftung konstruiert. Gehaftet wird für die Verletzung bestimmter Rechtsgüter („injury or loss of property, or personal injury or death“) unter denselben Voraussetzungen, unter denen „a private person would be liable“. An dieser Stelle beginnen freilich schon die Schwierigkeiten; denn die Ausrichtung am privaten Schadensrecht kann immer nur auf eine mehr oder weniger naheliegende Analogie hinauslaufen, weil sich in staatlichen Aktionen Handlungen, die auch Private vornehmen können, mit solchen, die aus der hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung folgen, mischen.³³⁹ Ärztliche Leistungen etwa werden vor allem im privaten Sektor erbracht, und entsprechend existiert ein privates Haftungsrecht der Ärzte. Aber folgt daraus, dass auch für Militärärzte nach eben diesen Regeln zu haften ist, oder ist deren Handeln durch das Militär und damit durch eine Organisation in einer Weise geprägt, die für Private nicht zutrifft? Die Entscheidung *Feres v. United States* zeigt die Abgrenzungsschwierigkeiten und die Tendenz des Supreme Court, die Analogie eng zu fassen.³⁴⁰
- 151 Noch deutlicher wird das Bemühen des FTCA, letztlich doch den Besonderheiten staatlichen Handelns Rechnung zu tragen, an den zahlreichen *Ausnahmeregelungen* des 28 U.S.C. § 2680. Unter ihnen ist vor allem lit. (a) wichtig: Nicht gehaftet wird, wenn der Schaden auf Grund einer Ermessensentscheidung („discretionary function or duty“) eingetreten ist. Bei der rechtsvergleichenden Bewertung dieses Tatbestandes muss berücksichtigt werden, dass die amerikanische Ermessenslehre in deutlich größeren Dimensionen denkt als die deutsche. Es geht zunächst einmal um Entscheidungen hochstufiger politischer Planung und Programmierung, die von einer Haftung freigestellt sind.³⁴¹

337 Dazu *Strauss*, Justice, 525 und 528 f.; *Pierce*, Treatise, § 19.4 (S. 1817); zum sog. Westfall Act von 1988 → unten 3.

338 28 U.S.C. § 2680(h). Dazu zählen u.a. „assault“, „false imprisonment“, „malicious prosecution“, „slander“, „misrepresentation“. Zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen diesen und den von der Haftungsübernahme erfassten „negligent or wrongful acts“ vgl. *Pierce*, Treatise, § 19.4 (S. 1842–1850).

339 *Mashaw/Merrill/Shane*, 1056 ff.; *R. A. Cass* (Fn. 305), in: *Bell/Bradley*, Liability, 121 f.

340 340 U.S. 135, 140–141 (1950) *Feres v. United States*.

341 Dass auf diesem Felde, z.B. bei politisch kontroversen Rechtsetzungsmaßnahmen im Wirtschaftsrecht, das Haftungsrisiko der öffentlichen Hand beherrschbar bleiben muss und die Behörden ihre Entscheidungen nicht unter dem

Die Grenzziehung im Einzelfall bereitet allerdings erhebliche Schwierigkeiten. Die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt auch hier eine wenig entschädigungsfreundliche Tendenz.³⁴² Anfänglich wurden immerhin nur Akte auf „planning level“ von der Ausnahme erfasst, während für Akte auf dem „operational level“ und damit für das alltägliche Geschäft der Verwaltung zu haften war.³⁴³ Später stellte der Supreme Court klar, dass die Ausnahme nicht auf die Position des Amtsträgers, sondern auf die wahrgenommene Aufgabe abstelle;³⁴⁴ dem Kongress sei es bei der Ausnahme von Ermessensentscheidungen ganz generell darum gegangen, Regulierungsaufgaben davon freizustellen, dass sie im Gewande von Haftungsklagen einer richterlichen Zweitbewertung unterzogen würden.³⁴⁵ *United States v. Varig* betraf Schäden aus einem Flugunfall, für die die Fluggesellschaft die USA in Anspruch nehmen wollte, weil die Federal Aviation Administration (FAA) bei der Zertifizierung des Flugzeugs die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hätte. Der Supreme Court analysierte das Verfahren der Zulassung und Überwachung von Fluggerät genau und gelangte zu dem Ergebnis, dass die Behörde bei der Ausgestaltung ihrer Kontrollen so viel Spielraum gehabt habe, dass sie damit unter die „discretionary function exception“ falle. In dem wenige Jahre später entschiedenen Fall *Gaubert v. United States*, einem Fall aus dem Bankenaufsichtsrecht, wurde der Ausnahmetatbestand nochmals erweitert: er kann auch bei Vorgängen des behördlichen Tagesgeschäfts einschlägig sein, wenn diese von „policy judgements“ bestimmt werden können.³⁴⁶

