

Zweiter Beratungsgegenstand:

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

1. Bericht von Professor Dr. *Rainer Wahl*, Freiburg*

Inhalt

	Seite
I. Ausgangsthesen	153
1. Das Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts	153
2. Die verfahrensspezifische Sicht ex ante.	156
II. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens	157
1. Zielkonflikte im Verwaltungsverfahren.	157
2. Zusätzliche Anforderungen an Verwaltungsverfahren aus Gründen der Kompensation	158
III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz.	159
1. Rechtswahrung und vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren.	160
2. Verwaltungseffizienz	162
IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung	164
V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksich- tigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grund- rechte im Verwaltungsverfahren	166
1. Die Normalität der Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren.	166
2. Staatliche Schutzpflicht und verfassungsgebotenes Verfahrensrecht	167
3. Verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungs- verfahrensrecht.	169
4. Vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungs- verfahren	169

* Für vielfältige Hilfe, insbesondere für beharrliches Nachfragen und weiterführende Kritik danke ich Herren Dr. F. Rottmann, R. Schmalz, G. Hermes und A. Hesse. Mit großem Engagement hat Frau E. Schurr tatkräftig geholfen.

VI. Die Regelungen des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im Verwaltungsverfahrensgesetz	171
1. Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus von speziellem Verwaltungsrecht	171
2. Lösungen des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im VwVfG	172
3. Die Notwendigkeit von sektoralem und bereichsspezifischem Verfahrensrecht	173
4. Die effizienzorientierte Regelung des § 46 VwVfG: Die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren	175
VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts	178
1. Nicht-förmliche Verfahren	178
2. Asylverfahren	178
3. Massenverwaltung am Beispiel der Steuerverwaltung	178
4. Baugenehmigungsverfahren	180
5. Großverfahren – komplexe Verwaltungsentscheidungen	180
6. Raum- und umweltgestaltende Rechtssetzungsverfahren	185
VIII. Schluß	185

I. Ausgangsthesen^{1, 2}

Das Verwaltungsverfahren ist die Verwaltung in Aktion. Nicht alles, aber das meiste Verwalten geschieht in und durch Verfahren. Deshalb spiegeln sich fast alle Leistungen, aber auch fast alle Probleme der gegenwärtigen Verwaltung im Verwaltungsverfahren. Den Gründen dafür möchte ich in der 1. Ausgangsthese nachgehen.

1. Das Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts

Das Verwaltungsverfahren ist im Bereich des vollzugsbedürftigen Verwaltungsrechts der *Verwirklichungsmodus* des Rechts. Jeder Fall der Rechtsverwirklichung muß ein Verfahren durchlaufen und wird dabei durch das ‚Medium‘ des Verfahrens geprägt und ausgeformt. Diese Grundthese ist zunächst näher darzulegen. Das öffentliche Recht ist, was die konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen des einzelnen angeht, in seinem überwiegenden Teil³ *verfahrensabhängig*, weil es vollzugsbedürftig ist oder generell von Vermittlungsakten der Verwaltung abhängig ist⁴. Um diesen Teil des öffentlichen Rechts geht es im folgenden allein. Das öffentliche Recht beschränkt sich dabei nicht auf die Statuierung von primären Verhaltensgeboten oder -verboten für die einzelnen, sondern die generellen Gesetzesvorschriften sind durch Vermittlungsakte der Verwaltung zu konkretisieren. Die erforderlichen Verwaltungsverfahren sind *notwendige* Teile der Prozesse, in denen das Verwaltungsrecht erst zur Verwirklichung kommt

¹ Angesichts der vorgegebenen Begrenzungen der Anmerkungen werden in erster Linie die jeweils neuesten Veröffentlichungen nachgewiesen und dabei zugleich auf deren Literaturangaben verwiesen. Diese inzidente Bezugnahme gilt auch für frühere grundlegende Arbeiten sowie für die Lehrbuch-, Kommentar- und allgemeine monographische Literatur.

² Hervorgehoben seien die Begleitaufsätze zum Thema von Ch. Degenhart, DVBl. 1982, S. 872; F. Ossenbühl, NVwZ 1982, S. 465; W.-R. Schenke, VBlBW 1982, S. 313; R. Steinberg, DÖV 1982, S. 619. – Der Aufsatz von A. v. Mutius, NJW 1982, S. 2151 konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

³ Die Einschränkung bezieht sich darauf, daß nur das vollzugsbedürftige und deshalb verfahrensabhängige Recht gemeint ist, dazu unten im Text.

⁴ In einem anderen, nämlich auf die Grundrechte bezogenen, Sinn gebraucht Ossenbühl, in: FS Eichenberger 1982, S. 183/184 ff. und ders., DÖV 1981, S. 1/5 f. den Begriff Verfahrensabhängigkeit.

und real wird. Vor dem Durchlaufen der Verfahren existiert die konkrete Berechtigung oder Verpflichtung des einzelnen nicht; sie kann jedenfalls nicht geltend gemacht werden. Das Verwaltungsverfahren ist deshalb in diesen Teilen des öffentlichen Rechts der *Modus* der primären Rechtsverwirklichung in jedem einzelnen Anwendungsfall. Verwaltungsgerichtsverfahren dagegen, mit denen man das Verwaltungsverfahren üblicherweise vergleicht, betreffen immer nur einen Teil, nämlich den streitbefangenen Ausschnitt der Rechtsverwirklichungsfälle. In Fällen des Konflikts ist der primäre Anlauf der Rechtsverwirklichung gescheitert; ein zweiter Anlauf, die Phase der Rechtsdurchsetzung ist erforderlich.

Im weiteren interessieren einige erste Folgerungen aus diesem Grundsachverhalt, daß das Verfahren der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts ist. Die konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen des einzelnen sind ihrem Inhalt nach beeinflußt durch die Einwirkungsmöglichkeiten des einzelnen im Verfahren, sie sind aber auch geprägt und belastet durch die Verzerrungen, die mit Verfahren verbunden sind, geprägt und belastet also durch die unvermeidbaren *Kosten von Verfahren*⁵. Deshalb kann man sagen: Das Verwaltungsverfahren ist insoweit das *Medium* der Rechtsverwirklichung. Und wie jedes Medium „spiegeln“ die Verwaltungsverfahren und ihre Ergebnisse nicht nur die materiellen Regelungsabsichten der Normen wider, sondern das Medium bringt einiges hinzu, Positives wie Negatives.

Verwirklicht sind also z. B. viele Vorschriften des Steuerrechts erst, wenn sie als Ergebnisse eines weitgehend genormten, automatisierten Massenverfahrens vorliegen. Die Leistungsversprechen des Sozialrechts kommen beim Adressaten nur in der Weise an, wie ein Massenverfahren oder der häufige bürokratische Verfahrensstil das Ergebnis geprägt haben. Verwirklicht sind die wenigen materiellen Vorschriften des Atom- und Immissionsschutzrechtes bzw. des Fach- und Bauplanungsrechtes nur mit dem Inhalt, den sie als typische Ergeb-

⁵ Wenn die Notwendigkeit einer Organisation und eines Apparats Folgen für den Verwirklichungsgrad eines materiellen Regelungszieles hat, und diese Folge *bürokratische Kosten* genannt werden kann (vgl. R. Wahl, Die Verwaltung Bd. 13 (1980), S. 273/275 ff.), so hat die Notwendigkeit eines Verfahrens infolge der selektierenden und kanalisierenden Wirkungen des Verfahrensrechts (dazu unten III 2) Folgen, die man als *Verfahrenskosten* bezeichnen kann. Wie im Hinblick auf die Organisation kann man auch beim Verfahren sagen: Es kommt etwas hinzu auf dem langen Marsch der Normen durch die Institutionen und Verfahren. Zum ganzen vgl. auch Steinberg (Fn. 2), S. 610.

nisse zumeist von Großverfahren annehmen. Mit diesen Beispielen sind zugleich die Verwaltungszweige aufgezählt, die in Teil VII behandelt werden.

Eine weitere Folgerung: Das Verwaltungsverfahren ist konstitutiver Teil des Verwirklichungsprozesses im Verwaltungsrecht⁶; das Verfahrensrecht ist natürlich auch konstitutiver Teil des Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsverfahren kann dabei eine Teilbelastung für den Adressaten darstellen, z. B. dadurch, daß er die Aufnahme einer Betätigung bis zum Verfahrensabschluß aufschieben muß. Generell gesagt: Die Gesamtbelastung, die das öffentliche Recht einem einzelnen Bürger auferlegt, ergibt sich aus der Summe der Belastungen durch das Verfahren und durch die inhaltlichen Eingriffsermächtigungen. Entsprechendes gilt für den Gesamtschutz eines Drittbetroffenen und für den Gesamtvorgang des Leistens. Jedesmal ist das Verwaltungsverfahren ein Teil der Verwirklichungsprozesse. Die Kennzeichnung des Verwaltungsverfahrens als Verwirklichungsmodus des verfahrensabhängigen Verwaltungsrechts lenkt die Aufmerksamkeit auf die *Selbstverständlichkeit* der parallelen Problemstellungen und -lösungen sowie der ungelösten Probleme beim Verfahrensrecht einerseits und beim materiellen Recht andererseits. Das Verfahrensrecht ist also – natürlich – verfassungsabhängig. Es steht als konstitutiver Teil der Verwaltungsrechts unter der Direktive *genau der* verfassungsrechtlichen Prinzipien, die für das materielle Verwaltungsrecht geläufig sind. Es wirken also ein das Rechtsstaats-, das Sozialstaats-, auch das Demokratieprinzip. Und wenn erst in jüngster Zeit die grundrechtliche Dimension des Verwaltungsverfahrens stärker ins Bewußtsein gehoben worden ist⁷, dann äußert sich darin ein – beschränkter – Nachholbedarf; die Normallage wird jetzt erreicht. Eine besondere Bedeutung wird jedoch für das Verfahrensrecht durch die Qualifizierung als grundrechtsbeeinflusstes Recht nicht be-

⁶ Die bekannte Lehre vom *status activus processualis* (P. Häberle, VVDStRL 30, 1972, S. 43/80 ff.) erweist sich als grundrechtliche Formulierung dieser Einsicht, als verfassungsrechtlicher „Überbau“ über die im Text behandelte verwaltungsrechtliche Basis; vgl. auch dazu ders., in: W. Schmitt Glaeser, (Hrsg.), FS f. Boorberg Verlag, 1977, S. 48 ff.

⁷ Siehe dazu unten V. – Die generellen Einwirkungen des Verfassungsrechts auf das Verwaltungsverfahren sind aus den frühen Arbeiten von C. H. Ule (Ule/Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964, und zahlreiche Aufsätze, jetzt z. T. in ders., Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1979, enthalten) und von F. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, 1971, bekannt.

gründet. Wenn nahezu alles (Verwaltungs-)Recht letztlich konkretisiertes Verfassungsrecht ist, wird damit nichts *Auszeichnendes* mehr gesagt.

2. Die verfahrensspezifische Sicht ex ante

Die aufgezeigte Parallelität zwischen Verfahrensrecht und materiellem Verwaltungsrecht in grundsätzlichen Fragestellungen schließt es natürlich nicht aus, daß das Verwaltungsverfahren eigenständige Problemkreise aufwirft. Im Gegenteil macht das Verfahren sogar eine spezifische Betrachtung erforderlich. Verfahren haben es mit Abläufen in der Zeit zu tun; die typisch verfahrensbezogene Sicht ist deshalb die *Sicht ex ante*⁸. In der Steuerung dieser Abläufe, und nicht in der Kontrolle des Ergebnisses liegt die vornehmliche Aufgabe des Verwaltungsverfahrensrechts. Diese Sicht ex ante ist aber nicht die bevorzugte Perspektive des überkommenen deutschen Verwaltungsrechts. In einiger Verkürzung gesagt: das Verwaltungsrecht ist in seiner Entwicklung und gegenwärtigen Ausprägung maßgeblich von der *nachträglichen Kontrollperspektive* bestimmt. Prägend war und ist die Perspektive ex post mit ihrem Ansatz bei den getroffenen Entscheidungen und bei der nachträglichen Beurteilung der inhaltlichen Richtigkeit. Die Ursache dafür liegt darin, daß die entscheidenden Fortschritte der Verwaltungsrechtsdogmatik als Antworten auf die Herausforderungen der umfassenden Gerichtskontrolle entstanden sind. Dadurch ist die Verwaltungsrechtswissenschaft eine vorwiegend auf die Gerichtsperspektive hin orientierte Doktrin geworden⁹.

Die weiteren Überlegungen gehen von der These aus, daß die spezifischen Funktionen und vor allem auch die eigenständigen Schutzmechanismen des Verwaltungsverfahrens nur in der Sicht ex ante zureichend erkennbar sind.

⁸ Die typisch verfahrensbezogene Sicht geht aus von Behauptungen, von Unsicherheiten, von der Offenheit der Entscheidung, die regelmäßig am Beginn des Verfahrens noch bestehen. Zum ganzen Degenhart (Fn. 2), S. 875 f.

⁹ Dazu jetzt grundsätzlich E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 58 ff.

II. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens

1. Zielkonflikte im Verwaltungsverfahren

Die Funktionen des eigenständigen Verfahrenstyps *Verwaltungsverfahren*¹⁰ sind – natürlich – auf die Funktionen der Verwaltung bezogen und deshalb vom *Gesamtauftrag* der Verwaltung abzuleiten. Da dieser sich nicht in der Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Handelns erschöpft, gilt auch für das Verwaltungsverfahren zwangsläufig eine Vielzahl von Anforderungen an die Qualität seiner Abläufe und seiner Ergebnisse. Plastisch wird das spezifische Dilemma der Verwaltung in Kennzeichnungen, die die prinzipiellen Möglichkeiten zur Erfüllung dieser verschiedenen Anforderungen in der Figur des *magischen Vielecks* erfassen. So kann man den Erfolg des Verwaltungshandelns als Optimierungsproblem des magischen Vierecks: Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Bürgernähe bestimmen¹¹. Beim vorliegenden Problembezug lassen sich für das Verwaltungsverfahren als weitere ‚Eckpunkte‘ das zeitliche Kriterium der Rechtzeitigkeit und Schnelligkeit sowie die demokratiebezogenen Aspekte der Legitimierung und der Befriedigung anfügen.

In dieser Sicht erweist sich das Verhältnis des Rechtsschutzauftrags zur Verwaltungseffizienz als ein Ausschnitt dieser generellen Dilemma-Struktur; sie besetzen zwei ‚Eckpunkte‘ des Vielecks. Diese Kennzeichnung schließt Felder der wechselseitigen Ergänzung und Neutralität bei der Verwirklichung dieser Ziele nicht aus, sie besagt aber auch und grundsätzlich, daß ein Faktor des magischen Vielecks nicht isoliert maximiert werden kann, ohne unverhältnismäßige Nachteile für die anderen Faktoren zu bewirken. Im Gesamtauftrag des Verwaltungsverfahrens sind jedenfalls auch Zielkonflikte zwi-

¹⁰ Das Verwaltungsverfahren ist neben dem parlamentarischen Verfahren und dem Gerichtsverfahren ein eigengearteter dritter Verfahrenstyp (diese Dreiteilung schon bei N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969); die kennzeichnende *verfahrensleitende* Position des Amtsträgers ist die verfahrensrechtliche Parallele zur materiell-rechtlichen Befugnis der Verwaltung zur einseitig verbindlichen Konkretisierung des Verwaltungsrechts. In dieser Amtsstellung ist der Amtsträger *nicht* Richter in eigener Sache – der Richter kommt erst noch möglicherweise; der Amtsträger ist auch nicht Partei, weil der Parteibegriff vom Gegensatz zum unabhängigen Dritten als dem Entscheiden lebt.

¹¹ So die zusammenfassende These in: F. X. Kaufmann, (Hrsg.), *Bürgernahe Sozialpolitik*, 1979, S. 537, s. a. S. 508.

schen den einzelnen Anforderungen von Anfang an mitprogrammiert¹².

2. Zusätzliche Anforderungen an Verwaltungsverfahren aus Gründen der Kompensation

In einem zweiten Sinne ist der Gesamtauftrag der Verwaltung von anderen Faktoren abhängig – nämlich von der Ausfüllung und Erfüllung der anderen Staatsfunktionen. Im Gesamtzusammenhang von Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit kommt der Verwaltung die unpräzisierte Funktion zu, die die bekannte Definition der Verwaltung nach der Substraktionsmethode indiziert. Die Unschärfen dieser oder auch der positiven Umschreibungen der Verwaltung teilen sich dem Begriff des Verwaltungsverfahrens mit, der durch § 9 VwVfG ja nur für den Zweck dieses Gesetzes und auch insoweit unbefriedigend eng formuliert ist¹³. Jedenfalls können raumgestaltende Rechtssetzungsverfahren unterhalb der Ebene der zentralen Instanz nicht aus der Sachproblematik der Verwaltungsverfahren ausgeklammert werden.

Nur im Kernbereich des Idealtyps der Vollzugsverwaltung braucht die Verwaltung in ihren Verfahren Legitimationswirkungen nicht oder kaum zu erbringen, so wie sie dort auch einer quasi perfekten Gerichtskontrolle unterworfen ist. In den Brennpunkten der modernen Verwaltung, bei den gestaltenden und komplexen Verwaltungsentscheidungen, operiert die Verwaltung dagegen im Feld schwacher gesetzlicher Programmierung – mit der doppelten Folge, daß in und durch das Verwaltungsverfahren Legitimationswirkungen erwartet werden und daß zugleich in und durch das Verwaltungsverfahren Defizite in nachträglichen Gerichtsverfahren kompensiert werden sollen¹⁴. Von den benachbarten Staatsfunktionen aus

¹² Diese prinzipiell bestehenden Zielkonflikte schließen es aus, den Auftrag des Verwaltungsverfahrens entweder nur unter Schutzgesichtspunkten für den einzelnen (nur als Spiel der Beteiligungsrechte, Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 44) oder nur unter Effizienzgesichtspunkten zu sehen. Zur Disposition einer Ab- und Ausgleichung mit anderen Forderungen steht dabei natürlich nicht die Rechtmäßigkeit als solche, sondern das Ausmaß der Verrechtlichung und der Umfang des Rechtswahrungsauftrags.

¹³ Dazu statt aller Schmitt Glaeser, in: ders., (Fn. 6), S. 1/24.

¹⁴ Es wird zuwenig im Zusammenhang gesehen, daß die schwache gesetzliche Programmierung Ursache und Anlaß für die beiden in der Verwaltungswirklichkeit zusammentreffenden Kompensationspostulate ist. Zum zweiten Aspekt J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974.

werden also Teilen der Verwaltung zusätzliche konkrete Funktionen aufgelastet und damit die Anforderungen an die Verfahren in einem Maße erhöht, daß bei der gestaltenden und abwägenden Verwaltung von einem Engpaßproblem der gegenwärtigen Verwaltung gesprochen werden muß.