Die Zahl erfolgreicher Schadensersatzklagen gegen die USA ist im Gefolge dieser Judikatur immer weiter zurückgegangen. In mehr als 75 % der Fälle gelang es den staatlichen Behörden, die Gerichte davon zu überzeugen, dass das schädigende Ereignis mit einer Ermessensentscheidung zu tun ge-

Druck eines solchen Risikos sollten treffen müssen, ist angesichts der auf dem Spiel stehenden großen Schadenssummen ein plausibler Gedanke. Er findet sich ähnlich in der Judikatur der Europäischen Gerichte, wenn zur Haftungsbeurteilung bei normativem Unrecht eine „hinreichend qualifizierte“ Rechtsverletzung verlangt wird; vgl. *M. Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 340 AEUV Rn. 16 ff.

342 Zum Folgenden *J. R. Bruno* (Fn. 330), 49 *Harv. J. on Legis.* 411, 423–431 (2012); *Pierce*, *Treatise*, § 19.4 (S. 1818–1841); *Mashaw/Merrill/Shane*, 1109 ff.

343 346 U.S. 15, 30–36 (1953) *Dalebite v. United States*.

344 467 U.S. 797 (1984) *United States v. Varig Airlines*; fortgesetzt in 486 U.S. 531, 537 (1988) *Berkovitz v. United States*; „based on considerations of public policy“.

345 467 U.S. 797, 814 (1984): „to prevent judicial ‚second-guessing‘“.

346 499 U.S. 315, 326 (1991) *United States v. Gaubert*; dazu *Strauss*, *Justice*, 523.

habt habe.³⁴⁷ Bevor man die Praxis in vergleichender Sicht als ungewöhnlich restriktiv kritisiert, sollte allerdings bedacht werden, dass auch das deutsche Amtshaftungsrecht dogmatische Techniken entwickelt hat, um das Haftungsrisiko des Staates in Grenzen zu halten. In diesen Zusammenhang gehört das Erfordernis der sog. Drittbezogenheit der Amtspflicht i. S. des Art. 34 GG i.V. § 839 BGB. Pflichten, die dem Beamten nur gegenüber der Allgemeinheit obliegen, erfüllen diese Voraussetzung nicht. In einigen Fällen regulierender Wirtschaftsaufsicht, die in den USA der „discretionary function exception“ unterfallen, würde auch in Deutschland nicht gehaftet, weil es an der „Drittbezogenheit“ der Amtspflicht fehlt.³⁴⁸ Daran scheitert im Regelfall auch eine Haftung für legislatives oder normatives Unrecht.³⁴⁹ In einander ähnlicher Weise stellen beide Rechtsordnungen zudem die Entscheidungstätigkeit der Richter von einer Haftung frei. 28 U.S.C § 2680 statuiert daneben noch eine ganze Reihe weiterer Ausnahmen für bestimmte Fachaufgaben, z.B. für den Steuereinzug (lit. c) und Quarantänemaßnahmen (lit. f).³⁵⁰ Wichtig bleibt ein Unterschied in der Grundeinstellung: Ausnahmen sind in den USA vor dem Hintergrund der „sovereign immunity“ Doktrin zu sehen und extensiv zu interpretieren. In Deutschland ist dagegen von einer im Rechtsstaatsprinzip verankerten staatlichen Einstandspflicht als Grundsatz auszugehen, der Ausnahmen von der Haftung zwar nicht generell verbietet, aber unter Rechtfertigungsvorbehalt stellt.³⁵¹

2. Die Haftung nach 42 U.S.C § 1983

- 154 Der zweite wichtige Tatbestand des amerikanischen Staatshaftungsrechts ist 42 U.S.C. § 1983. Die Vorschrift begründet eine Haftung *einzelstaatlicher Amtsträger*, wenn sie jemandem seine durch die Verfassung oder die Geset-

347 Angaben bei J. R. Bruno (Fn. 330), 49 Harv. J. on Legis. 411, 430 (2012).

348 So für die Finanzdienstleistungsaufsicht § 4 Abs. 4 FinDAG vom 22. 4. 2002 (BGBl I S. 1310); dazu bestätigend BGHZ 162, 49, 66. Zu Fällen der Versicherungsaufsicht *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2. Teil unter III 3 b ff.

349 *Ossenbühl/Cornils*, ebd., 2. Teil unter IV 5.