Freizeichnen kann sich die Verwaltung von keiner der beiden Kompensationsforderungen: zum einen ist jenseits aller Wellenbewegungen von Partizipationsbegeisterung und Partizipationsverketzerung festzustellen, daß angesichts manifester Akzeptanzprobleme verwaltungs- und rechtspolitisch genügend Anlaß besteht, die komplexen Verfahren für Formen der Öffentlichkeits- und Jedermannsbeteiligung zu öffnen¹⁵. Zum anderen ist die gesteigerte Bedeutung der Entscheidungsprämisse¹⁶ Verfahren bei geringer Dichte der Entscheidungsprämisse Rechts- und Sachprogramm unter dem Stichwort des vorverlagerten Gerichtsschutzes heute praktisch außer Streit¹⁷. Man kann diesen Zusammenhang als neuere Je-Desto-Formel bezeichnen, womit sogleich erinnert sein soll an die bekannten ‚Gleichungen‘ von Kollegen *Bettermann* in seinem Referat von 1958¹⁸. Ging es damals um eine flächendeckende Systementscheidung zwischen insgesamt mehr Verwaltungsgerichtsbarkeit oder insgesamt mehr Förmlichkeit im Verwaltungsverfahren, so geht es bei der aktuellen Formel um Teilbereiche, in denen der weit ausgebauten Verwaltungsgeschutz volle Leistungen nicht erbringen kann und deshalb der Schutz des einzelnen verstärkt im Verfahren gesucht wird.

III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz

Zwischen Verwaltungseffizienz und Schutzauftrag gibt es, wie erwähnt, drei unterschiedliche Felder der Zielbeziehungen. An diesen richtet sich die Gliederung der weiteren Ausführungen aus. Zuvor ist jedoch der Inhalt der beiden Ziele zu kennzeichnen.

¹⁵ Eindringlich dazu *W. Schmidt*, VVDStRL 33, 1975, S. 183/203 ff., 207 ff., 219 ff. und *ders.*, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, Rn. 142 ff., 179 ff.

¹⁶ Zum grundlegenden Begriff der Entscheidungsprämisse vgl. Nachweise bei *Wahl* (Fn. 5), S. 277 Fn. 15; *Steinberg* (Fn. 2), S. 620 und *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 135.

¹⁷ Dazu *Degenhart*, *Ossenbühl*, *Steinberg* (Fn. 2).

¹⁸ *K. A. Bettermann*, VVDStRL 17, 1959, S. 118/168; vgl. auch schon *Ule*, DVBl. 1957, S. 597 ff.

1. Rechtswahrung und vorverlagerter Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren

Im folgenden werde ich terminologisch und in der Sache unterscheiden zwischen der ‚Rechtswahrung‘ als dem spezifischen Schutzmechanismus des Verwaltungsverfahrens und dem ‚gerichtlichen Rechtsschutz‘ oder ‚Gerichtsschutz‘ als *termini technici* für den gerichtlichen Kontrollauftrag¹⁹. Rechtswahrung ist die Absicherung der Rechts- und Interessenssphäre des einzelnen schon in den primären Prozessen der Verwirklichung des Verwaltungsrechts durch eine dahingehende objektiv-rechtliche Verpflichtung der Behörde und durch subjektiv-rechtlich gesicherte Rechtsstellung des einzelnen im Verfahren.

Der eigenständige Rechtswahrungsauftrag des Verwaltungsverfahrens hat seine Grundlage darin, daß sich die Verantwortlichkeit von der Gerichtskontrolle qualitativ unterscheidet²⁰. Die Handlungsperspektive des Erstentscheiders *ex ante* stellt andere Anforderungen als die Kontrollperspektive des Zweitinterpretens *ex post*²¹. Die Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnisse der Verwaltung übertreffen den Kontrollauftrag der Gerichte unter anderem in Hinblick auf den zu berücksichtigenden Personenkreis und auf die einzubeziehenden Interessen und Belange. Das Verwaltungsverfahren erweitert den Personenkreis *und* die Art der zu berücksichtigenden Belange über die Betroffenen und deren subjektive Rechte hinaus, etwa in den Fällen der Interessentenbeteiligung, bei denen ein Berührtsein in eigenen wirtschaftlichen und sonstigen Belangen für die Beteiligung ausreicht²².

Noch grundsätzlicher ergibt sich diese Ausweitung in allen Verfahren aus der spezifisch verfahrensbezogenen Sicht *ex*

¹⁹ Eine abweichende Terminologie bei Übereinstimmung in der Sache verwendet *Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981, S. 45. Dort wird ‚Rechtsschutz‘ als Oberbegriff für die administrative und judikative Sicherung von Rechten verwendet.

²⁰ Dazu eingehend *R. Scholz* und *E. Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 34, 1976, S. 146/149 ff., 163 ff. und S. 221/227 ff., 233 ff., 251 ff. sowie *Degenhart* (Fn. 2), S. 874 f.

²¹ Zu dieser treffenden begrifflichen Unterscheidung *Schmidt* (Fn. 15), Rn. 97.

²² Vgl. dazu § 73 IV VwVfG (und die entsprechenden Vorschriften in den Fachplanungsgesetzen) sowie die Kommentarliteratur dazu; s. auch *Ule-Laubinger*, Gutachten K zum 52. DJT, 1978, S. 38 ff., 80 ff. und *W. Blümel*, in: *ders.*, (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 51 ff.

ante. Zur leicht unterschätzten Eigenart des Verwaltungsverfahrens gehört es nämlich, daß zu seinem Beginn die tatsächliche Lage noch offen und gerade durch die Verwaltung gestaltbar ist²³. Der Sachverhalt einer möglichen Entscheidung ist erst „im Werden“. Das Verwaltungsverfahren dient demnach der Konkretisierung, Spezialisierung und Individualisierung eines zunächst in seine Auswirkungen auf Rechte und Interessen häufig noch konturenunscharfen Problems – und all diese Konkretisierungsleistungen sollen gerade unter Beteiligung mindestens der potentiell Betroffenen erarbeitet werden. Durch die Einwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten auf diese Konkretisierungsvorgänge soll erreicht werden – um es mit *Hans Julius Wolff* zu sagen –, daß nicht nachträgliche Kontrollen etwas gerade biegen müssen, was besser nicht verbogen worden wäre²⁴.

Dabei bewährt sich der rechtswahrende Auftrag des Verwaltungsverfahrens gerade in den zahlreichen Fällen, in denen es wegen der im Verfahren gewonnenen Informationen und zur Kenntnis genommenen Interessen und Rechte nicht zu einer – eingreifenden – Entscheidung kommt. Das Verwaltungsverfahren hat einen viel umfangreicheren Schutzauftrag als es die Kontrollperspektive ex post zeigen kann.

Rechtswahrung ist ein *eigenständiger* Auftrag des Verwaltungsverfahrens. Sie ist weder vorverlagertes Rechtsschutz noch überhaupt etwas „Vorverlagertes“²⁵. Die Rechtswahrung erfüllt nämlich in den Verwaltungsverfahren nicht eine Funktion, die an sich Sache des gerichtlichen Rechtsschutzes wäre. Die schon erörterte Kompensationsrolle des Verwaltungsverfahrens für das Gerichtsverfahren betrifft nur spezielle Fälle, nämlich die Fälle der schwach strukturierenden Gesetzesregelungen.

Die Bedeutung der Rechtswahrung wird vom Gegenbild her deutlich, nämlich von den Situationen, in denen intensive Schutzbedürfnisse bestehen, diese aber überhaupt nicht durch ein Verfahren aufgefangen werden – also beim schlichten Han-

²³ Dazu und zum folgenden *Degenhart* (Fn. 2), S. 875 f.

²⁴ *Wolff-Bachof*, Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. 1978, § 156, Rn. 4 (auch schon in den Voraufgaben).

²⁵ Die meist undifferenzierte Redeweise vom vorverlagerten Rechtsschutz in Literatur und Rechtsprechung ist ein Überbleibsel der verwaltungsgerichtsorientierten Sicht, die rechtliche Schutzmechanismen beinahe zwangsläufig mit dem gerichtlichen Rechtsschutz in Verbindung bringt und deshalb den Schutzauftrag des Verwaltungsverfahrens nur als nach „vorne“ verlagerten Schutz wahrnehmen kann.

deln²⁶, etwa bei Betreuungsverhältnissen in der Sozialverwaltung, aber auch in der konkreten Unterrichtssituation in der Schule. Verfahren generell ermöglichen Schutz durch die Distanz, die das Verfahren zwischen die Handlungsimpulse und Handlungsabsichten einerseits und den verbindlichen Entschluß und die Durchführung andererseits legen²⁷. Diese Verzögerung ermöglicht die Beteiligung der einzelnen, sie ermöglicht es dem einzelnen Betroffenen, sozusagen den Fuß in die Tür des Verwaltungsvollzugs zu bringen. Und wenn die Entscheidung in mehrpoligen Verhältnissen *mehrere* einzelne betrifft, so ermöglicht das Verfahren, daß sie alle und häufig gemeinsam beteiligt und angehört werden, und daß deshalb Prozesse des Ausgleichs zwischen den verschiedenen einzelnen stattfinden können. Beim schlichten Handeln, in den erwähnten ‚sanften Gewaltverhältnissen‘ und den sich sanft gebenden Abhängigkeitsverhältnissen, wird der einzelne dagegen ausschließlich mit dem Handeln selbst konfrontiert, von ihm vielleicht auch überrollt. Die vom schlichten Handeln aufgeworfenen Schutzprobleme sind kaum gelöst. Die gezielte Ausdifferenzierung von – dann verfahrensabhängigen – Verwaltungsakten ist nur sehr begrenzt möglich; im übrigen sind nur sehr umweghafte Schutzvorkehrungen möglich²⁸.

2. Verwaltungseffizienz

Die Einstellungen zur Verwaltungseffizienz²⁹ sind ambivalent: Ineffizienz ist Gegenstand von Kritik und Satire; andererseits wird über Effizienz mit Nachdruck gesagt, daß sie kein Wert an sich sei³⁰. Dies hilft jedoch nur wenig weiter, denn sicherlich ist Ineffizienz auch kein Wert. Deshalb empfiehlt sich eine etwas umweghafte Ausgangsfeststellung: Effizienz ist zuallererst das Gegenteil von Vollzugsdefizit. So wie ein Vollzugsdefizit unerwünscht ist, so ist das Gegenteil, die Effizienz, erwünscht, wenn auch natürlich nicht unter allen oder unverhältnismäßigen Opfern.

²⁶ Dazu schon Wahl (Fn. 5), S. 273 f. mit Nachweisen, insbes. auf die Arbeiten von Zacher.

²⁷ Dazu Degenhart (Fn. 2), S. 873 und ders., DÖV 1981, S. 477/479 f.

²⁸ Dazu grundsätzlich und konkret für eine nicht generalisierungsfähige Konstellation P. Krause, in: FS Wannagat, 1981, S. 239 ff.

²⁹ Umfangreiche Nachweise in den Aufsätzen in Fn. 2.

³⁰ P. Häberle, AöR Bd. 98 (1973), S. 625/631.

Mit dem Begriff Effizienz oder Effektivität³¹ wird also ein bestimmter Verwirklichungsgrad des komplexen Verwaltungsauftrags ausgedrückt. Die Verwaltung soll nicht nur rechtmäßig und sachlich ‚richtig‘ handeln, sondern dies rechtzeitig, wirtschaftlich und pro Zeiteinheit möglichst oft tun – kurz: Verwaltungseffizienz ist die möglichst gute Verwirklichung des Rechts- und Sachauftrags der Verwaltung in der zeitlichen, finanziellen und quantitativen Dimension³².

Zur Verwaltungseffizienz tragen Verwaltungsverfahren dadurch bei, daß sie ökonomisch verlaufen, und deshalb Fristen und Förmlichkeiten verlangen. Jedes Verfahren hat infolge der selektierenden und kanalisierenden Wirkungen der Verfahrensregeln Folgen, die man als Verfahrenskosten bezeichnen kann. Bei allen Verfahren entsteht deshalb eine Spannungslage zwischen den Zwecken des Verfahrens und den Eigengesetzlichkeiten des Verfahrens³³.

³¹ Beides wird hier nicht unterschieden. Zur verwaltungswissenschaftlichen Unterscheidung zwischen Effektivität (als Grad der Zweckerreichung) und Effizienz (als Verhältnis zwischen Aufwand und Ressourcen) vgl. die Arbeiten von H. U. Derlien, B. Becker, Bohnenkönig und König, alle in: Die Verwaltung, Bd. 7 (1974), S. 1; Bd. 9 (1976), S. 273/274 bzw. S. 19 ff.; Bd. 10 (1977), S. 235 ff.

³² Effizienz ist ein rechtlich anerkanntes Gut, aber selbst kein (Verfassungs-)Rechtsprinzip. Die Rechtsordnung anerkennt die Verwaltungseffizienz als eines der Güter und Ziele, die im Gesamtauftrag der Verwaltung enthalten sind. Die Rechtsordnung macht die Effizienz aber nicht zu einem Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns (vgl. dazu unten im Schlußwort S. 294). Vorzüglich dazu A. Greifeld, Der Rechnungshof als Wirtschaftlichkeitsprüfer, 1982, S. 32 ff. (mit präziser Auseinandersetzung mit der Gegenposition von Häberle und Hartisch); zum ganzen W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971; Schmidt-Aßmann, JURA 1979, S. 508 f.; Schwarze, DÖV 1980, S. 581 ff.; Kopp (Fn. 7), S. 200 ff.; Häberle und Obermayer, in: Schmitt Glaeser (Fn. 6), S. 80 ff. und 155 ff.; W. Berg, Die Verwaltung Bd. 9 (1976), S. 161/167 f., S. 182; Schenke (Fn. 2), S. 316 f.

³³ Zur Diskussion um die Beschleunigungsnovelle zur ZPO vgl. die Lehrbücher des Zivilprozeßrechts und P. Arens, Mündlichkeitsprinzip und Prozeßbeschleunigung im Zivilprozeß, 1971, S. 37 ff.; ders., in: P. Gilles, (Hrsg.), Humane Justiz, 1977, S. 6 (dort weitere einschlägige Beiträge); Bettermann, ZZP Bd. 91 (1978), S. 379. – Zu den Beschleunigungsvorschriften im E VPO vgl. die Zusammenstellung in BR Drs. 100/82, S. 62; dazu die Diskussionen im Umfeld und auf dem 54. DJT 1982. – Zum entsprechenden Problem im Strafprozeß H. Heubel, Der ‚fair trial‘ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1982, insbes. S. 128 ff.; C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 17. Aufl. 1982, § 72 D I; H.-L. Schreiber, (Hrsg.), Strafprozeß und Reform, 1979; H. Rüping, ZGesStrafRW 1979, S. 351/361.

Die regelmäßig wiederkehrenden Bestrebungen zur Wiederherstellung eines gewissen Mindestmaßes an Einfachheit und Schnelligkeit von Verfahren treffen immer auf dieses Spannungsverhältnis – die neuere Gesetzgebung und Gesetzgebungsabsichten in allen Prozeßordnungen zeigen anschaulich diesen Konflikt.

In einem weiteren Sinne heißt Effizienz auch sachrichtige Verwirklichung des Verwaltungsauftrags, also Verwirklichung auch und gerade der sogenannten öffentlichen Interessen. Öffentliche Interessen sind im demokratischen Staat fast durchweg auf den Bürger – auf wen sonst – bezogene Interessen. Sie sind im Unterschied zu den subjektiven Rechten einzelner generalisierte und aggregierte Privatinteressen und eben wegen dieser Generalisierung und Aggregation nicht mehr dem einzelnen Individuum zugeordnet. Zu ihrer effizienten Verwirklichung trägt das Verwaltungsverfahren dadurch in spezifischer Weise bei, daß es alle berührten öffentlichen Stellen am Verfahren beteiligt und damit den Ort abgibt, an dem ‚das Gemeinwohl‘ aus der Auseinandersetzung zwischen den sektoral interpretierten Gemeinwohlvorstellungen der einzelnen Ressorts der pluralisierten Verwaltung erarbeitet wird³⁴.

IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung

Dogmatisch problemlos, aber für die Praxis von nicht zu unterschätzender Bedeutung sind die Fälle der wechselseitigen Ergänzung und der Neutralität von Rechtswahrung und Effizienz. In ihnen liegen die rechts- und verwaltungspolitisch dringend auszuschöpfenden Reserven für eine konfliktfreie Verwirklichung beider Ziele und die präventive Vermeidung von zugespitzten Konfliktsituationen. Zwei Stichworte sollen dies verdeutlichen: *Effizienz durch Beteiligung* wird dadurch bewirkt, daß notwendige Informationen in den Entscheidungsprozeß gelangen und daß Konsensbildungsprozesse ermöglicht und dadurch die Akzeptanzchancen erhöht werden³⁵. Öffentlichkeitsbeteiligung *kann* in Naturschutz und Umweltschutz dazu verhelfen, die häufig schwache Stellung der zuständigen Fachbehörden im inneradministrativen Aushand-

³⁴ Damit ist eines der noch zu bewältigenden großen Themen der gegenwärtigen Verwaltungsrechtslehre in äußerster Verkürzung angedeutet.

³⁵ Dazu F. Hufen, NJW 1982, S. 2160/2169.

lungsprozeß entgegenzuwirken – also Vermeidung von Vollzugsdefizit durch Beteiligung. Die eigentliche Schwierigkeit liegt hier jedoch darin, daß nicht bekannt ist, unter welchen Bedingungen es typischerweise zum Konsens und nicht etwa zur konfliktverschärfenden Konfrontation kommt³⁶. Die empirischen Sozialwissenschaften, die insgesamt das Verwaltungsverfahren noch nicht wirklich entdeckt haben³⁷, lassen uns hier im Stich. Die Praxis muß oder müßte experimentieren. Wir könnten aber viel mehr wissen, wenn wenigstens über die wichtigsten Großvorhaben Dokumentationen über den tatsächlichen Ablauf der Verwaltungsverfahren und der kaum zu übersehenden Gerichtsverfahren vorlägen.

Beim zweiten Stichwort: *Effizienz durch Rechtssicherheit*, insbesondere durch klares Verfahrensrecht, gibt es eine leider lange Mängelliste³⁸. Sie umfaßt etwa die Raumordnungsverfahren, die Umweltverträglichkeitsprüfung, einige in der Planungslandschaft freischwebende Planungsarten, bloß materiellrechtlich formulierte Raumordnungs- und Naturschutzklauseln, denen die verfahrensmäßige ‚Unterfütterung‘ fehlt, und den nicht zu überblickenden Irrgarten, der sich bei den parallel erforderlichen Genehmigungen auftut. Verfahren, in denen die sachliche Funktion und die rechtliche Wirkung unklar sind, wie etwa beim Raumordnungsverfahren für Großvorhaben, müssen nahezu zwangsläufig effizienzminderndes Mißtrauen hervorbringen.

³⁶ Von Beispielen für und gegen das Erreichen von Effizienz durch Bürgerbeteiligung aus dem Bereich der Verkehrsplanung in einer der ganz selten empirisch ‚unterfütterten‘ Untersuchungen berichtet F. Salzwedel, Umweltverträglichkeitsprüfungen bei Verkehrsplanungen, 1981, S. 72 f., dazu auch S. 90 ff.

³⁷ So zutreffend W. Hoffmann-Riem, in ders., (Hrsg.), *Bürgernahe Verwaltung?*, 1980, S. 95, Anm. 41. – Material über empirische Untersuchungen findet sich am ehesten im Rahmen des neueren Ansatzes der Implementationsforschung (vgl. dazu R. Mayntz (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, 1980 und die Beiträge in: *Jhb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 7, 1980). Am besten dokumentiert sind Verfahren der Bauleitplanung durch zahlreiche Hefte der Schriftenreihen: „Stadtentwicklung“ und „Städtebauliche Forschung“ des BMin. f. Raumordnung, Bauwesen und Städtebau.

³⁸ Nachweise zu den Beispielen sind aus Raumgründen nicht möglich.

V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksichtigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

Entscheidungsspielräume bei einem Konflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung bestehen offensichtlich nur, soweit das vorrangige Verfassungsrecht nicht bestimmte Rechtspositionen des einzelnen bindend vorgibt.

1. Die Normalität der Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

In diesem Feld sehr kontroverser Diskussionen³⁹ tut Differenzierung not. Zwischen den Ausnahmefällen des vorverlagerten Gerichtsschutzes und dem Normalfall der eigenständigen Rechtswahrung. Für den Normalfall ist – in Konsequenz der Ausgangsthese – nochmals festzustellen: die Geltung verfassungsrechtlicher Grundprinzipien im Verwaltungsverfahrensrecht (als einem konstitutiven Teil des Verwaltungsrechts) ist selbstverständlich. Überraschend ist allein, daß die Aus- und Einwirkungen der Grundrechte auf das Verfahren erst jetzt stärker ins Bewußtsein getreten sind; überraschend ist auch, daß die Geltung der Einzelgrundrechte *neben* dem Rechtsstaatsprinzip als Problem angesehen wird⁴⁰. Im übrigen führt die Aufgabe, die Reichweite der Grundrechte für das Verfahrensrecht zu bestimmen, in die normalen Problemstellungen des heutigen öffentlichen Rechts hinein – nur sind eben diese normalen Probleme des Verhältnisses zwischen Verfassungs- und einfachem Recht keineswegs einfach oder befriedigend gelöst⁴¹.

Der Grund für die Geltung der Grundrechte im Verfahren liegt darin, daß die Ergebnisse der meisten Verfahren den Schutzbereich eines Grundrechts betreffen und deshalb die im Verfahren zu wahrenen Rechte Grundrechte sind; ausgenommen sind nur Entscheidungen, die allein den status positivus betreffen. Das Verwaltungsverfahren ist Teil der Gesamtbelastung, des Gesamtschutzes und des Gesamtvorgangs des Lei-

³⁹ Neueste Darstellungen zum Verhältnis Grundrechte – Verwaltungsverfahrensrecht in den Arbeiten in Fn. 2 sowie Blümel (Fn. 22), S. 23 ff.; Wahl, ebd., S. 113; H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, ders., DÖV 1982, S. 631/633 ff.; Ossenbühl, (Fn. 4); H. Bethge, NJW 1982, S. 1 ff.; K.-P. Dolde, NVwZ 1982, S. 65 ff.; H.-W. Laubinger, VerwArch. Bd. 73 (1982), S. 61 ff.; F. Hufen, NJW 1982, S. 2160; J.-P. Müller, in: FS Eichenberger, 1982, S. 169 ff.

⁴⁰ Dazu insbesondere Laubinger (Fn. 39).

⁴¹ Dazu mit Nachweisen Wahl, Der Staat, Bd. 20 (1981), S. 485/502 ff.

stens; deshalb wirken auf das Verwaltungsverfahren Grundrechte in ihren verschiedenen Ausprägungen als Eingriffsschranke, als Elemente objektiver Ordnung, als Schutzverpflichtung oder als Grundlage von Teilhabeansprüchen. Ob all diese Dimensionen der Grundrechte für das Verwaltungsverfahren Auswirkungen haben, wird in erster Linie durch die – hier nicht näher zu diskutierende – Entscheidung über die „richtige“ Grundrechtstheorie präjudiziert. Die gegenwärtigen Auseinandersetzungen über den „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ ist in vielerlei Hinsicht eine Fortsetzung der Kontroversen um die teilhaberechtliche Dimension der Grundrechte⁴², ohne daß aber die aktuelle Diskussion zur Aufgabe von Zurückhaltung gegenüber dieser Variante der Grundrechtstheorie veranlassen könnte.

Selbstverständlich, im Ergebnis aber nicht umstürzend, ist die Geltung der unumstrittenen subjektivrechtlichen Dimension der Grundrechte etwa im Enteignungsverfahren oder im Hinblick auf die Zulässigkeit oder die Dauer von Genehmigungsverfahren. Der dogmatische Ertrag dürfte nicht höher sein als etwa beim Parallelproblem des überlangen Gerichtsverfahrens nach Art. 19 IV GG und nach Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴³.

2. Staatliche Schutzpflicht und verfassungsgebotenes Verfahrensrecht

Besondere, aber grundsätzlich bekannte Probleme ergeben sich bei der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte und ihrer neuesten Variante, bei der Doktrin der Schutzpflicht. An dieser Stelle muß nun endlich der einschlägige Mülheim-Kärlich-Beschluß des *Bundesverfassungsgerichts*⁴⁴ zu seinem Recht kommen – und dies ist hier durchaus wörtlich zu nehmen, denn auch diese Entscheidung ist zum Lesen und nicht zum Hineinlesen zu dienen bestimmt. Was ist nun der Kern dieses Beschlusses, der auch in unserem Kreise zu so kongenialen Bildern wie dem von der verfassungsrechtlichen

⁴² So auch *Schenke* (Fn. 2), S. 319.

⁴³ Dazu EuGH MR NJW 1977, S. 2011 sowie *D. Suhr*, NJW 1979, S. 146; *Peuckert*, EuGRZ 1980, S. 247. Zum ganzen *M. Klopfer*, JZ 1979, S. 209 ff.

⁴⁴ BVerfGE 53, 30; die weiteren einschlägigen Entscheidungen sind analysiert insbes. von *Laubinger*, *Dolde* und *Blümel*, alle Fn. 39.

Radioaktivität der Grundrechte und von den Dosisgrenzwerten bei ihrer Ausstrahlung⁴⁵ veranlaßt hat?

Die zentrale Argumentation hat die folgenreiche und beachtenswerte Form einer Wenn-Dann-Aussage: Wenn der Gesetzgeber in einem Sachbereich, in dem er eine Schutzpflicht hat, ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung einrichtet, dann hat diese Beteiligung für die materiell Betroffenen grundrechtssichernde Wirkung mit der dogmatischen Folge, daß die Beteiligungsvorschrift subjektiv-rechtlich interpretiert werden muß. Die an Mülheim-Kärlich anschließende Diskussion interessiert sich dagegen besonders für den Wenn-Bestandteil der Aussage, also für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber zur Erfüllung seiner Schutzpflicht⁴⁶ ein Verfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung vorsehen *muß*: Diese besonders problembeladene Frage ist vom BVerfG bewußt offen gelassen worden. Aber auch als – natürlich legitime – „freie“ wissenschaftliche Meinungsäußerung sind Aussagen über das verfassungsrechtliche Gebotensein bestimmter Beteiligungsvorschriften grundsätzlich nicht begründet. Die objektive Schutzpflicht als solche ist nach der Rechtsprechung und der Literatur regelmäßig sehr weit gefaßt und meist recht pauschal abgeleitet⁴⁷. Die These, daß ein *konkretes* Mittel zu ihrer Erfüllung verfassungsrechtlich geboten ist, verneint aber den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entschieden; deshalb ist das Gebotensein einer bestimmten Gestaltung im Verfahrensrecht, wie auch sonst, eine Figur, die verfassungsrechtlich äußerst voraussetzungsvoll und für das funktionelle Grundverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber äußerst sensibel ist; sie ist nur ganz ausnahmsweise begründbar, wie etwa im Atomrecht⁴⁸, und sie ist deshalb zu Recht so umstritten, wie ihre Bejahung im § 218 StGB-Urteil.

⁴⁵ Ossenbühl, (Fn. 2), S. 468. Recht kritische Bemerkungen zu dieser Entscheidung finden sich bei hohen Verwaltungsrichtern, s. F. Weyreuther, DÖV 1982, S. 171/173 und 175; H. J. Müller, Die Verwaltung Bd. 13 (1982), S. 389.

⁴⁶ Zur (Rechtsprechung zur) Schutzpflicht zuletzt P. Badura, in: FS Eichenberger, 1982, S. 481 ff., vgl. insbes. dort S. 489 ff.; kritisch zur Schutzpflicht-Doktrin Goerlich, NJW 1981, S. 2616; ders., DÖV 1982, S. 633; insgesamt dazu H. Steiger, in: Berberich u. a., (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht, 1979, S. 255 ff.

⁴⁷ So wird das gesamte Polizeirecht als Erfüllung einer Schutzpflicht aus Art. 2 II GG verstanden, vgl. Ossenbühl, DÖV 1981, S. 1/4.

⁴⁸ Eine Andeutung dazu im Sondervotum BVerfGE 53, 69/88.

3. Verfassungskonforme Auslegung von Verwaltungsverfahrensrecht

Wendet man sich dem im Mülheim-Kärlich-Beschluß allein vorliegenden Begründungsduktus der verfassungskonformen Auslegung von *vorhandenem* Verfahrensrecht zu, so ist festzustellen: Aus dem materiellen Verwaltungsrecht sind die offenbar nicht behebbaren Unschärfen des Konzepts der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte mit ihren destruierenden Auswirkungen auf die Unterscheidbarkeit von Verfassungsrecht und einfachem Recht hinlänglich bekannt⁴⁹. Diese Unschärfen tauchen natürlich auch im Verhältnis von verfassungsrechtlicher Schutzpflicht zu ausfüllendem einfachem Verfahrensrecht auf⁵⁰. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum Verfahrensrecht hat diesem problembeladenen Fragenkreis einige weitere spezielle Schwierigkeiten zugefügt – so durch die nicht hilfreiche Formel von der Grundrechtsrelevanz und durch einige hoffentlich nur mißverständliche Bezugnahmen auf das einfache Recht im Asylbeschluß⁵¹. Hier wie auch sonst kann nicht der einfache Gesetzgeber darüber entscheiden, was Gegenstand des vorrangigen Verfassungsrechts ist. Im übrigen erlangt die noch längst nicht abgeklärte Doktrin von den Schutzpflichten dann notwendige Konturen, wenn man Verfassungsrang nur der Schutzpflicht als solcher zuerkennt, während die sie ausfüllenden Regelungen als verfassungsrechtlich *notwendiges* Recht, aber deshalb doch nur als einfaches Recht qualifiziert werden⁵².

4. Vorverlagertes Gerichtsschutz im Verwaltungsverfahren

Bei einem zweiten, meist unterschätzten Konkretisierungsproblem geht es darum, die bisherige bloß *funktionale* Beschreibung vom vorverlagerten gerichtlichen Rechtsschutz

⁴⁹ Generell dazu Wahl (Fn. 41). Zur parallelen Problematik beim Gerichtsverfahrensrecht E. Schumann, NJW 1982, S. 1609 ff.; W. Gerhard, ZZP Bd. 95 (1982), S. 467 sowie E. Schumann, demnächst in ZZP Bd. 96 (1983). Zur Problematik bei Art. 103 GG F. Kopp, AöR Bd. 106 (1981), S. 604 ff.

⁵⁰ Dazu Wahl (Fn. 39), S. 131 ff., F. Ossenbühl (Fn. 4), S. 190 ff.; Dolde, (Fn. 39).

⁵¹ BVerfGE 56, 216/241. Mißverständliche Formulierungen können sich aus der Konstellation ergeben, daß die vom BVerfG für richtig gehaltene verfassungsrechtliche Direktive mit dem aus den Materialien belegbaren Willen des Gesetzgebers übereinstimmt.

⁵² So zutreffend J. Ipsen, AöR Bd. 107 (1982), S. 269/285.

zur dogmatisch faßbaren *Rechtsfigur* mit spezifischer Rechtsfolge zu präzisieren. Diese Figur kann nur dort angewendet werden, wo rechtlich relevante Defizite für die gerichtliche Kontrolle und damit auch für die effektive Durchsetzung der Grundrechte bestehen, wo Rechtsschutz, der an sich nach Art. 19 IV gefordert ist, nicht möglich ist. Wenn deshalb Schutz des einzelnen, der sonst im Gerichtsverfahren stattfindet, auf das Verwaltungsverfahren vorverlegt wird, dann heißt dies nichts anderes, als daß das Verwaltungsverfahren insoweit *unersetzbar* Funktionen erfüllt – die zwangsläufige Konsequenz liegt auf der Hand: wenn bei unersetzbaren Funktionen des Verwaltungsverfahrens Fehler gemacht werden, muß allein wegen dieser Verfahrensfehler aufgehoben werden – es ist dies genau der Gedanke, der § 46 VwVfG und seiner Zweiteilung des Verfahrensrechts zugrunde liegt.

Unersetzbare Funktion in diesem Sinn hat das Verwaltungsverfahren bei Beurteilungsspielräumen, bei denen das Verwaltungsgericht den relevanten Sachverhalt nicht vollständig reproduzieren kann, und bei Planungs- und Abwägungsentscheidungen, weil dort rechtserhebliche Vorzugs- und Zurückstellungsentscheidungen inhaltlich nicht voll überprüft werden können. Von diesem Ausgangspunkt aus muß die weitere Präzisierung des bisher recht großzügigen Umgangs mit der Figur des vorverlagerten Gerichtsschutzes vorgenommen werden. So ist z. B. nicht alles am Entscheidungsgehalt eines Planfeststellungsbeschlusses in der gleichen Weise unbestimmt geregelt und der Abwägung geöffnet wie die räumliche Verortung. So entspricht etwa die Entscheidung über die genaue Ausgestaltung von Schutzauflagen nach § 17 IV FStrG, wenn erst einmal die Grundentscheidung für das Vorhaben gefallen ist, in wesentlichen Teilen einer gebundenen Entscheidung des Immissionsschutzrechts. Es ist deshalb zu erwägen, ob trotz des Grundsatzes von der Einheit der Planungsentscheidung hier Differenzierungen zwischen den von Enteignungen Betroffenen⁵³ und den im Hinblick auf Schutzauflagen Anspruchsberechtigten anzustellen sind.

⁵³ Zu den notwendigen Differenzierungen unter den von einer (straßenrechtlichen) Planfeststellung Betroffenen G. Korbmacher, DÖV 1982, S. 517 ff., mit einem systematischen Konzept.

VI. Die Regelungen des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im Verwaltungsverfahrensgesetz

1. *Verwaltungsverfahren als Verwirklichungsmodus von speziellem Verwaltungsrecht*

Von echten Konfliktsituationen zwischen Effizienz und Rechtswahrung kann nur dort die Rede sein, wo die im Interesse von Effizienz veranlaßten rechtsbegrenzenden Regelungen die beabsichtigten Effizienzeffekte auch wirklich haben. Manchmal gelingt es dem Gesetzgeber, beide Ziele zugleich zu gefährden – so vermutlich im Falle des § 155b BBauG⁵⁴. – Aber es gibt diese echten Konfliktsituationen und zwar im Verfahrensrecht ähnlich häufig wie im öffentlichen Recht generell zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen – eben deshalb, weil der hier betrachtete Konflikt ein *Teil* jenes grundsätzlichen (Spannungs-)Verhältnisses zwischen öffentlichen und Individualinteressen ist⁵⁵. Deshalb kann die Lösung dieser Zielkonflikte nicht in einer einmaligen abstrakten, sozusagen heroischen Vorrangentscheidung zugunsten des einen oder des anderen Zieles gefunden werden, sondern wie bei jenem Grundproblem des materiellen öffentlichen Rechts sind es letztlich alle Einzelgesetze, alle sonstigen Vorschriften, nicht zuletzt alle Rechtsanwendungsakte, durch die die Konflikte schrittweise abgearbeitet werden. Diese Einsicht hat grundsätzliche Folgen: Der primär zur Konfliktsentscheidung aufgerufene Gesetzgeber wird *differenzierende* Verfahrensregelungen für einzelne Sachmaterien vornehmen müssen. Dieses Postulat steht zwar im klaren Gegensatz zu den auf weitgehende Vereinheitlichung abzielenden Absichten und Absichtserklärungen des Gesetzgebers. Das hier vertretene Postulat der Differenzierung leitet sich jedoch zwanglos aus der Ausgangsthese ab. Das Verwaltungsverfahren ist der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts und zwar der Modus der Verwirklichung von *konkretem und speziellem, sehr differenziertem Verwaltungsrecht*. Im Grundgedanken des Verwirklichungsmodus ist die spezielle Nähe und wechselsei-

⁵⁴ Zu §§ 155a ff. BBauG vgl. die Kommentierung von H. Meyer, in: Kohlhammer-Kommentar, Bundesbaugesetz sowie R. Breuer, NVwZ 1982, S. 273 f.; s. a. BVerwG, NJW 1982, S. 591; Skepsis gegenüber der Regelung der §§ 155a und b BBauG leitet sich daraus ab, daß der zum Parforceritt angetretene „Beschleunigungs“gesetzgeber die Praxis schließlich in den dichten Wald zusätzlich verfassungskonform verkomplizierter Einzelregelungen hineinstolpern ließ.

⁵⁵ F. Ossenbühl (Fn. 4), S. 194.

tige Abhängigkeit zwischen materieller Regelung und Verfahren immer schon mitgedacht. Von den jeweils einschlägigen Verwaltungsaufgaben erhält das Verfahren und damit auch das Verfahrensrecht maßgebliche Herausforderungen. Die Aufnahme dieser Regelungsimpulse und ihre Ausformulierungen in speziellen Regelungen bringt das *besondere* oder *sektorale* Verwaltungsverfahrensrecht hervor; in ihm dringt das Verfahrensrecht erst zu der ihm abverlangten Sachzugewandtheit vor⁵⁶.

In dieser zweiten Regelungsschicht wird das Verfahrensrecht als Verwirklichungsmodus des speziellen Verwaltungsrechts in je gesonderten Interessenstrukturen und differenzierten Sachproblemen der verschiedenen Verwaltungssektoren gerecht oder müßte ihnen gerecht werden⁵⁷. Dabei ist nun aber – und dies ist hervorzuheben – diese zweite Regelungsschicht nicht völlig neu oder autonom zu ‚erfinden‘; stattdessen erhält dieses spezielle Verfahrensrecht seine Anregungen, seinen Argumentationshaushalt und seine Lösungsvorbilder etwa auch im Konflikt zwischen Effizienz und Individualrechten zu einem guten Teil daraus, wie das jeweilige sektorale materielle Recht die Verwaltungsaufgaben, -zwecke und -ziele ausgeformt hat. Das besondere materielle Verwaltungsrecht hat es ja schon mit der speziellen Sachproblematik und der konkreten Interessenkonstellation zu tun gehabt, es hat z. B. in mehrpoligen Verhältnissen das Gewicht der Interessen der unterschiedlichen einzelnen bewertet und entschieden, welches Interesse subjektivrechtlich verfestigt ist und welches Gewicht die Rechte des Betreibers im Verhältnis zu den Rechten des Nachbarn haben. Ehe auf das vorhandene oder hier postulierte besondere Verfahrensrecht einzugehen ist, sind die generellen Regelungen des VwVfG zu analysieren.

2. Lösungen des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrungsauftrag im VwVfG

Gesetzliche Konfliktregelungen im VwVfG enthalten zum einen Regelungen nach dem *Grundsatz-Ausnahme-Schema*⁵⁸.