350 Vgl. *Herschkoff* (Fn. 316), 2015 Mich. St. L. Rev. 183, 187 und 205–205.

351 M. Morlok, Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: GVwR III, § 52 Rn. 22; *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 105 ff. Inwieweit vor diesem Hintergrund bei der Ausgestaltung der Haftung auch die finanziellen Konsequenzen für die öffentlichen Haushalte berücksichtigt werden dürfen, ist streitig, vgl. *Breuer*, ebd., 156 ff.

ze der USA zuerkannten Rechte genommen haben.³⁵² Geschaffen wurde diese Haftung wenige Jahre nach dem Bürgerkrieg mit dem Civil Rights Act von 1871 als ein Mittel, um die loyale Vollziehung der bundesrechtlichen Pflichten beim Abbau der Rassendiskriminierung in allen Bundesstaaten gegen massive Widerstände durchzusetzen. Die Gesetzesgeschichte zeigt eindrücklich die seinerzeit in manchen der Staaten herrschenden Zustände.³⁵³

In der Zwischenzeit ist 42 U.S.C. § 1983 zu einem weit aufgespannten 155 Schirm für die Garantien des Bundesrechts geworden:³⁵⁴ Die Anforderungen der Due Process Klausel im Strafvollzug, die Vorgaben der „freedom of speech“ im öffentlichen Dienst, die Gleichbehandlung im Schulrecht – auf allen diesen Feldern können Verletzungen vorkommen, die (auch) Haftungsfragen im Gefolge haben.³⁵⁵ Zu den Verpflichteten zählen nicht nur die einzelstaatlichen Amtsträger persönlich, sondern auch Institutionen, nicht nur staatliche, sondern auch private Einrichtungen (z.B. privatisierte Gefängnisse), nicht nur Bedienstete der staatsunmittelbaren Verwaltung, sondern auch der Kommunen und Schulbezirke.³⁵⁶ Eine besondere Verletzungsabsicht setzt der Begriff „deprivation“ nicht voraus; es gelten die im Schadensrecht auch sonst üblichen Haftungsmaßstäbe.³⁵⁷

352 Der Grundtatbestand lautet (etwas verkürzt): every person, who under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage of any State, subjects [an]other person to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution or laws, shall be liable to the party injured.

353 Vgl. die Darstellung in 365 U.S. 167, 171–192 (1961) *Monroe v. Pape*, dort 171: „Section 1979 [Vorläufer des § 1983] came into the books as § 1 of the Ku Klux Act“; und 174: „The debates are replete with references to the lawless conditions existing in the South 1871“.

354 *Pierce*, Treatise, § 19.6 (S. 1863): „Actions under § 1983 now account for a large proportion of the total cases resolved by federal courts“. *Strauss*, Justice 525 f.

355 Vgl. *Lee*, Handbook, §§ 4–6; einige Beispiele auch bei *R. A. Cass* (Fn. 305), in: *Bell/Bradley*, Liability, 125 f.

356 Die Bundesstaaten selbst sind allerdings nicht von § 1983 erfasst; 491 U.S. 58, 65 (1989) *Will v. Michigan Dept. of State Police*; *Cane*, Controlling, 388. Die Behandlung der Kommunalkörperschaften hat geschwankt; nach jüngeren Entscheidungen können sie haftbar gemacht werden, wenn sie durch ihre Politik oder Praxis Veranlassung zu der Verletzung gegeben haben. Vgl. *Lee*, Handbook, § 3.

357 365 U.S. 167, 187 (1961); weiter differenzierend 474 U.S. 327, 329–336 (1986) *Daniels v. Williams*.

- 156 Die Weite des Verletzungstatbestandes wird allerdings durch ein Netz von Immunitätsregeln im praktischen Effekt erheblich eingeschränkt:³⁵⁸ Obwohl § 1983 selbst „immunities“ nicht erwähnt, wird angenommen, dass der Kongress bei Schaffung der Vorschrift die Amtsträger nicht der Verteidigungsmöglichkeiten hat berauben wollen, die ihnen nach dem common law zustehen.³⁵⁹ Dabei wird zwischen absoluter und qualifizierter Immunität unterschieden. Erstere genießen Mitglieder gesetzgebender Körperschaften, Richter und Staatsanwälte. Bei Verwaltungsbeamten kommt es dagegen vor allem auf ihre Funktion und auf die Art der schädigenden Handlung an, ob ihnen absolute oder nur qualifizierte Immunität zukommt. Der Regelfall ist bei ihnen die qualifizierte Immunität. Sie schützt den Beamten, solange er nicht gegen „clearly established statutory or constitutional rights of which a reasonable person would have known“, verstoßen hat.³⁶⁰
- 157 An dieser Stelle werden Umstände des Falles abgehandelt, die im Rahmen des § 839 BGB zum „Verschulden“ gehören. Die Judikatur hat einen erheblichen Spielraum, die gegensätzlichen Interessen abzuwägen. Obwohl 42 U.S.C § 1983 einer der Pfeiler der „civil rights“ Idee ist, sind die Gerichte geneigt, „qualified immunity“ großzügig zuzusprechen.³⁶¹ Die Rechtspositionen, die verletzt worden sein sollen, müssen „clearly established“ sein. Verlangt wird dazu regelmäßig, dass konkretisierendes Fallrecht vorliegt und hinreichend konkrete Feststellungen getroffen werden können.³⁶² Das gilt insbesondere dann, wenn sich für den handelnden Beamten schwierige verfassungsrechtliche Auslegungsfragen stellen. Die Darlegungs- und Beweislast trägt der Kläger.³⁶³

358 Lee, Handbook, § 7; *Antieau/Mecham*, Tort Liability, § 2.1 – 2.9 und speziell zu einzelstaatlichen Amtsträgern § 2.35 – 2.55; kritisch J. C. Jeffries Jr., What's Wrong with Qualified Immunity?, 62 Fla. L. Rev. 851 (2010) und ders., The Liability Rule for Constitutional Torts, 99 Va. L. Rev. 207 (2013).

359 424 U.S. 409, 417–419 (1976) *Imbler v. Pachtman*.

360 457 U.S. 800, 819 (1982) *Harlow v. Fitzgerald*; weit. Nachw. bei *Mashaw/Merrill/Shane*, 1172 ff.; Lee, Handbook, § 7.03.

361 Vgl. aber auch die empirischen Angaben zu einer nur begrenzten Relevanz der Doktrin für den Prozessausgang bei J. C. Schwartz, How Qualified Immunity Fails, 127 Yale L. J. 2 (2017).

362 584 U.S. ____ (2018) (per curiam) (slip op. at 4) *Kisela v. Hughes*; 583 U.S. ____ (2018) (slip op. at 15) *District of Columbia v. Wesby*.

363 Vgl. Lee, Handbook, § 7.03(B)(2).

3. Schadensersatz nach der „Bivens Action“

Der dritte wichtige Haftungstatbestand betrifft den Schadensersatz wegen 158
Verletzung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte durch *Amtsträger des Bundes*. Er ist 1971 richterrechtlich geschaffen worden: *Bivens v. Six Unknown Named Federal Agents* betraf den Fall einer ohne richterliche Anordnung getroffenen und in besonders rabiater Weise durchgeführten Durchsuchung der Wohnung und der Person des Klägers.³⁶⁴ Gestützt wurde die Klage auf eine Verletzung des IV. Zusatzartikels, der Schutz vor „unreasonable search and seizure“ gewährt, allerdings nichts über die Folgen seiner Verletzung und erst recht nichts zu Schadensersatzfolgen aussagt (→ 5/10).

Die Mehrheit der Richter überwand diese Schwierigkeit jedoch ohne 159
größeren argumentativen Aufwand mit dem Hinweis auf *Marbury v. Madison*: „The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury“.³⁶⁵ Das Votum ist getragen vom Bemühen, auf eine Verfassungsverletzung mit einer angemessenen Reaktion zu antworten. Dass sich das Gericht mit der Schaffung eines neuen Haftungstatbestandes weit in den Aufgabenbereich des Parlaments hineinbegebe,³⁶⁶ ließ die Richtermehrheit nicht gelten. Angesichts der Zurückhaltung, die der Supreme Court gerade in Schadensersatzangelegenheiten sonst übt, ist das ein erstaunlicher Befund.³⁶⁷ Geschaffen worden ist immerhin nicht weniger als eine neue *verfassungsunmittelbare* Möglichkeit, öffentliche Amtsträger mit Klagen auf angemessenen Ausgleich und damit auch auf Geldersatz („money damages“) zu überziehen.³⁶⁸

364 403 U.S. 388 (1971) *Bivens v. Six Unknown Named Federal Agents* (Bivens); ausführlich Harlan, J. conc. 398–411, dort auch der Hinweis, dass, wenn bei der Verletzung verfassungsrechtlicher Rechte schon gerichtliche „injunctions“ anerkanntermaßen zulässig seien, dieses erst recht für das Zusprechen von Schadensersatz gelten müsse, weil eine solche Folge weniger eingreifend sei.

365 403 U.S. 388, 395–396 (1971).

366 So die drei dissentierenden Richter: Chief Justice Burger, 412; Black, J. 427 und Blackmun, J. 430. Alle Einwände erneut und noch ausführlicher behandelt von Rehnquist, J. diss. in: 446 U.S. 14, 31–54 (1980) *Carlson v. Green*.