⁵⁶ Zur verbreiteten Forderung nach sektoraler, problemorientierter Dogmatik neuerdings in größerem Zusammenhang W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungsgerichtswissenschaft, 1981, S. 167 ff., auch S. 160 ff.; vgl. auch Schmidt-Aßmann, (Fn. 9), S. 9 ff.

⁵⁷ In den VwVfGen sind die Vorschriften über das Planfeststellungsverfahren schon ein Schritt zu einem (sehr spezialisierte Sondervorschriften generalisierenden) bereichsspezifischen Verfahrensrecht.

⁵⁸ F. Ossenbühl (Fn. 2), S. 470.

Danach gibt es Ausnahmen von der grundsätzlichen Anhörungspflicht und von der Begründungspflicht, Ausnahmen vom Akteneinsichtsrecht in Planfeststellungsverfahren oder dann, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung der Verwaltungsaufgaben sonst beeinträchtigt wäre; hierher gehören auch Sonderregelungen für Massenverfahren im Hinblick auf die Bekanntmachung und die Vertretung⁵⁹.

Zum zweiten sind Kollisionsregelungen schon in der *primären Ausgestaltung* des Verfahrensrechts enthalten, so in den Fristenregelungen mit Präklusionsfolge (§ 76 VI 1 VwVfG), in der teilweisen Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach § 46 VwVfG und in der in § 44a VwGO zum Ausdruck kommenden Maxime der Verfahrenskonzentration. Zum dritten sind Konfliktlösungen im Einzelfall durch die Verwaltung ermöglicht, wenn die Behörde verfahrensleitendes Ermessen, etwa über Art und Umfang der Ermittlungen (§ 24 VwVfG), hat oder ihr Formfreiheit eingeräumt ist, u. a. dazu, Verwaltungseffizienz berücksichtigen zu können, wie § 10 VwVfG zeigt⁶⁰.

3. Die Notwendigkeit von sektoralem und bereichsspezifischem Verfahrensrecht

In der Literatur ist bei der Interpretation dieser gesetzlichen Konfliktregelungen eine Betrachtungsweise einflußreich, die jedes effizienzorientierte Regelungsmerkmal quasi naturgesetzlich mit Urteilen versieht wie: verfassungsrechtlich bedenklich, sehr zweifelhaft, nur bei verfassungskonformer Auslegung oder nur beim Eingehen auf den Einzelfall haltbar und – natürlich – nur bei Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig⁶¹. Diese Argumentationsweise ist angesichts der Abstraktionslage des VwVfG verständlich, das Ergebnis

⁵⁹ Zu den Rechtsgrundlagen und zu ihrer Effizienzorientiertheit vgl. § 28 II (Kopp, VwVfG, 2. Aufl. 1980, § 28 Rn. 30, 43, 47 f.); § 39 II Nr. 3; § 72 I (Kopp, § 72 Rn. 6); § 29 II (dazu Schwarze, (Fn. 32), S. 592). Sonderregelungen für Massenverfahren: Vertreterbestellung nach den §§ 17 f.; öffentliche Bekanntmachung statt individueller Benachrichtigung und Zustellung nach den §§ 67 I, 69 II, 73 V Nr. 4, 73 VI, auch 41 III (vgl. Kopp, § 41 Rn. 44).

⁶⁰ Kopp, § 10 Rn. 2; ders. (Fn. 7), S. 20, 65 ff., 108, 201; Häberle (Fn. 6), S. 60 mN; Knack – Clausen, VwVfG, 2. Aufl. 1982, vor § 9 Rn. 3.2; § 10 Rn. 2; Wolff – Bachof, Verwaltungsrecht, Bd. III, 4. Aufl. 1978, § 156 Rn. 37.

⁶¹ Kopp, § 28 Rn. 43 f., 47 f., 55; § 29 Rn. 19; § 39 Rn. 23; § 72 Rn. 6; vgl. auch Meyer – Borgs, VwVfG, 2. Aufl. 1982, § 28 Rn. 6; Ule – Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl. 1979, § 28 II 1.

gleichwohl unbefriedigend. Die hochgradig generalisierten Regeln des VwVfG, deren tatsächlichen Anwendungsbereich man nicht genau abschätzen kann, werden bei dieser repräsentativen Interpretation von einem unmittelbaren verfassungsrechtlichen Einzelabwägungsgebot überlagert und zurückgeschnitten⁶².

Verfassungsrechtlich ist damit zwar alles in Ordnung, aber um welchen Preis? Um den Preis, daß die Steuerungs- und Entlastungsfunktionen der gesetzlichen Regelungen für die Rechtsanwendung in beträchtlichem Umfange verloren gehen, daß ein übergroßer Anteil der wirklichen Konfliktlösungen auf die Anwendung im Einzelfall verschoben wird – und das heißt auf den Inspektor und den Verwaltungsangestellten in der Verwaltungspraxis.

An dieser angedeuteten Gesamtsituation kommt der Entwicklungsstand des Verwaltungsverfahrensrechts zum Ausdruck. Es liegt an einer zu starken Betonung des *allgemeinen* Verfahrensrechts und der Generalisierung, daß die allgemeinen Generalklauseln des Verfassungsrechts – das Verhältnismäßigkeitsgebot, die Abstufung nach der Bedeutung der Grundrechte, das Prinzip des schonendsten Ausgleichs – in einem beträchtlichen Umfang als dogmatische Mittel erforderlich sind, um überhaupt Differenzierungen zwischen unterschiedlichen Sachbereichen zu erzwingen. Aber so wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Polizeirecht entwickelt und ausdifferenziert worden ist, um dann der umfangreichen Spezialgesetzgebung Richtung und Inhalt der dort anzutreffenden Tatbestandstypisierungen zu weisen, so ist jetzt im Verfahrensrecht nach der Erarbeitung des allgemeinen Teils, der seine bleibende Bedeutung hat, die Aufmerksamkeit auf die Ausdifferenzierung von bereichsspezifischem Verfahrensrecht zu richten. Dort kann der Gesetzgeber den Konflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung einige Schritte weiter und in der Sache entschiedener lösen – die Parallele zum Datenschutz liegt auf der Hand. Vor allem kann das Spezialgesetz bei der Regelung des Verfahrens direkt die Interessenbewertungen des konkreten materiellen Rechts aufnehmen. Was zum Beispiel einem Beteiligten an Mitwirkung abverlangt wer-

⁶² Eine Stufe komplizierter ist die Situation bei § 28 VwVfG: erstens: grundsätzliche Anhörungspflicht, § 28 I – zweitens: generalklauselartige Ausnahmenvorschrift im Einzelfall, § 28 II 1 – drittens: Formulierung von gesteigerten Anforderungen für die Annahme der Ausnahme in der Literatur (Meyer – Borgs, § 28 Rn. 20; Kopp, § 28 Rn. 33; Stelkens – Bonk – Leonhardt, VwVfG, 1978, § 28 Rn. 21). Vgl. die sarkastische Bemerkung von J. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 152.

den darf⁶³, hängt wesentlich davon ab, ob er etwa ein Hilfsbedürftiger ist, von dem das materielle Regelungsprogramm annimmt, daß er sich selbst nur schwer zu helfen weiß, oder ob es sich um ein Großunternehmen handelt, das für die erstrebte komplizierte Anlagengenehmigung der einzige Wissensträger in Fragen der technischen Fertigung ist⁶⁴. Die bereichsspezifische Regelung der Mitwirkungspflichten in Rechtsvorschriften oder Verwaltungsvorschriften⁶⁵ bietet mehr Rechtssicherheit als der unkonturierte Verweis auf die Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit, und Rechtssicherheit tut not im Verfahrensrecht. Aus den genannten Gründen möchte ich mich auch dagegen aussprechen, die Mitwirkungspflichten und -obliegenheiten auf die Annahme einer generalisierten Grundpflicht im Verfahren zu stützen, wie es gestern erwogen wurde⁶⁶.

4. Die effizienzorientierte Regelung des § 46 VwVfG: Die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren

Auch zwei der umstrittensten Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts sollten mehr als es geschieht, unter der Fragestellung: Generalisierung und Übergeneralisierung oder Differenzierung durch den Gesetzgeber beurteilt werden – § 46 VwVfG⁶⁷ und § 44a VwGO. Verfahrensfehler ist nicht gleich Verfahrensfehler und einfache Verfahren sind nicht gleich zu beurteilen wie komplexe Verfahren; darauf ist zurückzukommen⁶⁸.

⁶³ Zum Verhältnis zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflichten W. Berg, Die Verwaltung, Bd. 9 (1976), S. 161 ff.; ders., Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, insbes. S. 245; Kopp, § 24, Rn. 17 ff., § 26 Rn. 41.

⁶⁴ Spezialregelungen sind z. B. im Immissionsschutzrecht vorhanden, vgl. §§ 3–5 9. BImSchV.

⁶⁵ Vgl. dazu J. Martens, Verwaltungsvorschriften zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlungen im Steuerrecht, 1980.

⁶⁶ H. Hofmann, in diesem Bande, S. 83.

⁶⁷ Eine zu wenig beachtete Differenzierung hat der Gesetzgeber in der von § 46 VwVfG erheblich abweichenden Vorschrift des § 42 SGB X vorgenommen. Anhörungsfehler sind danach von der Unbeachtlichkeit ausdrücklich ausgenommen; zum Problem P. Krause, in: Jahrb. des Sozialrechts der Gegenwart, Bd. 2 (1980), S. 35/40 und Bd. 3 (1981), S. 49/53.

⁶⁸ Vgl. unten VII 3, dort insbes. zu § 44a VwGO.

Die Regelung des § 46 VwVfG ist effizienzorientiert⁶⁹, aber in erster Linie im Hinblick auf das Gerichtsverfahren. Die Vorschrift soll verhindern, daß ein Streitfall vor Gericht wegen Verfahrensfehlern zur Verwaltung zurückverwiesen wird, um dann vielleicht wegen der materiellen Problematik erneut zum Gericht zu gelangen. Der Grundgedanke hat m. E. entschieden mehr mit einer gezielten Schwächung des Verwaltungsverfahrens zu tun. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat gemäß der deutschen Tradition die Befugnis und die Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung und zum selbständigen „Durchentscheiden“ in der Sache zur Herbeiführung der Spruchreife⁷⁰. Dieses in seiner weichenstellenden Bedeutung nicht ausreichend erkannte Prinzip führt in den Fällen der gebundenen Verwaltung zwangsläufig zu einer Relativierung der Bedeutung des Verwaltungsverfahrens. In der sogenannten gebundenen Verwaltung, also bei den unbestimmten Rechtsbegriffen, gibt es natürlich regelmäßig keine Eindeutigkeit. Das Gericht findet in Wahrheit nicht die einzig-richtige Entscheidung, sondern es hat die Kompetenz zur Feststellung der einzig-verbindlichen Entscheidung. Dies bedeutet für Fehler im Verwaltungsverfahren: Die Sache ist im Falle des § 46 VwVfG inzwischen vor dem Gericht, also vor der Instanz, die voll aufklären muß und letztverbindlich entscheiden kann. In dieser Situation werden die Verfahrensfehler aus dem Verwaltungsverfahren überholt – nicht geheilt – durch das Verfahren⁷¹ vor dem Gericht. Das fehlerhafte Verfahren vor der Verwaltung kann jetzt nachteilige Auswirkungen nicht mehr ha-

⁶⁹ Zu den Kontroversen um § 46 VwVfG vgl. die Kommentarliteratur, *Hufen* (Fn. 35) und grundlegend *Bettermann*, in: FS H. P. Ipsen, 1977, S. 237 ff. Zur Effizienzorientiertheit des § 46 VwVfG *Ossenbühl* und *Degenhart* (Fn. 2), S. 471 und S. 883.

⁷⁰ Die deutschen Verwaltungsgerichte verweisen grundsätzlich nicht an die Verwaltung zurück, wenn der Sachverhalt schlecht aufgeklärt oder ein Beteiligter nicht angehört worden ist, sondern erforschen selbst, hören selbst an und entscheiden den Fall. Zur Rechtsprechung zuletzt *BVerwG*, DÖV 1982, S. 744 mN der st. Rspr. Gewisse Modifikationen sieht § 124 III E VPO (BR-Drs. 100/82) vor; dazu Gutachten, Referate und Aufsätze zum 54. DJT 1982.

⁷¹ Alle Fehler im Verwaltungsverfahren, die sich auf den Inhalt der Entscheidung ausgewirkt haben können, verwandeln sich für das voll aufklärende Gericht in Gründe der *materiellen* Rechtswidrigkeit: Hat die Verwaltung mangels Anhörung einen richtigen Sachverhalt angenommen, so stellt das Gericht das Fehlen von tatbestandlichen Voraussetzungen, also die *materielle* Rechtswidrigkeit der Entscheidung fest.

ben – das Gericht muß in seinem Verfahren alles Notwendige klären und Durchentscheiden. Das – sowieso „bessere“ – Gerichtsverfahren läßt jeden Fehler im Verwaltungsverfahren vergessen, auch die Verletzung der sogenannten grundrechts-relevanten Verfahrensvorschriften.

Dieser Grundgedanke entfällt natürlich dann, wenn das Verwaltungsgericht den einschlägigen Sachverhalt nicht voll herstellen kann – so beim Beurteilungsspielraum –, oder wenn seine Kontrollbefugnisse beschränkt sind – so beim Ermessen – oder mangels ausreichender rechtlicher Maßstäbe nicht voll greifen – so bei Planungs- und Abwägungsentscheidungen.

Im Anwendungsbereich des § 46, also bei der durch Gesetz und die Gerichtsbarkeit gebundenen Verwaltung, bleibt natürlich die wirksamste Sanktion für die Regeln des Verwaltungs-verfahrensrechts, die Aufhebung und deren edukatorische Funktion⁷², auf der Strecke. Dies reicht aber zur Begründung einer Verfassungswidrigkeit nicht aus, sondern kann rechtspolitische Änderungen erwünscht sein lassen⁷³, insbesondere auch die Aufmerksamkeit auf inneradministrative Aufsichtsmittel lenken – wozu sind eigentlich Widerspruchsbehörden da⁷⁴?

Das normale Verhältnis zwischen der Verwaltungsbehörde, die im Regelfall ein korrektes Verfahren durchführt, und den Verwaltungsgerichten, die in wenigen Fällen selbst erstmals ermitteln und anhören, ist offensichtlich im Asylrecht auf den Kopf gestellt, wenn dort massenhaft die eigentliche Anhörung erst vor dem Gericht stattfindet⁷⁵. Das *kann* mit dem konstitutionellen Grundverhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit nicht vereinbar sein⁷⁶.

⁷² So *Hufen* (Fn. 35), S. 2162; vgl. auch *Kopp* (Fn. 7), S. 267 und *E. Melichar*, VVDStRL 17, 1959 S. 184. Zum Problem auch *J. Martens*, NVwZ 1982, S. 13/14 und *J. Nehls*, NVwZ 1982, S. 494 mit aufschlußreichem Hinweis auf eine gesetzwidrige Praxis und der Reaktion der Rechtsprechung darauf.

⁷³ S. dazu oben Fn. 67.

⁷⁴ Jeder von einem Gericht festgestellte Verfahrensfehler der Ausgangsbehörde ist immer zugleich auch ein Vorwurf an die Widerspruchsbehörde, in ihren Kontrollaufgaben versagt zu haben.

⁷⁵ Dazu *Schlink-Wieland*, DÖV 1982, S. 426. Nach der Asylrechtsnovelle 1982 ist die Anhörungspflicht des Bundesamtes wieder ausdrücklich normiert. Es wird darum gehen, daß sie auch in der Praxis ausreichend gehandhabt wird.

⁷⁶ *H. Girardi*, Zschr. f. Sozialversicherung, 1976, S. 1 ff.

VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts⁷⁷

1. Nicht-förmliche Verfahren

2. Asylverfahren⁷⁸

3. Massenverwaltung am Beispiel der Steuerverwaltung

Die Massenverwaltung tritt uns in der zugespitzten Form der automatisierten Verwaltung mit ihren Merkmalen der Typisierung und Standardisierung⁷⁹ in Teilen des Steuerrechts entgegen. Dieser Verfahrenstyp zeigt die Vor- und Nachteile des ‚bedenkenlosen Vollzugs‘ (Luhmann) und des hier zur Wirklichkeit und zuweilen zum Alptraum gewordenen Subsumtionsideals⁸⁰: Gleichmäßige und strikte Anwendung der Rechtsvorschriften stehen auf der Aktivseite, die sehr starke Entleerung des Modells des individuellen und kommunikativen Verfahrens, das das VwVfG und die Abgabenordnung voraussetzen, schlagen auf der Negativseite zu Buch. Beim automatisierten Verfahren schrumpft der Handlungsraum des Verfahrens häufig auf den Akt der Informationsaufnahme zusammen, bei dem zudem Formulare und ihre Kategorien wie ein Prokustesbett wirken, dem sich die Einzelfälle anpassen müssen. Wie kann mit den beschränkten Mitteln des Verfahrensrechts den starken Eigen Tendenzen des automatisierten Verfahrens zur Entindividualisierung begegnet werden? Regelungen und Regelungsabsichten, die sich auf die konkreten Verfahren beziehen und dafür etwa die Ermittlungspflichten des konkreten Sachbearbeiters verdeutlichen oder vielleicht sogar verschärfen wollen, dürf-

⁷⁷ Der weitere Text und die Gliederung der Leitsätze 15–20 orientieren sich an einer Typisierung der Verwaltungsverfahren in: Verfahren für repressive Überwachungseingriffe, V. der Steuer- und Abgabenordnung, V. zur Gewährung von (Geld-)Leistungen, V. bei „einfachen“ Genehmigungen vom Typ Personalerlaubnis, V. bei Anlagegenehmigungen von einfacher und solcher von hoher Komplexität, Planfeststellungsverfahren, Planungsverfahren (insbes. Bauleitplanung), Rechtssetzungsverfahren mit raum- und umweltgestaltendem Gehalt.

⁷⁸ Dazu LS 15 und 16 (der Text wurde aus Zeitgründen nicht vorge tragen).

⁷⁹ Dazu grundsätzlich Isensee (Fn. 62); zuletzt K. Grimmer, DÖV 1982 S. 258.

⁸⁰ Dazu Grimmer / Heußner / Horn / Karlsen / Lenk, Rechtsverwirklichung bei strikt geregelter Verwaltungshandeln, 1978 und andere Hefte des Kasseler Forschungsprojekts ‚Verwaltungsautomation‘.

ten zu spät ansetzen und gegenüber der Faktizität des genormten Verfahrens wenig Aussicht auf Erfolg haben. Die Schutzmechanismen des individuellen Verfahrens müssen für die automatisierte Verwaltung umformuliert und in anderen und größeren Zusammenhängen rekonstruiert werden – nämlich bei der Konstruktion der Gesamtanlage der automatisierten Verwaltung⁸¹. Dabei ist die Gestaltung der organisatorischen Rahmenbedingungen ebenso wichtig wie die Ausformulierung der Computerprogramme und Formulare, die ja die standardisierenden Vorwegentscheidungen treffen. In diesen vorweggezogenen Stationen wird über das Ausmaß der Typisierung entschieden.

Welcher Grad an Typisierung dabei rechtlich zulässig ist, ist in erster Linie unter Rückgriff auf das materielle Steuerrecht und seine Wertungen zu entscheiden. Dort ist die sogenannte typisierende Betrachtungsweise ein bekannter, aber ein ebenso umstrittener Topos⁸². Gerade die Unentschiedenheit des Schrifttums und der Rechtsprechung über Legitimität, Illegitimität oder Notstandscharakter⁸³ dieses Gesichtspunkts läßt erkennen, daß der dogmatische Einbau des Effizienzarguments hier schon im materiellen Recht nicht gelungen ist. Man hat dies auch die Schamhaftigkeit genannt, mit der paradoxerweise gerade der Steuerstaat Verwaltungskosten und Verwaltungseffizienz zu behandeln pflege⁸⁴. Wie dargelegt ist jedoch bei Effizienz und Typisierung weder Schamhaftigkeit noch Verlegenheit am Platz, sondern es sind in der Sache schwierige Konflikts- und Kompromißentscheidungen erforderlich. Die Massenverwaltung hat zweifellos einen Bedarf an Typisierung – andererseits dürften bei der Programmierung der automatisierten Verfahren noch beträchtliche Reserven an Individualisierung liegen, die gezielt auszuschöpfen sind.

Die originären verfahrensrechtlichen Besonderheiten im Massenverfahren der Steuerverwaltung – die Reduzierung der Anhörungs- und Begründungspflicht⁸⁵ – erscheinen mir grund-

⁸¹ Dazu gehört etwa die grundsätzliche Dezentralisierung der automatisierten Verwaltung; materialreich dazu zuletzt H. Reiner mann u. a., (Hrsg.), Organisation informationstechnikgestützter öffentlicher Verwaltungen, 1981.

⁸² Dazu Isensee (Fn. 62); P. Kirchhoff, VVDStRL 39, 1981, S. 264 mN.

⁸³ Isensee (Fn. 62), S. 171; dazu auch schon Wahl (Fn. 5), S. 283.

⁸⁴ Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 23.

⁸⁵ Vgl. dazu §§ 91, 121 AO (eingeschränkte Anhörungs- und Begründungspflicht). Die Literatur antwortet mit dem gewohnten Gegenzug, daß der Gesetzestext in besonderer Weise rechtsstaatsbezogen interpretiert werden muß, vgl. W. Fiedler, NJW 1981, S. 2093/95 mN.

sätzlich aus der Situation der Massenhaftigkeit heraus gerechtfertigt – *sofern* flankierende Maßnahmen insbesondere im generellen Beratungswesen und für die Gestaltung des konkreten Kontakts zwischen der Verwaltung und dem Publikum getroffen werden; die ernst zu nehmende Literatur über Bürgernähe oder Bürgerorientiertheit enthält dazu einige Vorschläge⁸⁶.

4. Baugenehmigungsverfahren⁸⁷

5. Großverfahren – komplexe Verwaltungsentscheidungen

Das Kernproblem der komplexen Verwaltungsentscheidungen⁸⁸ ist – definitionsgemäß – ihre Komplexität. Nach dem bisher unwiderlegten Grundtheorem der Systemtheorie folgt daraus die Notwendigkeit einer ausreichenden *Eigenkomplexität* der Verfahren⁸⁹. Mit anderen Worten: Wenn man Großvorhaben und komplexe Verwaltungsentscheidungen für unverzichtbar hält, darf man bei ihrer Verwirklichung nicht die Idylle einfacher, konzentrierter Verfahren erwarten. Auf den Prüfstand geraten damit die Regelungen des VwVfG. Zur Charakterisierung seiner relativen Rückständigkeit hat man generell dem VwVfG den ‚liebenswürdigen Charme des Gestrigen‘ attestiert⁹⁰. Da nun die Großvorhaben in der Sache sicherlich nichts von diesem Charme des Gestrigen haben, sollten die für die Großvorhaben einschlägigen Regeln des VwVfG in ganz besonderem Maße den heutigen Erfordernissen an Eigenkomplexität gerecht werden.

Probleme ergeben sich in erster Linie aus dem Zusammenspiel der Konzentrationsmaxime des § 44a VwGO und der Fehlersanktion nach § 46 VwVfG⁹¹. Wenn auch bei Großvorhaben die gerichtliche Kontrolle von Verfahrensfehlern gemäß § 44a VwGO während des noch laufenden Verwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht zulässig ist, dann darf man bei der Anfechtung der Endentscheidung nicht darüber erschrecken, daß bei Ermessens- und Planungsentscheidungen nach der

⁸⁶ Vgl. dazu die zahlreichen Veröffentlichungen und Vorschläge von Grunow / Hegner / Kaufmann, Bürger und Verwaltung, 4 Bde., 1978.

⁸⁷ Vgl. dazu LS 18 und unten S. 263.

⁸⁸ Dazu zuerst und zuletzt wieder Schmidt-Aßmann (Fn. 9), S. 24 f. mN; weiterführend auch Steinberg (Fn. 2), S. 619 ff.

⁸⁹ Z. B. Luhmann (Fn. 10), S. 52; Steinberg (Fn. 2), S. 622.

⁹⁰ P. Lerche, BayVBl. 1980, S. 257/262.

⁹¹ Dazu Plagemann, NJW 1978, S. 2261; Meyer-Borgs, § 46 Rn. 1; unbefriedigend BVerwG NJW 1982, S. 120.

Grundentscheidung des § 46 VwVfG ‚bloß‘ wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben werden muß und das ganze schöne Verfahren wiederholt werden muß.

So richtig mir dieser Appell an das Ertragen von gesetzlich verursachten Folgen erscheint, so wenig bin ich von seiner tatsächlichen Wirksamkeit überzeugt: Nach dem Ende eines Großverfahrens wird der Druck stark und übermächtig, die Wiederholung des gesamten Verfahrens wegen eines Verfahrensfehlers zu vermeiden. Wir sollten dies auch nüchtern eingestehen. Es ist in der Tat auch nicht vernünftig, in diesem Stadium wegen *jedes* Verfahrensfehlers alles nochmals aufzurollen – wenn sich dies vermeiden läßt und trotzdem die Verfahrensvorschriften ihrer Bedeutung gemäß Relevanz behalten. Es ist vor allem nicht vernünftig, alle Verfahrensfehler geradezu zu speichern und aufzubewahren, um dann möglichst oft – denn Großverfahren sind natürlich fehleranfällig – in diese schlechteste aller Situationen zu kommen. Die Konzentrationsmaxime des § 44a VwGO ist für diese komplexen Verfahren disfunktional und verfehlt⁹². Die Maxime für Großverfahren muß demgegenüber lauten: Den Beteiligten ist möglichst viel und immer wieder Gelegenheit zu geben und sie sind verfahrensrechtlich in die Pflicht zu nehmen, bekannte Verfahrensfehler rechtzeitig zu rügen und einen darüber entstehenden Streit auch rechtzeitig zur gerichtlichen Klärung zu bringen. In den zeitlich langgestreckten Etappen dieser Verfahren ist meines Erachtens einiger zeitliche Spielraum vorhanden, so daß solche Klärungen keinesfalls immer verzögernd wirken müssen.

Dagegen ist es *de lege lata* nicht möglich und auch *de lege ferenda* nicht erwünscht, an der grundsätzlichen Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern bei Ermessens- und Planungsentscheidungen Abstriche zu machen⁹³. Der Sinn des vorverlagerten Gerichtsschutzes und vor allem auch die Entstehungsge-

⁹² Unter dem Vorbehalt eines näheren Durchtestens der Vor- und Nachteile (vgl. dazu Schlußwort unten S. 294 f.) und beschränkter gesetzgeberischer Experimente wäre an eine Ausschußfrist von etwa 2 oder 3 Wochen nach der mündlichen Erörterung zu denken. Innerhalb dieser Frist müßten die den einzelnen Beteiligten bekannten Verfahrensfehler, die den Ablauf des bisherigen Verfahrens betreffen, vorgebracht werden.

⁹³ Zu diesem sehr umstrittenen Problem *Bettermann*, in: FS H. J. Ipsen, 1977, S. 271 ff.; *Lerche*, Kernkraft und rechtlicher Wandel, 1981, S. 24 ff.; *Blümel* (Fn. 22), S. 65 ff.; *Degenhart*, DVBl. 1981, S. 201; *ders.*, (Fn. 2), S. 855; *Meyer-Borgs*, § 46 Rn. 21; *Ossenbühl*, (Fn. 2), S. 471; *Steinberg* (Fn. 2), S. 629.

schichte sprechen auch bei dreipoligen Rechtsverhältnissen dagegen, in diesen Fällen Verfahrensfehler für unbeachtlich zu halten. In den Verfahren bei privaten Großvorhaben bestehen grundsätzliche Probleme im Hinblick auf die Symmetrie der Interessenberücksichtigung zwischen Betreibern und Dritt betroffenen, insbesondere im Hinblick auf die inzwischen bekannten Probleme der Vorausbindungen durch Vorverhandlungen⁹⁴. Das formalisierte Verfahren dient hier auch betont der Herstellung der Symmetrie nach Maßgabe der materiellrechtlichen Interessenbewertung. Fehler im Verfahren müssen deshalb wenigstens einmal eine wirkungsvolle Station der Sanktionierung haben – wenn schon nicht während des Verfahrens, wie hier vorgeschlagen, dann unverzichtbar am Ende.

Überlastungen als das Gegenteil von ausreichender Eigenkomplexität werden bei komplexen Verwaltungsentscheidungen regelmäßig dadurch bewirkt, daß bei ihnen die erwähnten beiden unterschiedlichen Kompensationsanforderungen zusammentreffen⁹⁵. Zur Entschärfung dieser Engpaßsituation erscheint mir eine interne Differenzierung der Gesamtverfahren in funktionsspezifische Teilschritte und Teilverfahren in Anlehnung an schon vorhandene Gliederungen erforderlich. Das Leitprinzip einer solchen Aufgliederung ist die Spezifizierung der einzelnen Entscheidungsstufen bzw. Teilentscheidungen nach Funktion und Sachgehalt⁹⁶ samt aller daraus abzuleitender Konsequenzen für das Verfahren und die Beteiligungsformen. Die in der Anlage beigelegte Skizze will diese Aufgliederung anschaulich machen.

Konsensbildungs- und Legitimationsbedürfnisse wirft in besonderer und zugespitzter Weise das Entscheidungselement der Standortauswahl bzw. Standortbestimmung auf, die als raumgestaltende (Teil-)Entscheidung sachlich immer ein planerisches Abwägungselement im Hinblick auf die vielfältig berührten (räumlichen) Belange und aggregierte Interessen enthält⁹⁷. Die Jedermanns- oder Öffentlichkeitsbeteiligung hat deshalb ihren funktionsadäquaten Gegenstand in dieser Entscheidungsbildung über den Standort – und umgekehrt. Die

⁹⁴ Dazu insbes. W. Hoffmann-Riem, VVDStRL 40, 1982, S. 190 ff. mN.

⁹⁵ Vgl. oben II 2.

⁹⁶ Zum grundsätzlichen Anknüpfen an eine Analyse des Sachgehalts Wahl, DÖV 1975, S. 373 ff.

⁹⁷ Die folgenden Ausführungen fassen Überlegungen zusammen, die näher ausgeführt sind in Wahl, DVBl. 1982, S. 51 ff.; dort insbes. zur inhaltlichen Umschreibung der spezifischen gestaltenden Abwägung, die bei allen planerischen Standortentscheidungen notwendig ist.

Maxime für die Ausgestaltung dieser Art der Beteiligung ist dabei nicht die höchstmögliche Formalisierung, um die Darlegung von je individuellen Einzelumständen zu sichern, sondern Offenheit für Prozesse der Artikulation von Meinungen und von Interessen von vielen, insbesondere auch von Gruppeninteressen und von Gruppenauffassungen⁹⁸.

Die rechtswahrende und rechtsschützende Betroffenenbeteiligung ist jedenfalls allen Entscheidungsschritten und -elementen zuzuordnen, in denen es um (Schluß-)Entscheidungen der letzten Konkretheitsstufe des jeweiligen Gesamtvorhabens geht, also um die räumlich exakte Planung des Planfeststellungsbeschlusses und um jede Art von Errichtungsgenehmigungen, die konkrete Baumaßnahmen gestatten⁹⁹.

Mit diesen Leitlinien der funktionsspezifischen Verfahrensaufgliederungen geht die hier vorgetragene Auffassung über das vorhandene Gesetzesrecht bei der Fachplanung entschieden hinaus, plziert Öffentlichkeitsbeteiligung nach vorne, wo schon präjudizierende Entscheidungen fallen, postuliert aber nicht die Verdoppelung von Beteiligung und von Verfahrensschritten, sondern die funktionsspezifische Differenzierung und eine Kongruenz von Sachgehalt, Rechtsgehalt und Beteiligungsart. Das vorgelegte Denkmodell kann auch zur Erklärung des geltenden Rechts bei komplexen Verfahren verwendet werden. Dabei deckt eine Analyse nach den hier verwendeten Kategorien schon optisch die kritischen und sensiblen Problempunkte des geltenden Fachplanungs- und Anlagenehmigungsrechts auf, so etwa die ungenügende sachlich-inhaltliche Strukturierung mancher Gesamtverfahren, die mangelnde Differenzierung zwischen dem planerischen Standortanteil und dem Gefahrenabwehranteil bei den Anlagenehmigungen, das Fehlen von Öffentlichkeitsbeteiligung bei den vorgelagerten Planungsstufen u. ä.¹⁰⁰.

⁹⁸ Der geringen rechtlichen Formalisierung der vorgeschlagenen Öffentlichkeitsbeteiligung auf der vorgelagerten Stufe entspricht eine geringere Fehleranfälligkeit der Verfahren.

⁹⁹ In Abhebung zu den im Text angestellten rechtspolitischen Modellerwägungen ist daraufhinzuweisen, daß im geltenden Recht die erste Teilerrichtungsgenehmigung im immissionsschutz- und atomrechtlichen Verfahren multifunktional ist, und gerade die im Text unterschiedenen beiden Hauptfunktionen zugleich erfüllt.

¹⁰⁰ Weitere Problempunkte betreffen die mangelnde Differenzierung zwischen einer vorverlagerten, der Standortauswahl dienenden Planungsstufe und der Einzelgenehmigung und die kaum zu entwirrenden Sachgehalte der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung einerseits und der Planfeststellung andererseits.

Nach der geltenden Rechtslage sind Überlastungserscheinungen im Planfeststellungsverfahren¹⁰¹ und bei der ersten Teilerrichtungsgenehmigung gegeben. Sie rechtfertigen Sonderregelungen, wie etwa die öffentliche Bekanntmachung. Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang die Auffassung, die auch bei diesen Großverfahren für den Betroffenen jede rechtliche Einzelheit der Beteiligung für unabdingbar hält, dem Effizienzgedanken gegenüber den Betroffenen überhaupt keine Relevanz zuweisen will, andererseits aber Entlastung dadurch erzwingen will, daß die Nichtbetroffenen aus ihrer bisherigen Verfahrensstellung verdrängt werden¹⁰². Differenzierungen zwischen Betroffenen und Nichtbetroffenen sind jedoch nicht beim Ob der Beteiligung, sondern beim Wie der Beteiligung möglich und notwendig. So kann und muß etwa im Erörterungstermin genügend Zeit für das detaillierte Eingehen auf die letzten konkreten Probleme der vom Eigentumsverlust oder von Lärmeinwirkungen unmittelbar Betroffenen¹⁰³ vorbehalten sein – gegebenenfalls zu Lasten des Zeitanteils des allgemeinen Disputs mit dem Jedermann. Eine besondere Behandlung der intensiv Betroffenen ist auch bei der Frage der Bekanntmachungen, etwa über das Vorhaben und über die mündliche Erörterung, geboten. Außerdem ist die Zahl 300 keine magische Zahl, die das Zurücktreten der Rechtswahrung und des vorverlagerten Gerichtsschutzes hinter Effizienzgesichtspunkten in jedem Falle rechtfertigen könnte. Jedenfalls den von Eigentumsverlust bei Planfeststellungen unmittelbar Betroffenen ist deshalb m. E. entgegen den gesetzlichen Bestimmungen (etwa § 18 VI 3 und 4 FStG, § 73 VI 3 und 4 VwVfG) die Einleitung des Verfahrens und die Ladung zur mündlichen Verhandlung individuell zuzustellen; wegen des sie treffenden Rechtsverlusts müssen diese Betroffenen sowie so im Verlauf des Planfeststellungsverfahrens individuell festgestellt werden, auch müssen ihre Rechtsverhältnisse

¹⁰¹ Nachteilig ist das Fehlen einer rechtlich abgesicherten Abschiebung in mehrstufigen Planungsverfahren, da nach der Rechtsprechung im Planfeststellungsverfahren alles nochmals als zur rechtlichen Disposition gestellt betrachtet wird. Gänzlich unzureichend ist die Verortung der Linienbestimmung im Bundesfernstraßenbau im Binnenraum der Bundesauftragsverwaltung, wobei die Aufgabenverflechtung zwischen Bund und Land ein rein inneradministratives und introvertiertes Verfahren erzeugt und von Einwirkungen der Öffentlichkeit abschirmt. Dazu BVerwG NJW 1981, S. 2592 und dazu *Steinberg*, demnächst in NVwZ 1983, Heft 3.

¹⁰² Pointiert so *Blümel* (Fn. 22), S. 50 ff. mN.

¹⁰³ Zugrunde liegt die Unterscheidung von *Korbmacher* (Fn. 53).

dann individuell geregelt werden. Mit anderen Worten: Die öffentliche Bekanntmachung ist wegen der sonstigen Betroffenen, nicht aber im Hinblick auf die unmittelbar von Eigentumsverlust oder intensiven Lärmeinwirkungen Betroffenen zulässig.

6. Raum- und umweltgestaltende Rechtssetzungsverfahren¹⁰⁴

VIII. Schluß

Ich komme zum Schluß; aus Zeitgründen kann ich mir dabei keinen klassischen Schluß, das heißt einen Schluß mit Klassiker-Zitaten leisten. Ich knüpfe an die Eingangsbemerkung an: Im Verwaltungsverfahren spiegeln sich nahezu alle Probleme der heutigen Verwaltung – jedoch nicht alle können im Verwaltungsverfahren gelöst werden. Vorsicht ist insbesondere gegenüber zu hohen Erwartungen im Zusammenhang mit Kompensationspostulaten geboten. Auch unter den Anforderungen von Kompensationsforderungen bleibt das Verwaltungsverfahren immer noch ein Verfahren der Verwaltung, das politischen Prozessen keinesfalls so weit geöffnet werden kann, wie parlamentarische Verfahren. Und auch in der anderen Richtung bleibt der qualitative Unterschied zwischen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bestehen; er ist allein schon deshalb unaufhebbar, weil im Verwaltungsverfahren die verfahrensleitende und die entscheidende Position der Verwaltung als der aktiven und gerade in und durch Verfahren gestaltenden Staatsfunktion zukommt, während im Gerichtsverfahren der passiv bleibende und neutralisierte Richter Kontrollaufgaben hat, eine Zweitinterpretation gegenüber einer vorhandenen Erstentscheidung durchführt.