367 Ähnlich R. A. Cass (Fn. 305), in: Bell/Bradley, Liability, 130 f. („In creating rights of action, the usual course is for the legislature...“).

368 Von den zwischen 1971 und 1985 erhobenen 12.000 constitutional tort claims führten allerdings nur sehr wenige zu einer Verurteilung zum Geldersatz;

- 160 Rechtlich sind „*Bivens* actions“ gegen Amtsträger des Bundes in Parallele zu den „§ 1983-actions“ gegen Amtsträger der Einzelstaaten konstruiert:³⁶⁹ Sie können nur gegen den Amtsträger persönlich erhoben werden, nicht aber gegen die Behörde, die ihn beschäftigt.³⁷⁰ Die verfassungsmäßigen Rechte, die verletzt sein können, sind abstrakt weit gefasst. Aber der Beklagte kann sich auf die Immunität berufen, die Amtsträgern nach den allgemeinen Regeln zukommt,³⁷¹ d. h. im Regelfall auf „qualified immunity“, bei politischen Funktionen auf „absolute immunity“.³⁷²
- 161 Ein zweiter Ansatz, um *Bivens* restriktiv zu begegnen, ist die Frage nach einem schon vorhandenen Rechtsmittel („alternative remedy“). Soweit ein solches verfügbar ist, ist davon auszugehen, dass der Kongress eine weitere Klagemöglichkeit, wie sie die „*Bivens* action“ darstellt, nicht gewollt hat. Die Bewertung, ob ein verfügbarer anderer Rechtsbehelf einen adäquaten Schutz bietet, lässt viel Raum für rechtspolitische Erwägungen der Gerichte. War der Supreme Court in dieser Frage zunächst großzügig, so hat er in der Folgezeit diesen Ansatz genutzt, um den Schutzbereich von *Bivens* einzuschränken.³⁷³ Nach jüngerer Rechtsprechung braucht es kein Rechtsmittel des Bundesrechts zu sein, um die Sperrwirkung auszulösen; auch Rechtsbehelfe des einzelstaatlichen Rechts genügen. Der Rechtsbehelf muss auch nicht den vollen Umfang des Ersatzes bieten wie eine „*Bivens* action“; Abstriche sind hinnehmbar; die Kompensation muss nur „roughly similar“ sein.
- 162 Eine Tendenz im Supreme Court geht erkennbar dahin, *Bivens* actions auf wenige Fälle zu begrenzen. Für Justice Scalia war *Bivens* schon 2012 „a relic of the heady days in which this Court assumed common-law powers to create causes of action“. Von dieser Sicht – so fährt Scalia fort – habe sich das Gericht, was die Ebene des einfachen Rechts betreffe, schon verabschiedet;

Strauss, Justice, 526 Fn. 48; zurückhaltend auch die Feststellungen bei *Mashaw/Merrill/Shane*, 1158.

369 *R. A. Cass* (Fn. 305), in: *Bell/Bradley, Liability*, 132 f.

370 510 U.S. 471, 483–486 (1994) *FDIC v. Meyer*.

371 Kritik daran bei *J. C. Jeffries* (Fn. 358), 99 Va. L. Rev. 207, 258 ff. (2013).

372 Dazu 438 U.S. 478, 504–508 und 513–515 (1978) *Butz v. Economou*. So genießt der Präsident der USA wegen seiner einzigartigen verfassungsrechtlichen Position für alle Akte „within the outer perimeter of his official responsibility“ absolute Immunität; 457 U.S. 731, 755–756 (1982) *Nixon v. Fitzgerald*.

373 Darstellung der Entwicklung in 551 U.S. 537, 550 (2007) *Wilkie v. Robbins*; bestätigt. 565 U.S. 118, 125 (2012) *Minnecci v. Pollard*; vgl. auch *Pierce*, Treatise, § 19.5.

es sollte das, was die Ebene des Verfassungsrechts betreffe, ebenso tun.³⁷⁴ Der Rat, die Steuerungsfunktion des Staatshaftungsrechts in diesem wichtigen Punkte zurückzuschneiden, erscheint in einer Zeit, die mit allen Mitteln auf die effektive Durchsetzung von Bürgerrechten dringen muss, allerdings wenig überzeugend. Doch auch in Teilen der Literatur wird empfohlen, die *Bivens* Rechtsprechung aufzugeben.³⁷⁵