Kompensationsforderungen lassen sich in der Theorie leichthändig und einfach aufstellen. Aber so wie die Kompensationsforderungen damit begründet werden, daß die Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit die von ihnen an sich verlangten Leistungen aus gewichtigen Gründen heraus nicht erbringen können, so ist es natürlich alles andere als selbstverständlich, daß die Verwaltungsverfahren die ihnen angesonnenen Leistungen auch tatsächlich erbringen können, empirische Forschung tut auch hier not.

Für die Regel- und Normalfälle des „bloß“ eigenständigen Rechtswahrungsauftrags fasse ich die Ausgangsthese wie folgt

¹⁰⁴ Vgl. LS 20 (der Text ist aus Zeitgründen nicht vorgetragen worden).

zusammen: Jenseits eines allen Verwaltungsverfahren gemeinsamen Mindeststandards an Verfahrensregeln und Beteiligungsrechten sind die konkreten Regeln der Beteiligung spezifisch zuzuschneiden auf die Interessenlagen und Interessenbewertungen des jeweiligen materiellen Rechts, dessen Verwirklichungsmodus das Verfahren ist. Verfahren ist nicht gleich Verfahren. Effizienz ist nichts Losgelöstes, nicht etwas, das abstrakt zu berücksichtigen wäre, sondern die Entscheidung zwischen Effizienz und Rechtswahrung im Verfahren ist die Fortsetzung der im materiellen Recht getroffenen Grundentscheidung zwischen öffentlichen Interessen und Individualinteressen im konkreten Rechtsgebiet.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

I. Ausgangsthesen

1. a) *Das Verwaltungsverfahren ist im Bereich des vollzugsbedürftigen Verwaltungsrechts der Verwirklichungsmodus des Rechts: Jeder Fall der Rechtsverwirklichung muß ein Verfahren durchlaufen und wird dabei durch das „Medium“ des Verfahrens geprägt und ausgeformt.*

b) *Als konstitutiver Teil des Verwaltungsrechts steht das Verwaltungsverfahrensrecht unter der Direktive genau der verfassungsrechtlichen Prinzipien, die für das materielle Verwaltungsrecht gelten: Verfassungsabhängigkeit des Verfahrensrechts, Einwirken der Grundrechte, des Rechts- und Sozialstaatsprinzips sind selbstverständliche Folgerungen.*

2. *Die typisch verfahrensbezogene Betrachtungsweise ist die Sicht ex ante. Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens, auch der eigenständige Rechtswahrungsauftrag, sind nur in der Sicht ex ante zureichend erkennbar. Die Verwaltungsrechtslehre ist dagegen vorwiegend verwaltungsgerichtsorientiert und deshalb der ex-post-Kontrollperspektive verhaftet.*

II. Funktionen des Verwaltungsverfahrens

3. a) *Die Funktionen des Verwaltungsverfahrens leiten sich vom Gesamtauftrag der Verwaltung ab, der eine Vielzahl von Anforderungen umfaßt, wie Rechtmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit (Effizienz), Sachrichtigkeit. Das Verwaltungsverfahren muß zusätzlich den Zielen der Bürgernähe, der Rechtzeitigkeit und Schnelligkeit sowie Anforderungen der Legitimierung und Befriedung gerecht werden.*

b) *Die Möglichkeiten, die verschiedenen Anforderungen zu erfüllen, stehen zueinander im Verhältnis eines ‚magischen Vielecks‘. Zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag als zweier „Eckpunkte“ eines solchen Vielecks gibt es Felder der wechselseitigen Ergänzung, der Neutralität und des Zielkonflikts.*

4. Der Gesamtauftrag der Verwaltung ist von der Erfüllung der anderen Staatsfunktionen, Gesetzgebung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, abhängig. In den Fällen schwacher gesetzlicher Programmierung werden vom Verwaltungsverfahren zweifache Kompensationsleistungen erwartet. Die dadurch bedingte Be- und Überlastung des Verfahrens stellt ein Engpaßproblem der gegenwärtigen Verwaltung dar.

III. Rechtswahrungsauftrag und Verwaltungseffizienz

5. Terminologisch und in der Sache wird zwischen „Rechtswahrung“ als spezifischem Schutzmechanismus des Verwaltungsverfahrens und „gerichtlichem Rechtsschutz“ oder „Gerichtsschutz“ als termini technici für den gerichtlichen Kontrollauftrag unterschieden.

6. a) Rechtswahrung im Verwaltungsverfahren ist die Absicherung der Rechts- und Interessensphäre des einzelnen schon in den primären Prozessen der Verwirklichung des Verwaltungsrechts.

b) Das Verwaltungsverfahren dient der Konkretisierung, Spezialisierung und Individualisierung eines zunächst in seinen Auswirkungen auf Rechte und Interessen häufig noch konturenunscharfen Problems. Der rechtswahrende Auftrag des Verwaltungsverfahrens besteht darin, daß diese Konkretisierungen unter Beteiligung mindestens der potentiell Betroffenen vorgenommen werden.

7. a) Die Rechtswahrung ist ein eigenständiger Auftrag des Verwaltungsverfahrens, sie ist weder „vorverlagerter Rechtsschutz“ noch überhaupt etwas „Vorverlagertes“.

b) Nur in einigen Fällen hat das Verwaltungsverfahren über die Rechtswahrung hinaus die zusätzliche kompensatorische Funktion des vorverlagerten Gerichtsschutzes.

8. Der Begriff Effizienz bezeichnet einen bestimmten Verwirklichungsgrad des komplexen Verwaltungsauftrags. Verwaltungseffizienz ist die möglichst gute Verwirklichung des Rechts- und Sachauftrags der Verwaltung in der zeitlichen, finanziellen und quantitativen Dimension.

IV. Felder der Komplementarität und Neutralität zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung

9. In diesen beiden Feldern liegen verwaltungspolitisch dringend auszuschöpfende Reserven für die konfliktfreie Verwirklichung beider Ziele gemäß den Maximen: Effizienz durch Beteiligung und Effizienz durch rechtlich klares Verfahrensrecht. Ein dringendes Desiderat ist empirisch gesichertes Wissen über die Verwaltungsverfahren und über die Erfüllung ihrer Funktionen.

V. Verfassungsrechtliche Spielräume für die Berücksichtigung von Verwaltungseffizienz: Die Geltung der Grundrechte im Verwaltungsverfahren

10. a) Das Verwaltungsverfahren ist Teil der Gesamtbelastung, des Gesamtschutzes und des Gesamtvorgangs des Leistens: deshalb wirken die Grundrechte in allen dogmatisch anerkannten Ausprägungen auf das Verwaltungsverfahren ein.

b) Im Anwendungsbereich der Schutzpflichten hat Verfassungsrang allein die Schutzverpflichtung als solche; konkrete Mittel zur Ausfüllung sind nur ausnahmsweise verfassungsrechtlich abzuleiten und geboten. Im übrigen sind die die Schutzpflicht ausfüllenden Regelungen einfaches Recht.

11. Im Anwendungsbereich der Figur des vorverlagerten Gerichtsschutzes (in den Fällen der Planungsentscheidungen und des Beurteilungsspielraums) kommen zusätzliche Gesichtspunkte der effektiven Durchsetzung der Grundrechte hinzu, die aus den einzelnen Grundrechten und aus Art. 19 IV GG abgeleitet werden können.

VI. Die Regelung des Konfliktverhältnisses zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung im Verwaltungsverfahrensgesetz

12. Der Zielkonflikt zwischen Effizienz und Rechtswahrung muß durch die Gesamtheit der Einzelgesetze und der Rechtsanwendungsakte abgearbeitet werden. Dies erfordert ein besonderes oder sektorales Verwaltungsverfahrensrecht.

13. Die Konfliktregelungen des VwVfG sind stark generalisiert. Notwendige Differenzierungen können durch – nicht näher zu konturierende – Verweise auf die Anforderungen der

Verhältnismäßigkeit erreicht werden. Bereichsspezifische Regelungen in einem sektoralen Verwaltungsverfahrensrecht können die Interessenbewertungen des materiellen Rechts unmittelbar aufnehmen und bieten mehr Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit; sie sind deshalb vorzuziehen.

14. Die Regelung des § 46 VwVfG ist bei der sogen. gebundenen Verwaltung eine Folge der starken Stellung der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, die umfassend aufklären, selbst „durchentscheiden“ und dadurch die Fehler aus dem Verwaltungsverfahren überholen kann.

VII. Konfliktentscheidungen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtswahrung in den verschiedenen Sektoren des Verwaltungsrechts

15. Bei den sogenannten nicht-förmlichen Verfahren darf die – derzeitige – Unauffälligkeit kein Anlaß zur forcierten Effizienzverfolgung sein.

16. Im Asylverfahren ist die Feststellung eines angenommenen Mißbrauchs verfahrensabhängig. Das Verfahren bis zur Feststellung eines Mißbrauchs muß in sich ausreichenden rechtswahrenden Schutz bieten.

17. Die Massenverwaltung ist in Teilen der Steuer- und Sozialverwaltung im zugespitzten Typ des automatisierten und deshalb genormten und standardisierten Verfahrens ausgeformt. Die Schutzmechanismen des Verfahrens müssen hier in der Gestaltung der organisatorischen Rahmenbedingungen der Gesamtanlage des automatisierten Verwaltungsverfahrens rekonstruiert werden.

18. Beim Baugenehmigungsverfahren als dem Prototyp des dreipoligen (Anlagen-)Genehmigungsverfahrens von geringer Komplexität muß der Kreis der nach den Landesbauordnungen Verfahrensbeteiligten auf den Kreis der nach der Rechtsprechung im Baunachbarprozeß Klagebefugten erweitert werden. Die derzeitige unübersichtliche Rechtslage ist effizienz- und rechtsschutzmindernd zugleich.

19. a) Das Kernproblem der Großverfahren ist deren mangelnde Eigenkomplexität; dies hat Überlastungserscheinungen zur Folge.

b) *Die Konzentrationsmaxime des § 44 a VwGO ist bei Großvorhaben disfunktional.*

c) *Die Überlastung der Großverfahren bei komplexen Verwaltungsentscheidungen durch die zweifachen Kompensationserwartungen kann gemildert werden durch eine systematische Entzerrung von Legitimationsfunktionen einerseits und Rechtswahrungs- und Gerichtsschutzfunktionen andererseits gemäß einem Modell, das die Standortfragen mit der Öffentlichkeitsbeteiligung und die Planfeststellung bzw. die Errichtungsgenehmigungen mit der Betroffenenbeteiligung verbindet (vgl. Schema in der Anlage).*

20. *Umwelt- und raumgestaltende Rechtssetzungsverfahren sind im Hinblick auf die Beteiligung und die Formen der Beteiligung gleich zu behandeln wie die in Form eines Verwaltungsakts ergehenden Planungsentscheidungen und deren Vorstufen.*

Regelmodell für komplexe Verwaltungsentscheidungen

Anlage:

	<u>1. Stufe</u>		<u>2. Stufe</u>	
	vorbereitende Planung	Vorbescheid	Planfeststellung	Genehmigung
Sachgehalt der Verwaltungsentscheidung	Grobplanung	Standortbescheid Konzept- genehmigung	Feinplanung	Errichtungs-, Betriebsgenehmigung
	(1) Trasse / Standort (2) Konzept d. Vorhabens		Verortung in der räuml. Umgebung, Immissionsschutz	Sicherheitsüber- prüfung, Gefahrenabwehr
Rechtsgehalt	(1) Planungsentscheidung: Abwägung zw. generalisierten u. aggregierten Interessen (2) Vorläufiges positives Gesamturteil		Planungsentscheidg.: Abwägung zw. öff. Interessen u. indi- vidualisierten In- teressen u. Rechten	(gebundene) Kon- trollerlaubnis im Hinblick auf Ge- fahrenabwehr u. -vorsorge
Hauptfunktionen d. Verfahrens (im Hinblick auf Bürger)	Partizipation, Legitimierung/Konsens- bildungsprozesse		Rechtswahrung, z. T. vorgelagerter Gerichtsschutz	
Beteiligte u. Beteiligungsform	Öffentlichkeits- oder Interessenten- beteiligung, Verbandsbeteiligung		Betroffenenbeteiligung	
Gerichtlicher Rechtsschutz	Von Fachplanung zu Fachplanung differenzierend zu entscheiden	zulässig		zulässig

Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

2. Mitbericht von Prof. Dr. *Jost Pietzcker*, Bonn

Inhalt

	Seite
I. Effizienz und Recht im Verfahren.	194
1. Das Erscheinungsbild	194
2. Verwaltungseffizienz im Rechtsstaat	196
3. Die Ebene der Verwaltung	197
4. Die Ebene des Gesetzgebers	199
II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens	201
1. Gründe.	201
2. Probleme	203
a) Abwertung des materiellen Rechts	203
b) Rollenveränderung (Mitwirkungslast, Präklusion)	204
c) Abwertung des Gerichtsschutzes	206
III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens	207
1. Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren	207
2. Die Frage der Verfahrensformalisierung	210
a) Verfahrensablauf und Verfahrensrechte	210
b) Institutionelle Neutralisierung	212
c) Verfahrensabgrenzung	214
3. Das Problem der großen Zahl	215
a) Sachverhaltsermittlung in der Massenverwaltung.	215
b) Großverfahren	217
c) Normsetzung	218
4. Grundrechtsdogmatische Einordnung	219
IV. Das fehlerhafte Verfahren	221
1. Die Besonderheit des Verfahrensrechts.	221
2. Heilung	223
3. Unbeachtlichkeit.	223
4. Fehler im Normsetzungsverfahren	225
5. Durchsetzung subjektiver Verfahrensrechte	226
Schluß	227

I. Effizienz und Recht im Verfahren

1. Das Erscheinungsbild

Das Thema zielt auf den ersten Blick in die Mitte der gegenwärtigen Zweifel am Rechtsstaat. Die normative Einbindung staatlichen Handelns ist perfektioniert, die Masse subjektiver Rechte durch extensive Grundrechtsauslegung vermehrt, ihre gerichtliche Durchsetzung in einem dreizügigen Instanzenzug gesichert. Am Ende dieser Entwicklung steht die Erkenntnis, daß materielles Recht und Gerichtsschutz versagen. Nun soll das Verwaltungsverfahren den bislang verfehlten effektiven Rechtsschutz gewährleisten.

Gleichzeitig muß man feststellen, daß die Verwaltung im Steuerrecht der Masse der Fälle kaum mehr Herr wird, daß die Dauer der Asylverfahren bis zum rechtskräftigen Urteil die Hauptsache für mehrere Jahre positiv vorwegentscheidet und dadurch die Zahl der Anträge hochtreibt, daß Flughafen- oder Kraftwerksprojekte nach mehrjährigen Verwaltungsverfahren in zehnjährigen Gerichtsverfahren stecken bleiben. Den rechtsstaatlichen Mechanismen scheint vor allem die Funktion zuzukommen, die Entscheidungsfindung zu verzögern; an eine gesteigerte Rechtmäßigkeitsgewähr mag man angesichts des endlichen Abschlusses eines Verfahrens durch Vergleiche und Abfindungszahlungen nicht guten Gewissens glauben. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens und Einräumung von Verfahrensrechten verlängert die Verfahrensdauer, gibt illegitimen Einflüssen Raum und macht die Sachentscheidung wegen der verfahrensrechtlichen „Stolperdrähte“ noch fehleranfälliger. Der Staat als organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit scheint sich in seinen rechtsstaatlichen Bindungen bis zur Entscheidungsunfähigkeit und Wirkungslosigkeit zu verstricken: er ist nicht mehr effizient.

Dieser düsteren Ansicht läßt sich ein freundlicheres Bild der Lage gegenüberstellen. Die Großverfahren, die sich in den Vordergrund schieben, sind ja nicht der Alltag der Verwaltung, sondern die seltene Ausnahme. Daß Großvorhaben mit gewaltigen Auswirkungen nicht in wenigen Wochen ausführungsfähig entschieden sind, ist selbstverständlich. Sobald ein Unfall geschieht wie in Harrisburg, ist nicht mehr von Investitionsstau, sondern von ungenügenden Sicherheitsvorkehrungen und nachlässigem Genehmigungsverfahren die Rede. Ein gründliches Verwaltungsverfahren wäre effizienter gewesen, manchmal sogar der bloße Zeitablauf, der frühere Prognosen als irrig erweist. Die Großvorhaben sprengen auch insofern den Rahmen einer dogmatischen Erfassung des Verwal-

tungsverfahrens, als in ihnen der grundlegende Streit um die Fortentwicklung der Industriegesellschaft ausgetragen wird; viele Seiten benutzen ihre Verfahrensmöglichkeiten und -rechte strategisch, um die vorgefaßte Entscheidung durchzusetzen¹. Ein so tiefgreifender gesellschaftlicher Dissens kann nicht durch schnelle Verwaltungsentscheidungen überspielt, freilich in den Extremfällen auch nicht durch eine noch so gesprächsbereite, partizipationsoffene Verwaltung überbrückt werden. Trotzdem scheint eine gewisse Ausführlichkeit im Verfahren dieser Situation angemessen zu sein.

Schon typischer für die Lage der Verwaltung sind die Massenprobleme im Steuerrecht. Nun ist die Steuerverwaltung keineswegs ineffizient in dem Sinne, daß die Steuererhebung sich übermäßig verzögert oder unterbleibt; als problematisch werden vielmehr die nicht gesetzlich vorgesehenen Pauschalierungen und Typisierungen angesehen, zu denen die Finanzverwaltung greift und die sich teils zulasten, öfters aber zugunsten des Bürgers auswirken². Es läßt sich kein klarer Gegensatz von Effizienz und Rechtsschutz erkennen: die großzügige Sachverhaltsermittlung erlaubt es der Verwaltung, mit der Gesamtmenge der Fälle fertig zu werden, und ist regelmäßig auch für den Bürger vorteilhaft. Genauere Aufklärung würde vielleicht mehr Kosten verursachen als Einnahmen erbringen. Auf der Strecke bleibt bei dieser Praxis also weder Effizienz noch eigentlich Rechtsschutz, sondern die strenge Gesetzmäßigkeit.

Im Verwaltungsalltag des Baurechts, der Wirtschafts- oder der Sozialverwaltung erscheint das Verhältnis von Effizienz und Rechtsschutz weniger dramatisch, aber nicht weniger rätselhaft. Formale Verfahrensregeln sichern die Verwaltung ab und helfen ihr bei der Strukturierung des Sachverhaltes; die Beteiligung Betroffener verringert das Rechtsmittelrisiko, kann auch im Wege von Mitwirkungslasten oder Präklusionen die Behörde entlasten.

Der Bürger sieht das Verwaltungsverfahren nur als Weg der Verwirklichung seiner Rechte und drängt auf unbürokratische Entscheidung, während der Verwaltung die Individualrechte je nachdem als lästige Hindernisse oder auch nützliche Mittel

¹ Der Streit um die Sache wird also auf der falschen Ebene des Verfahrens ausgetragen. S. dazu R. Schnur, VVDStRL 33 (1975), 296 sowie Lemhöfer, 52. DJT, Bd. 2, S. K 70 ff. Dieselbe Beobachtung für die USA bei P. Verkuil, 78 Columbia Law Review 258 (298) (1978).

² Dazu J. Isensee, Typisierende Verwaltung, 1976, passim; J. Martens, Verwaltungsvorschriften zur Beschränkung der Sachverhaltsermittlung, 1980, S. 17.

bei der Wahrnehmung ihrer übergreifenden Handlungsaufträge erscheinen³. Geht es um Wirtschaftsförderung durch Unternehmensansiedlung, stehen die Anliegerrechte der effizienten Zielverwirklichung im Wege; ist Luftsanierung das politische Ziel, sind sie ein geeignetes Vehikel der Verwaltung im Untersuchungsverfahren. Dem Sachbearbeiter beim Sozialamt begegnen Einzelrecht und Verwaltungsauftrag in noch engerer Verschränkung: er soll den Sozialetat nicht verschleudern, aber sein Ziel muß es doch sein, die wirklich Bedürftigen zu erreichen und den Antragsteller auf eine ihm nicht bekannte, aber benötigte Leistung hinzuweisen⁴.

Wie lassen sich diese Konstellationen in dem Koordinatenfeld begreifen, das durch Effizienz und Rechtsschutz markiert ist?

2. Verwaltungseffizienz im Rechtsstaat

Effizienz als Modus der Zweckverfolgung ist ein Relationsbegriff, bezogen auf einen Zweck-Mittel-Zusammenhang⁵. Effizienzuntersuchungen der öffentlichen Verwaltung gelten meist unternehmerischen Einheiten mit begrenztem Auftrag, z. B. der Müllabfuhr⁶. Kann man aber sinnvoll nach Verwaltungseffizienz fragen angesichts der fast unendlichen Zweckvielfalt der Verwaltung, und läßt sich zudem im Rechtsstaat der Auftrag, Rechte zu schützen, als Gegensatz zu diesen Verwaltungszwecken verstehen?

Der soziale Rechtsstaat ist nicht effizienz- und zweckblind. Sein Charakteristikum ist aber die Zweckverfolgung in den Formen des Rechts⁷. Soweit Zwecke in objektives Recht und subjektive Rechte umgeformt sind, ist ein Rückgriff auf Zwecke gegen die Norm nicht möglich. Auch die teleologische Aus-

³ v. Heyl/Prätorius, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Bürgernahe Verwaltung?*, 1980, S. 260 f.

⁴ H.-W. Laubinger, in: *Demokratie und Verwaltung*, 1972, S. 439 (441).

⁵ P. Eichhorn/H. Siedentopf, *Effizienzeffekte der Verwaltungsreform*, 1976, S. 21 ff. Grundsätzliche Kritik an der Zweck-Mittel-Trennung bei N. Luhmann, z. B. schon *VerwArch.* 51 (1960), 97 (100, 113).

⁶ Verwaltungswissenschaftliche Analyse bei K. Reding, *Die Effektivität staatlicher Aktivitäten*, 1981 (mit krit. Bemerkungen insb. S. 18, 28, 32).

⁷ Vgl. die vielzitierte Bestimmung von F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts*, 3.A. 1856, Bd. II, S. 137. Tiefergehende Kritik an technokratischen Effizienzmodellen bei W. Hennis, *Festschrift für D. Sternberger*, 1977, S. 170.

legung erlaubt ihn nur, soweit ein normativer Anhaltspunkt besteht⁸.

In der Entgegensetzung des Themas sind demnach nicht Recht und außerrechtliche Zwecke, sondern verschiedene Rechtzwecke benannt. Die Vorstellung einer gleichsam natürlichen, rechtsexternen und monolithischen Verwaltungseffizienz verstellt den Blick auf die Zweckvielfalt und die Verschränkung von Verwaltungsdynamik, rechtlich gewährten Handlungsspielräumen und strikten Rechtsvorgaben⁹. Gerade die komplexen Rechtsverhältnisse haben bewußt gemacht, daß das Zweckbündel „Verwaltungseffizienz“ sich letztlich wieder auf Bürger und ihre Interessen bezieht¹⁰. Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz lassen sich also nicht als antinomische Begriffe verstehen, sondern enthalten in der thematischen Gegenüberstellung die Aufforderung, dem Ineinander und Gegeneinander der Verwaltungsziele und dem Verhältnis von Sachrecht und Verfahrensrecht in diesem Spannungsfeld nachzugehen. Mit Verwaltungseffizienz ist demnach auch nicht nur der Modus der Zielverwirklichung, sondern sind die Zielkonflikte selbst angesprochen.

3. Die Ebene der Verwaltung

Das diffuse Bild der Effizienz im Verwaltungsverfahren gewinnt Konturen, wenn die Ebene des Gesetzgebers und die Ebene der Verwaltung klar unterschieden werden.

⁸ So auch P. Häberle, AöR 98 (1973), 625 (629, aber auch 633). Es bedarf im Einzelfall sehr genauer Untersuchung, wie weit eine Einschränkung subjektiver Rechte durch in der Verfassung vage angedeutete Zweckvorstellungen zulässig ist; vgl. etwa R. Eckertz, Die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, 1981, S. 32 ff. sowie die Kontroverse zwischen G. Grünwald, JZ 1976, 767 ff. und W. Zeidler, 53. DJT, Bd. II (1980) S. 123. S. a. N. Luhmann, VerwArch 56 (1965), 301 (308): „Das Postulat des Rechtsstaats ist letztlich nichts anderes als eine Kritik des Schlusses vom Zweck auf das Mittel.“

⁹ Zutreffend W. Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip? 1971, S. 45. Die Effizienz ist überpointiert und zu sehr außerrechtlich verstanden bei H. Krüger, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 88 (91, 94). Die Spannung zwischen Effizienz und Individualschutz ist andererseits beseitigt bei F. O. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, S. 200 ff.

¹⁰ Vgl. A. Rinken, in: Hoffmann-Riem (o. FN. 3), S. 41; Ph. Nonet, in: E. Blankenburg (Hrsg.), Innovations in the Legal Services, (1980), S. 183 (190); R. Steinberg, DÖV 1982, 621 f.

Die Verwaltung sieht sich der Wahl zwischen Effizienz und Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren nur konfrontiert, wo sie über Spielräume verfügt. Soweit der Gesetzgeber klare Verfahrensrechte gewährt oder z. B. die Amtshilfe durch Datenschutzrechte einschränkt, bilden diese Individualschutzaspekte einen festen Teil des Gesamtauftrages und entheben die Verwaltung einer Abwägung.

Typisch ist für sie aber eine gewisse Freiheit im Verfahren. Das materielle Recht mag mehr oder weniger klare Vorgaben enthalten. Wie und mit welchem Aufwand das Recht in Wirklichkeit umzusetzen ist, läßt sich daraus nicht exakt ableiten. Die Formulierung materieller Normen und Rechte definiert nicht hinreichend den Verwirklichungsaufwand¹¹. Aber auch die Verfahrensgesetze, die inzwischen wichtige Teile des Verwaltungshandelns binden, lassen der Verwaltung großen Spielraum, welchen Aufwand sie dem Individualrechtsschutz widmet. Es liegt bei ihr, wie schnell sie einen Antrag aufgreift, in welchem Zeitpunkt und wie genau sie Antragsteller und Betroffene aufklärt und berät, oder wann sie sich mit der Sachverhaltsaufklärung zufrieden gibt¹². Hier findet sie ein breites Feld, auf dem sie befähigt und gezwungen ist, selbst die Gewichte zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtsschutz im Einzelfall einerseits, Sparsamkeit und vernünftiger Erfüllung des Gesamtauftrages andererseits zu verteilen. Daß sie allemal geneigt sein wird, mehr den Gesamtauftrag oder einzelne politische Ziele als den Individualschutz zu favorisieren, ist evident.

Aber nicht nur im einzelnen Verfahren kann die Verwaltung Akzente setzen, sondern schon zeitlich vorgelagert bei der Entscheidung darüber, wie sie ein Problem definiert und welche Bearbeitungswege sie einschlägt. Schließt die Universität einen langfristigen Bücherbezugsvertrag mit einer Buchhandlung, dann kommen mögliche Rechte der Konkurrenz nur bei diesem einmaligen Abschluß ins Spiel. Will die Gemeinde eine Fußgängerzone einrichten, sind je nachdem, ob sie den Weg des Bebauungsplanes, der straßenrechtlichen Teileinziehung oder der bloßen straßenverkehrsrechtlichen Regelung wählt, ganz unterschiedliche Verfahrensvorschriften und Verfahrensrechte zu beachten. Übrigens ein Hinweis darauf, wie schwierig es sein wird, den Gedanken des Rechtsschutzes im

¹¹ Die darin für den Gesetzgeber liegende Entlastung ist nicht gering einzuschätzen.

¹² Treffend N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 3. Aufl. 1978, S. 213 f.

Verwaltungsverfahren in den einzelnen Materien konsistent zu verwirklichen¹³.

4. Die Ebene des Gesetzgebers

Die wichtigsten Entscheidungen über die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens fallen auf der Ebene des Gesetzgebers, der, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, politische Ziele in Recht umsetzt. Aus seiner Handlungsperspektive sind globale Ziele wie Luftreinhaltung, Kriminalitätsbekämpfung oder Förderung des Mittelstandes das Primäre. Einräumung und Schutz subjektiver Rechte lassen sich durchaus zur Erreichung des Globalzieles einsetzen, doch werden häufiger erhebliche Abstriche an einer extensiven Gewährung und verfahrensmäßigen Sicherung von Rechten vorgenommen¹⁴.

Der Bereich der Koinzidenz gerade im Verfahrensrecht ist freilich nicht zu unterschätzen. Eine übersichtliche und nicht zu zeitaufwendige Gestaltung des Verwaltungsverfahrens dient meist gleichermaßen der Gesamtzielverwirklichung wie den Interessen betroffener Bürger¹⁵. Sie ist allerdings nicht leicht zu bewerkstelligen; man muß umgekehrt formulieren: ineffiziente Verfahrensgestaltungen gefährden sowohl die Zielverwirklichung wie den Individualschutz.

Wir stoßen hier auf eine doppelte Komplizierung, aber auch Relativierung des Effizienzproblems für den Verfahrensgesetzgeber. Die erste ist empirischer Art. Es ist ein Hauptproblem der Gesetzgebung, daß sie auf hochkomplexe Situationen trifft und sich der beabsichtigten Wirkung nicht sicher sein kann. Manches spricht dafür, daß dies für Verfahrensregelungen in gesteigertem Maße gilt, weil sie den schwer greifbaren Verwirklichungs- und Zeitaspekt betreffen¹⁶; es sei an die anhaltende Debatte um Vor- und Nachteile vertikaler und

¹³ S. auch das Beispiel bei W. Blümel, in: ders. (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, S. 23.

¹⁴ Material und Analyse bei W. Berg, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, z. B. S. 31 ff., 296 ff.; J. Schwarze, DÖV 1980, 581 (588). Die Skepsis gegenüber dem Einbau des Topos „Praktikabilität“ in die juristische Dogmatik bei R. Wahl, DV 1980, 281 f., dürfte sich nicht so sehr auf das Verhältnis von Gesetzgeber zu Verfassung beziehen.

¹⁵ O. Bachof, VVDStRL 17 (1959), S. 225 f.; G. Langrod, DVBl. 1961, 305 (309).

¹⁶ E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 41; P. Verkuil, 78 ColLRv 258 (293) (1978).

horizontaler Entscheidungskonzentration¹⁷ oder an die Maßnahmen zur Prozeßbeschleunigung erinnert. Der Gesetzgeber, der sich Rechtsschutz im Verfahren zum Ziel gesetzt hat, steht vor erheblichen Zielerreichungsproblemen. Das sollte man auch für die Erörterung verfassungsrechtlicher Ableitungen im Auge behalten.

Die zweite Relativierung liegt im Normativen. Der Gesetzgeber verfolgt regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlicher, oft konfligierender Ziele. Schon das eine Ziel des Rechtsschutzes birgt verschiedene Teilziele. Der Gerichtsschutz beispielsweise muß rechtzeitig, aber auch gründlich erfolgen, und die Parteien sollen das Urteil akzeptieren. Effizienz im Hinblick auf das eine ist oft Vereitelung des anderen Zieles¹⁸.

Das Akteneinsichtsrecht kann das Zusammentreffen der normativen und empirischen Schwierigkeiten veranschaulichen. Der Gesetzgeber mag das Einsichtsrecht erweitern, sogar über die Betroffenen und ihren Schutz hinaus, um das demokratische Element öffentlicher Verwaltungskontrolle zu befördern, was sich in Schweden seit 200 Jahren bewährt hat¹⁹. Neuerdings stößt er dabei an zahlreichen Punkten auf Datenschutzforderungen, die nach Geheimhaltung der Behördeninformation auch vor Dritten verlangen²⁰. Er gerät also in einen Konflikt zwischen zwei bürgerschützende Ziele. Die Vereinigten Staaten machen mit ihrem recht weitgehenden Einsichtsrecht außerdem die Erfahrung, daß entgegen den Erwartungen nicht so sehr Presse und Öffentlichkeit das Akteneinsichtsrecht wahrnehmen, sondern mehr noch Wirtschaftsunternehmen, die an Geschäftsdaten der Konkurrenz interessiert sind. Es zeichnet sich schon die Folge ab, daß wichtige Daten nicht mehr zur Kenntnis der Behörde gelangen, weil sie dann

¹⁷ S. H. Jarass, DÖV 1978, 21; R. Breuer, NJW 1978, 1558 (1565); D. Scheuing, VVDStRL 40 (1982), S. 179.

¹⁸ P. Lerche, ZZP 78 (1965), 1 (18); W. Leisner (o. FN. 9, S. 19), spricht von der Effizienz einer gewissen Ineffizienz; P. Häberle, AöR 98 (1973), 625 (630) bezeichnet Effizienz als „in hohem Maße ambivalent“.

¹⁹ D. Rowat, International Review of Administrative Sciences 1982, 59, 62.

²⁰ Die J. Scherer, Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978, S. 47, 49, m. E. zu gering einschätzt (s. aber auch S. 67); vgl. S. Simitis, in: Festschrift für H. Coing, Bd. 2 (1982), S. 495 (516 ff.) und z. B. Ch. Kopf, in: 52. DJT, Bd. II, S. K 87. Zum Stichwort Amtsverschwiegenheit s. E. Melichar, VVDStRL 17 (1959), S. 200.

der Konkurrenz zugänglich sind²¹. Das Akteneinsichtsrecht beeinträchtigt hier die Informiertheit und damit die Arbeitsfähigkeit und Qualität der Verwaltung.

Der Gesetzgeber muß nicht nur diesen Knoten unterschiedlicher Ziele und ihrer Verwirklichungsprobleme entwirren, sondern sein Vorgehen zugleich an der größeren Perspektive der Notwendigkeit und Problematik einer Verfahrensaufwertung orientieren.

II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens

Rechte sind gewährt, damit sie Wirklichkeit werden können. Das Grundgesetz thematisiert den Verwirklichungsaspekt nicht ausdrücklich, setzt ihn aber für die Grundrechte in Art. 1 III und in den Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen voraus. Den Siegeszug des Verfahrensgedankens, dessen Stationen durch die Stichworte *status activus processualis*, Partizipation, *Verwaltungsverfahrensgesetz* und *Mühlheim-Kärlich* markiert sind, nimmt von dieser Verfassungsgarantie der Rechtsverwirklichung seinen Ausgang²². Die Forderung nach Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren findet eine dreifache Begründung:

1. Gründe

An erster Stelle dürfte der Verlust des Vertrauens in die Zulänglichkeit des Gerichtsschutzes stehen. Dessen beispielloser Ausbau hat die Schattenseiten immer deutlicher hervortreten lassen: Prozeßdauer, vollendete Tatsachen und Ungenügen des punktuell angelegten, retrospektiven richterlichen Problemzugriffs in komplexen Verteilungssituationen sind die

²¹ D. Rowat (o. FN. 19), 65 f.; *Federal Aviation Administration v. Robertson*, 422 US 255 (266 f.) (1975). Aufschlußreich auch der Fall *Brockway*, Department of the Air Force, 518 F 2nd 1184 (1975), bei dem es um zwei Verfahren der Air Force zur Untersuchung von Flugzeugunfällen ging: das eine zur Vorbereitung von Schadensersatz- und Disziplinarverfahren, dessen Akten eingesehen werden können; ein zweites zur Aufklärung der Unfallursache zu präventiven Zwecken – hier sind die Unterlagen im wesentlichen geheim, damit nicht Rücksichten auf Schadensersatzprozesse zu Verfälschungen führen.

²² Zusammenfassende Nachweise bei K. Hesse, *EuGrZ* 1978, 427; K. Redeker, *NJW* 1980, 1593; H.-W. Laubinger, *Verw Arch* 73 (1982), 60, 62 ff.

wichtigsten Kritikpunkte²³. Außerdem: Gerichtsschutz erhält nur der Kläger. Ist es nicht angemessen, die Rechte aller Betroffenen zu schützen und deshalb schon im Verwaltungsverfahren anzusetzen²⁴?

Ein zweiter Grund liegt im Verlust des Vertrauens in die Steuerungsfähigkeit der materiellen Norm. Wo unbestimmte Begriffe wie „verunstaltend“, „volkswirtschaftlich wertvoll“ oder Abwägungsformeln von der „Berücksichtigung aller öffentlichen und privaten Belange“ die Verwaltungsentscheidung steuern, da ist für den Bürger ein gehöriges Verfahren mit der Möglichkeit, schon dort Sachverhaltshinweise und Interessenaspekte zur Geltung zu bringen, von hervorragender Bedeutung²⁵. Das Verständnis von Verwaltungsentscheidungen als Informationsverarbeitungsprozessen bestärkt diese Sichtweise: wer an der Informationssammlung und -verarbeitung teilnimmt, nimmt dadurch an der Sachentscheidung teil²⁶. Materielles Recht und Verfahrensrecht bilden einen untrennbaren Verbund, wobei das materielle Recht nur eine unter mehreren Entscheidungsprämissen darstellt²⁷. Die Verfahrensabhängigkeit der Entscheidung läßt die bloß materiell-

²³ P. Lerche, ZZP 78 (1965), 1 (27); P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (88); W. Schmitt Glaeser, VVDStRL 31 (1973), S. 203 ff.; R. Scholz und E. Schmidt-Aßmann, VVDStRL 34 (1976), passim; J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, 1974, S. 32 ff., 44; zuletzt W. Brohm, DÖV 1982, 1.

²⁴ E. Melichar (o. FN. 20), S. 183 (185 f.); H. Sendler, AöR 94 (1969), 130 (134).

²⁵ P. Häberle (o. FN. 23), S. 88; W. Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 279; R. Scholz (o. FN. 23), S. 173 (mit Folgerungen für die gerichtliche Verfahrenskontrolle); s. a. F. Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 (466); W.-R. Schenke, BaWüVBl. 1982, 313 (314 f.). F. Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1971, S. 21 f. hat am Beispiel der USA das umgekehrt reziproke Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht aufgewiesen. Freilich ist dort heute eine Gegenbewegung hin zum materiellen Recht deutlich, s. Dickson v. Love, 97 S.Ct. 1723 (1977); P. Verkuil, 43 UChiLRev 739 (754 f.) (1975/76) sowie R. Dolzer, DÖV 1982, 578.

²⁶ W. Schmidt, VVDStRL 33 (1975), S. 180 (200 f.) folgt diesem Ansatz, hält aber rechtlich an der Trennung von Entscheidungsvorbereitung und Entscheidung fest; kritisch dazu P. Badura, ebd. S. 296.