Hinderlich daran ist allerdings, dass sich die Praxis auf die Existenz dieser Rechtsprechung eingestellt und auch der Kongress ihr bis zu einem gewissen Grade 1988 im Westfall Act Rechnung getragen hat.³⁷⁶ Mit diesem Gesetz sollte auf das Urteil *Westfall v. Erwin* reagiert werden, in dem der Supreme Court die Immunität von Amtsträgern des Bundes gegenüber Schadensersatzklagen, die sich auf die Verletzung von einzelstaatlichem Recht stützen, erheblich eingeschränkt und darauf hingewiesen hatte, dass diese Fragen besser vom Kongress entschieden würden.³⁷⁷ Ziel des Gesetzes war es, Bundesbedienstete vom Druck *persönlicher* Inanspruchnahme durch eine verstärkte *staatliche* Einstandspflicht zu entlasten.

Das Ergebnis ist die zweigeteilte Regelung des 28 U.S.C § 2679(b): Klagen 164 auf Schadensersatz sind grundsätzlich exklusiv gegen die USA und nicht gegen den Beamten zu richten.³⁷⁸ Ausgenommen von der Übernahme sind allerdings Klagen, die auf eine Verletzung der Verfassung gestützt sind. Für „constitutional torts“ ist weiterhin allein der handelnde Amtsträger persönlich verantwortlich. Gerade diese Ausnahmeregelung ist der kritische

374 So Scalia, J. conc. 565 U.S. 118, 130 (2012). Die restriktive Tendenz ist jüngst von der Senatsmehrheit in 589 U.S. ____ (2020) (slip op. at 5–6) *Hernandez v. Mesa* mit Bezug auf die Gewaltenteilung bestätigt worden; noch deutlicher Thomas, J. conc., dem sich Gorsuch angeschlossen hat, (slip op. at 1): „I write separately because, in my view, the time has come to consider discarding the *Bivens* doctrine altogether“.

375 *Pierce*, Treatise, § 19.5 (S. 1861): „The *Bivens* opinion was a mistake“.

376 Federal Employees Liability Reform and Tort Compensation Act, Pub. L. No 100–694; zur Entwicklung *Mashaw/Merrill/Shane*, 1075 f.; *C. M. Vázquez/S. I. Vladeck*, State Law, the Westfall Act, and the Nature of the *Bivens* Question, 161 U. Pa. L. Rev. 509, 565–570 (2013).

377 484 U.S. 292, 295–297 (1988).

378 Voraussetzung ist, dass der Beamte in Ausübung seines Amtes („within the scope of his office“) gehandelt hat. Wird das vom Attorney General förmlich bestätigt, so treten gem. 28 U.S.C. § 2679(d)(1) prozessual die USA an die Stelle des beklagten Beamten. Die Ablehnung der Bestätigung kann von dem Beamten gerichtlich angegriffen werden; 515 U.S. 417, 420 (1995) *Gutierrez de Martinez v. Lamagno*.

Punkt: der Begriff „constitutional torts“ ist extrem weit.³⁷⁹ Ihn zum Grenzbegriff zwischen Staatshaftung und Beamteneigenhaftung zu machen, wie es in 28 U.S.C § 2679(b)(2) geschehen ist, heißt, das öffentliche Haftungsrecht dauerhaft gravierenden Unsicherheiten auszusetzen, die auf das Vertrauen der Bürger ebenso wie auf die Leistungsbereitschaft des öffentlichen Dienstes rückwirken.³⁸⁰

- 165 Die halbherzige Lösung des Westfall Act lenkt den Blick damit auf das Zentralproblem des amerikanischen Staatshaftungsrechts: das ungeordnete Nebeneinander und Durcheinander von Klagemöglichkeiten gegen den Amtsträger persönlich und gegen den hinter ihm stehenden Hoheitsträger. Historisch ist dieser Zustand erklärlich; aber er ist in hohem Maße dysfunktional. An seine Stelle sollte im Außenverhältnis einheitlich eine Haftung des Staates für alle rechtswidrigen Handlungen treten, die ein Amtsträger in Ausübung seines Amtes begangen hat.³⁸¹ Die persönliche Haftung des Beamten, die in der Tat eine unverzichtbare erzieherische Funktion hat,³⁸² kann dem Regress im Innenverhältnis vorbehalten bleiben. Die deutsche Amtshaftung hat zwar unbestreitbar erhebliche Konstruktionschwächen.³⁸³ Aber die Statuierung einer umfassenden Haftungsübernahme für alle in Ausübung eines öffentlichen Amtes begangenen Amtspflichtverletzungen (Art. 34 GG) hat jedenfalls für das Außenverhältnis und damit für den Bürger Klarheit geschaffen.
- 166 In den USA ist der Weg zu einer solchen Lösung freilich schon aus Gründen der föderalen Kompetenzverteilung beschränkt und auch im Übrigen wesentlich schwieriger zu gehen. Die unterschiedlichen Kategorien von „immunities“ („sovereign immunity“ und „officers immunities“) müssten

379 Treffend *Mashaw/Merrill/Shane*, 1153: „The Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendments are sufficiently expansive both in their wording and their historical interpretation to suggest the possibility of a vast domain of ‚constitutional torts‘ that might lie against federal or state officials and federal or state governments“.

380 Zu weiteren aktuellen Auslegungsschwierigkeiten vgl. C. M. Vázquez/S. I. Vladeck (Fn. 376), 161 U. Pa. L. Rev. 509, 570–582 (2013) (state law remedies betreffend).

381 Vgl. Chief Justice Burger in seinem Sondervotum in 403 U.S. 388, 422 (1971) *Bivens*: „Congress should develop an administrative or quasi-judicial remedy against the government itself to afford compensation and restitution for persons whose Fourth Amendment rights have been violated“. *Schuck*, Suing Government, 182 ff.; *Pierce*, Treatise, § 19.5 (S. 1861).

382 510 U.S. 471, 483–486 (1994) *FDIC v. Meyer*.

383 Dazu *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, § 9.

aufeinander abgestimmt werden, und auch in der Einbeziehung oder Ausklammerung einzelner Schadensposten, z. B. der „punitive damages“, steckt Konfliktstoff. Der Kongress verfügt jedoch über hinreichende Kompetenzen, auf „sovereign immunity“ zu verzichten und sich auch sonst von überkommenen Haftungsregeln des common law zu verabschieden, um ein Staatshaftungsrecht zu entwickeln, das zu seinem Teil dazu beitragen kann, die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns gerade auch in der alltäglichen Lebenswelt der Menschen sicherzustellen.

B. Rechtsschutz in Vertragsangelegenheiten

Der Rechtsschutz in Vertragsangelegenheiten der Verwaltung sollte in einem Lande, das eine monistische Gerichtsorganisation hat, einfach nach Maßgabe des allgemeinen Rechts zu konstruieren sein. Er ist es aber nicht, sondern er hat ein ganz eigenes Gepräge entwickelt, in dem sich Haushaltsrecht mit Managementüberlegungen und dem Bestreben nach einem möglichst einvernehmlichen Ausgleich zwischen der Verwaltung und ihren Vertragspartnern verbindet.³⁸⁴ In den Behörden sind regelmäßig besondere Stellen oder Fachbeamte für das Vertragswesen zuständig. Die Finanzkontrolle spielt eine große Rolle. 167

I. Die Rolle des Court of Federal Claims

Vor allem aber gelten für den Gerichtsschutz Besonderheiten, insofern ein eigenes Gericht, der U.S. Court of Federal Claims, eine zentrale Position einnimmt. Seine Entwicklung ist eng mit der Vorstellung von „sovereign immunity“ verbunden.³⁸⁵ Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts waren Klagen gegen die USA in Vertragsangelegenheiten nicht möglich. Es konnte nur ein verwaltungsinternes Verfahren angestrengt oder der Kongress bemüht werden. 1855 und später durch den Tucker Act von 1887 wurde ein eigenes Gericht geschaffen, dessen Entscheidungen allerdings zunächst nur empfehlenden Charakter hatten.³⁸⁶ Nach wiederholten Änderungen seiner 168

384 Vgl. *Strauss*, Justice, 531 f.

385 Zum Folgenden *Cane*, Controlling, 405 ff.

386 Gesetz vom 3. März 1887, 24 Stat. 505; kodifiziert 28 U.S.C. 1491. Der Tucker Act drückt für die entsprechenden Klagen einen Verzicht auf „sovereign immunity“ aus. Er gibt aber keine materiellen Rechte auf Leistung („substantive

organisatorischen Zuordnung ist dieses Gericht heute der Court of Federal Claims (COFC) mit Sitz in Washington. Das Gericht gehört nicht zur Dritten Gewalt i. S. des Art. III der U.S.-Verf., sondern ist ein Art. I Gericht (28 U.S.C. § 171).³⁸⁷ Seine 16 Mitglieder werden vom Präsidenten mit Zustimmung des Senats nicht auf Lebenszeit, sondern auf 15 Jahre ernannt, genießen aber volle richterliche Unabhängigkeit.

- 169 Der COFC gewährt Rechtsschutz gegen die USA in Vertragsangelegenheiten (28 U.S.C. § 1491). Dazu gehören einerseits Klagen aus abgeschlossenen Verträgen („contract dispute system“), die regelmäßig auf Geldleistung gerichtet sind. Zum andern hat der COFC eine wichtige Funktion für den Bieterrechtsschutz im Vergaberecht („bid protest system“). Er kann dazu in laufende Verfahren intervenieren, auch abgeschlossene Verträge annullieren und Ersatz des Vorbereitungsaufwandes zusprechen. Dabei überprüft er die Entscheidungen der Behörden wie im judicial review allgemein üblich nach den Maßstäben von 5 U.S.C. § 706. Die Endurteile des Gerichts können nach 28 U.S.C. § 1295(a)(3) mit der Berufung an den Court of Appeals for the Federal Circuit angegriffen werden. An dieser Stelle mündet der besondere Vertragsrechtsschutz in den allgemeinen Instanzenzug der Art. III Gerichte ein.

II. Speziell zum Rechtsschutz im Vergaberecht

- 170 Der COFC ist nicht die einzige Institution, die auf dem Gebiet des Bieterschutzes tätig ist.³⁸⁸ Vielmehr besteht ein mehrgliedriges Beschwerde- und Kontrollgefüge aus administrativen und gerichtlichen Stellen, dessen Instanzen aber nicht zwingend nacheinander zu durchlaufen sind.³⁸⁹
- Ein „bid protest“ soll möglichst bei der Behörde eingelegt werden, die das Vergabeverfahren betreibt, d.h. den Vertrag schließen will oder ge-

rights“); diese müssen sich aus anderen Anspruchsgrundlagen ergeben, 556 U.S. 287, 290 (2009) *United States v. Navajo Nation*; 590 U.S. __ (2020) (slip op. at. 24) *Maine Community Health Options v. United States*.

387 Zur Unterscheidung der beiden Gerichtstypen → 4/9–14.

388 Zum Vergabewesen und seinen Verfahren → 3/150–156.

389 Übersichtliche und materialreiche Darstellung im *Judge Advocate General's Legal School*, Contract Attorneys Deskbook, 2014, Vol. 1 Chap. 18A und 18B sowie 22A.

geschlossen hat.³⁹⁰ Schon bevor er förmlich erhoben wird, sollen alle Beteiligten über die aufgetretenen Schwierigkeiten das Gespräch suchen. Ist der Protest erhoben, darf die Behörde die Vergabe einstweilen nicht vornehmen. Das Verfahren soll einfach und informell durchgeführt und möglichst in 35 Tagen abgeschlossen werden.

- Eine zweite Möglichkeit ist die Anrufung des Government Accountability Office (GAO), des Rechnungshofs der USA.³⁹¹ Damit steht eine Überprüfung durch eine unabhängige Instanz zur Verfügung, die ähnlich wie die Kontrolle durch Vergabekammern gem. §§ 155 ff. GWB wirkt. Eine vorherige Befassung der Behörde, die das Vergabeverfahren durchführt, ist wünschenswert, aber nicht Voraussetzung (33.103(e) FAR). Die Erhebung des Protests ist fristgebunden. Sie hat im Regelfall aufschiebende Wirkung: ein Vergabevertrag darf außer in Dringlichkeitsfällen nicht geschlossen werden; ein schon geschlossener Vertrag ist außer Vollzug zu setzen, wenn die Behörde binnen 10 Tagen von dem Protest informiert worden ist. Das GAO überprüft den Vorgang auf seine Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Vergaberecht; die Maßstäbe ähneln denen von § 706 APA. Auf Antrag eines Beteiligten kann ein Hearing durchgeführt werden. Das GAO hat seine Entscheidung binnen 100 Tagen, in Eilfällen binnen 65 Tagen zu treffen. Die Entscheidung hat allerdings nur empfehlenden Charakter. Die Behörde kann von ihr abweichen, muss das aber begründen (§ 33.104(g) FAR). Auf Grund neuer Tatsachen kann das GAO nach 4 C.F.R. § 21.4(b) um eine Überprüfung („reconsideration“) seiner Entscheidung angegangen werden.
- Einer gerichtlichen Kontrolle sind die Entscheidungen des GAO anders als die Entscheidungen der Vergabekammern nach § 171 GWB nicht zugänglich. Gegenstand einer Kontrolle durch den COFC können aber die Entscheidungen der die Vergabe durchführenden Behörde sein, die den Empfehlungen des GAO nachkommen.

390 Vgl. die Regelung in § 33.103 Federal Acquisition Regulation (FAR), kodifiziert Title 48 Code of Federal Regulation Chap. 1.

391 Grundlagen: 31 U.S.C. §§ 3551–3557 sowie 33.104 FAR und die GAO Bid Protest Regulations in 4 C.F.R. Part 21.