²⁷ W. Brohm (o. FN. 25) S. 261, 279; R. Wahl, DV 1980, 275 ff.; R. Steinberg, DÖV 1982, 619, 620. Deshalb ist die Bettermann'sche Gleichung – K. A. Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S. 168 – in ihrem ersten Teil (je mehr und je bessere Verwaltungsgerichtsbarkeit, desto weniger Justizförmigkeit der Verwaltung) nicht unangreifbar.

rechtliche Sicht staatlicher Tätigkeit umso unbefriedigender erscheinen, je mehr im Verwaltungsstaat der beherrschte Lebensraum schrumpft und staatlichen Planungen und Zuteilungen Platz macht²⁸.

In die gleiche Richtung weist drittens eine Auffassung, die Grundrechte nicht als fixierte Positionen, sondern prozedural versteht, derart, daß sie überhaupt erst in staatlichen Verfahren zur Entfaltung zu bringen sind²⁹. Verbindungslinien führen zu einem an angelsächsische due process-Traditionen anknüpfenden Verständnis, das dem Verfahren nicht nur eine dienende Rolle, sondern Eigenwert zumißt, weil in ihm die Subjektstellung des Bürgers Ausdruck findet.

2. Probleme

Dies alles sind gute Gründe für eine Betrauung des Verwaltungsverfahrens mit Rechtsschutzaufgaben. Sie geben aber keinen Maßstab dafür, wie weit die Umpolung vom Gericht hin zur Verwaltung und vom materiellen Recht hin zum Verfahrensrecht zu gehen hat. Das öffentliche Recht war bisher vom materiellen Recht und vom Gerichtsschutz geprägt³⁰. Ehe diese prägenden Elemente mit latent verfassungsrechtlichen Argumenten tiefgreifend verändert werden, ist es unabweislich, sich die vermutlichen, ebenfalls verfassungsrechtlich bedeutsamen Auswirkungen einer solchen Umpolung zu vergegenwärtigen.

a) Abwertung des materiellen Rechts

Die Hinwendung zu einem verfahrensmäßigen Rechtsverständnis zerstört die oft trügerische Vorstellung fest umrissener materieller Rechte, gefährdet damit aber auch, was an substantiellem Gehalt da ist. Der Gesetzgeber fühlt sich weniger gedrängt, abgegrenzte materielle Positionen zu formulieren, sondern flüchtet ungehemmter in Generalklauseln, Abwägungsformeln und verfahrensrechtliche Zuordnungen. Er kann damit den politischen Entscheidungen ausweichen und

²⁸ K. Hesse, EuGRZ 1978, 427 (437 f.).

²⁹ H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, z. B. S. 21; s. a. BVerfGE 49, 220 (235) (Sondervotum Böhmer).

³⁰ S. nur F. Scharpf (o. FN. 25), S. 38.

sie dem Verwaltungsverfahren zuschieben³¹. Sicherlich geschieht das heute schon, ist im Planungsrecht sogar unvermeidlich und hat zur Forderung nach Verfahrensaufwertung geführt; doch muß man den in Gang gesetzten Verstärkungseffekt in Rechnung stellen.

b) *Rollenveränderung (Mitwirkungslast, Präklusion)*

Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens und der Beteiligungsrechte bewirkt eine Rollenveränderung. Die Alleinverantwortung der Verwaltung für ihre Entscheidung erfährt durch die Beteiligungsrechte jedenfalls faktisch eine Abschwächung. Wenn aus entscheidungstheoretischer Sicht die Verfahrensbeteiligten die Informationssammlung und -verarbeitung mitleisten oder, in anderer Sprache, den rechtlich relevanten Sachverhalt mitkonstituieren, dann entscheiden sie ja in gewissem Sinne mit³². Die Zuerkennung von Verfahrensrechten bindet die Betroffenen ein und drängt sie in eine aktivere Rolle, was wiederum auf das Verhalten der Verwaltung zurückwirkt. Es ist bemerkt worden, daß die Verwaltung in größeren Verfahren gelegentlich eher als passiver Schiedsrichter zwischen den streitenden Beteiligten auftritt³³. Die Gefahr der Vernachlässigung nicht im Verfahren vertretener Interessen ist unübersehbar³⁴.

³¹ Vgl. die Andeutungen in *BVerfGE* 33, 303, 341; 41, 251 (265); 44, 10 (116); 53, 30 (75). R. Novak, *VVDStRL* 40 (1982), S. 62 (These 7); E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16), S. 54 („nachbessernde Gesetzgebung“). Kritisch zur Tragfähigkeit genereller Normen beispielsweise W. Hoffmann-Riem, *VVDStRL* 40 (1982), S. 202. – Die Verfahrensbetontheit des US-amerikanischen Verwaltungsrechts muß nicht nur vor dem ganz anderen institutionellen Hintergrund (insb. dem wenig ausgebauten Gerichtsschutz) gesehen werden, sondern hängt auch mit der am Einzelfall orientierten Case-Law-Tradition zusammen. – Die Verfahrensaufwertung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht vielleicht in innerem Zusammenhang mit seiner Neigung, die Strenge der Norm durch Billigkeitsklauseln und Einzelfallausnahmen abzumildern, s. z. B. *BVerfGE* 55, 134.

³² S. o. FN. 25 u. 26 sowie K. Vogel, *VVDStRL* 33 (1975), S. 305.

³³ K. H. Schröder, 52. DJT Bd. 2, S. K 181; G. Kisker, *VVDStRL* 40 (1982), S. 280 f. und P. Badura, ebenda, S. 292 f. Für die USA vgl. P. Verkuil (o. FN. 1), S. 264, mit dem Hinweis auf den Zusammenhang von Untersuchungsmaxime und Allgemeininteresse (S. 282).

³⁴ R. Walter, *VVDStRL* 31 (1973), S. 147, 165; W. Schmidt (o. FN. 26), S. 201, und die Diskussionsbemerkungen von W. Martens, ebd., S. 288, und R. Schnur, ebd., S. 296; R. Mayntz, in: H. von Oertzen (Hrsg.), „Demokratisierung“ und Funktionsfähigkeit der Verwaltung, 1974, S. 60; F. O. Kopp, *BayVBl* 1980, 97 (102); Bethge, *NJW* 1982, 1 (7); W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 208.

An diesem Punkt werden die engen Grenzen sichtbar, die das öffentliche Recht, und zwar die rechtsstaatliche wie die sozialstaatliche Komponente, einer rechtlichen Anerkennung der Rollenveränderung zieht. Der Gesetzesbindung der Verwaltung und ihrem Handlungsauftrag entspricht bei der Aufklärung des Sachverhalts die Untersuchungsmaxime, die in der Sozialverwaltung durch weitgehende Aufklärungs- und Beratungspflichten ergänzt wird³⁵. Die Aufwertung des Verfahrens und der Beteiligtenrechte beruht zwar auf der Einsicht in die unzulängliche Steuerung durch das Sachrecht, bewirkt aber keinen Übergang der Verantwortung auf die Beteiligten³⁶.

Der Gesetzgeber kann freilich Mitwirkungslasten anordnen, wo es um Sachverhaltselemente geht, die in der Person oder Sphäre des Betreffenden liegen³⁷. Das Steuerrecht bietet reiches Material hierfür³⁸. Es ist aber nicht unproblematisch und bedarf genauer Begrenzung, wenn das Bundesverwaltungsgericht ohne eine solche gesetzliche Anordnung bei der Bauleitplanung als abwägungserheblichen Belang nur ansieht, was sich der Behörde „aufdrängen“ mußte, und für weitergehende Belange Hinweise der jeweils Betroffenen verlangt³⁹. Gerade bei Planungen und Großvorhaben stünde die Einwirkungsmöglichkeit des Einzelnen oft in keinem Verhältnis zu einer ausgedehnten Mitwirkungslast.

In der materiellen Präklusion, die die im Verwaltungsverfahren nicht vorgebrachten Einwendungen sogar von der gerichtlichen Geltendmachung ausschließt, ist die Kehrseite der Verfahrensaufwertung manifest⁴⁰. Der Gesetzgeber benutzt die Beteiligungsrechte zur Stützung vollständiger Sachverhaltsaufklärung, zur Unterbindung von Verzögerungstaktiken und

³⁵ §§ 13–15 SGB-AT, § 8 BSHG und abgeschwächt § 25 BVwVfG; *Laubinger* (o. FN. 4), S. 439.

³⁶ Insbesondere bei Großverfahren sind die meisten Betroffenen überfordert. S. auch *R. Mayntz* (o. FN. 34), S. 58; *J. Delbrück*, *VVDStRL* 31 (1973), S. 284 f.; *Bickel*, 52. DJT Bd. 2, S. K 98.

³⁷ Genauer dazu *W. Berg*, *BV* 1976, 161 und *Ch. Pestalozza*, in: *W. Schmitt Glaeser* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren*, 1977, S. 188 ff. Zur Frage der Statuierung von Mitwirkungspflichten durch Verwaltungsvorschriften s. *J. Martens* (o. FN. 2), S. 41.

³⁸ S. § 90 AO 1977; *J. Martens* (o. FN. 2), S. 68 ff., 98, plädiert für weitergehende Mitwirkungspflichten anstelle von Beweislastentscheidungen.

³⁹ *BVerwGE* 59, 87 (104).

⁴⁰ So auch *R. Wahl*, in: *Blümel* (Hrsg.) (o. FN. 13), S. 139 ff. Die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Präklusion hat das *BVerfG* bejaht (*NJW* 1982, 2173). Gegenpositionen bei *R. Wolfrum*, *DÖV* 1979, 497; *H.-J. Papier*, *NJW* 1980, 313; *S. de Witt*, *DVB1* 1981, 1006.

zur Herbeiführung von Bestandskraftwirkung auch gegenüber Dritten, denen die Entscheidung nicht zugestellt wird. Diese Vorteile werden erkaufte um den Preis einer nicht geringen Beeinträchtigung gerichtlichen Rechtsschutzes. Der Betroffene kann nicht mehr wie bisher die Verwaltungsentscheidung abwarten, sondern muß seine Einwendungen schon im Verwaltungsverfahren substantiieren. Da den ausgelegten Unterlagen oft nicht das wahre Ausmaß möglicher Beeinträchtigungen zu entnehmen ist und gleichzeitig kein gesetzlicher Akteneinsichtsanspruch besteht⁴¹, dürfen gerade im Hinblick auf Art. 19 IV GG nur geringe Anforderungen an die Substantiierung gestellt werden⁴². Wenig substantiierte Einwendungen entwerten wiederum die Entlastungsfunktionen der Präklusion. Der Effizienzgewinn ist also gering; lediglich die Zustellungsproblematik wird wirklich gelöst, doch ließe sich das auch über eine Ausdehnung der öffentlichen Bekanntmachung erreichen. Der Verlust des Gerichtsschutzes kann beträchtlich sein. Man sollte, wie es auch den meisten Gesetzen entspricht, auf dieses Mittel verzichten⁴³.

c) Abwertung des Gerichtsschutzes

Die Gefahr der Abwertung des gerichtlichen Rechtsschutzes durch Verfahrensaufwertung reicht sehr viel weiter. Gerichte mögen sich unter Verweis auf den funktional äquivalenten⁴⁴ verfahrensrechtlichen Rechtsschutz von der inhaltlichen Kontrolle weiter zurückziehen, wie es das Sondervotum im Mühlheim-Kärlich-Beschluß angedeutet hat^{44a}. Der Betroffene verliert dann die umfassende Kontrolle durch unabhängige Richter, die wieder attraktiv erscheinen könnte im Vergleich mit seiner extensiven Beteiligung am Verwaltungsverfahren, dessen Ergebnis vielleicht schon vor Verfahrensbeginn

⁴¹ S. § 72 I BVwVfG, § 6 III AtVfV, § 10 IV 9. BImSchVO.

⁴² Dazu D. Sellner, BauR 1980, 391 (398); Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 221.

⁴³ Wohl positivere Einschätzung bei E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16) S. 51 f. Eine von seinem Standpunkt aus konsequente Verteidigung unternimmt K. Redeker, NJW 1980, 1597.

⁴⁴ Zum funktionalen Zusammenhang von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren s. C. H. Ule, DVBl 1957, 597; O. Bachof, DVBl 1958, 6; Bettermann (o. FN. 27), S. 164 ff.; J. Schwarze (o. FN. 23), S. 57; restriktiv-kritisch W. Schmitt Glaeser (o. FN. 23), S. 241; R. Scholz (o. FN. 23), S. 215 und E. Schmidt-Aßmann, ebd., S. 267; K. Stern, Staatsrecht I, 1977, S. 655 ff.

^{44a} BVerfGE 53, 30 (81 f.); s. auch D. Sellner, BauR 1980, 401 f.

feststeht⁴⁵. Die gelegentlich vorgeschlagene Arbeitsteilung in Form der Zuweisung technischer Fragen an die Verwaltung und der Beschränkung des Gerichts auf Rechtsfragen⁴⁶ greift zu kurz: im Berstschutz und in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen.

Andere Vorstellungen gehen dahin, durch Beteiligung von Richtern am Verwaltungsverfahren späteren Gerichtsschutz teilweise überflüssig zu machen⁴⁷; sie übersehen den wesentlichen situativen Unterschied zwischen einer Verwaltungs- und einer Gerichtsentscheidung; der Richter würde doch nur zu einem – besseren oder schlechteren – Verwaltungsbeamten, der nicht mehr in richterlicher Distanz dem Geschehen gegenübersteht, sondern in die Entscheidungsfindung verstrickt wird⁴⁸. Art. 13 II und 104 II GG sind kein Modell für Genehmigungen von Großvorhaben⁴⁹.

III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens

1. Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren

Der verfassungsrechtliche Akzent, den Art. 19 IV GG mit der Garantie richterlichen Rechtsschutzes setzt, erlaubt es, die spezifische Bedeutung des Verwaltungsverfahrens für die Rechtsverwirklichung und deren grundrechtliche Absicherung herauszuarbeiten.

Wo staatliche Verfahren den Grundrechtsgebrauch kanalisieren, steckt im Grundrecht zugleich die Garantie, daß das Recht durch Verfahren zur Verwirklichung gelangen kann. Dies ist der richtige Kern der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Nun läßt sich erstens aus der normativen Formulierung des materiellen Rechts nicht eindeutig die Verwirklichung deduzieren. Dieser Umstand ist ein we-

⁴⁵ Dazu beispielsweise *Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), 211 f., 214 f. Allgemein zur Unersetzbarkeit des unabhängigen Richters *Bettermann* (o. FN. 27), S. 169.

⁴⁶ Vorschläge in dieser Richtung beispielsweise bei *F. Werner*, DVBl 1957, 221, 226; *J. Schwarze* (o. FN. 23), S. 62; s. auch *K. Redeker*, DÖV 1971, 757 (760). Anderer Ansatz bei *W. Schmitt Glaeser*, Landkreis 1976, 442 ff.

⁴⁷ *Ch. Pestalozza*, Staat 1979, 481 (504 ff.); für das atomrechtliche Verfahren auch Andeutungen bei *F. Ossenbühl*, DVBl 1978, 1 (9) und (zurückhaltender) *K. Hansmann*, 52. DJT, Bd. II, 1978, S. K 54.

⁴⁸ *E. Schmidt-Aßmann* (o. FN. 23), S. 236; *P. Lerche*, BayVB 1980, 257 (261).

⁴⁹ Anderer Akzent bei *Bettermann* (o. FN. 27), S. 173 ff.

sentlicher Grund für die Forderung nach Aufwertung des Verfahrens und nach Einbeziehung des Betroffenen in den Verwirklichungsprozeß. Denn der Verwaltung begegnen Individualrechte oft nicht als isolierte und fixierte Positionen, die nur ein einziges rechtliches Urteil erlauben, sondern gleichen manchmal eher Steinen im Spiel, die auf unterschiedliche Weise einander zugeordnet und zur Geltung gebracht werden können⁵⁰. Gleichzeitig verfügt aber der Gesetzgeber mangels strikter Abhängigkeit der Verwirklichungsschritte von dem materiell formulierten Recht von vornherein bei der Gestaltung des Verfahrens über Spielräume⁵¹. Die Verfahrensabhängigkeit des materiellen Rechts wirkt also dialektisch; erst das Verfahren konkretisiert und verwirklicht das materielle Recht, das aber wegen seiner defizienten Struktur keinen strikten Maßstab dafür abgibt, wie das Verfahren auszusehen hat.

Zweitens erlaubt es die Gewährleistung des Art. 19 IV GG dem Gesetzgeber, den besonderen Handlungsauftrag der Verwaltung zur Geltung zu bringen. Er darf das Verwaltungsverfahren nicht wie das Gerichtsverfahren nur als Streit- und Erkenntnisverfahren gestalten⁵², sondern hat dem Handlungsaspekt Rechnung zu tragen⁵³. Er muß zwar gewährleisten, daß die Verwaltungsentscheidung in jedem Einzelfall rechtmäßig sein kann, er darf und muß aber zugleich dafür sorgen, daß die Verwaltung der Summe aller Einzelfälle gerecht wird und daß sie insbesondere ihren Handlungsauftrag, der weit über die Sicherung und Verwirklichung von subjektiven Rechten hinausgeht, zweckmäßig erfüllen kann. In den meist mit dem Effizienzbegriff assoziierten Forderungen nach schnellem und sparsamem Handeln steckt die Rücksicht auf die knappen, im Sozialstaat besonders wertvollen Ressourcen Zeit und Geld,

⁵⁰ Ch. Degenhart, DVBl 1982, 872 (875 f.), hat diesen Aspekt stärker entfaltet. Hierher gehört auch die Unterscheidung zwischen Grundrechten und Grundrechtsinteressen bei P. Häberle (o. FN. 23), S. 122.

⁵¹ Einer verwandten Erscheinung im Rahmen des Art. 19 IV GG geht D. Lorenz, AöR 105 (1980), 630 (646), nach. S. auch H. H. Lohmann, AöR 100 (1975), 415 (433), zur besonderen Bedeutung des Praktikabilitätsaspektes gegenüber dem Verfahrensrecht.

⁵² Es gibt freilich Tendenzen, das Gerichtsverfahren mit genuinen Verwaltungsaufgaben zu betrauen, s. Brohm, DÖV 1982, 1 (7 f.); für die USA z. B. O. M. Fiss, 93 HarvLRev 1 (1979). Kritik bei P. Lerche, BayVBl 1980, 260; auch K. Redeker DÖV 1971, 758.

⁵³ N. Luhmann (o. FN. 12), S. 216. R. Scholz (o. FN. 23), S. 154 f., stellt Verwaltungszweck und Rechtszweck gegenüber; das ist terminologisch mißverständlich, da die übrigen Verwaltungszwecke nicht rechtsextern sind; kritisch auch P. Häberle, in: Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 81.

die gerecht auf alle Verwaltungsaufgaben, und das heißt eben auch: auf die anderen Rechtsträger zu verteilen sind. Der Garantie des Art. 19 IV GG liegt eine Arbeitsteilung zwischen Verwaltung und Gericht zugrunde⁵⁴, die eine Formulierung wie in § 10 VwVfG erlaubt: das Verwaltungsverfahren ist einfach und zweckmäßig durchzuführen. Zweckmäßig bedeutet: im Sinne der möglichen Verwirklichung aller jeweils bestehenden Handlungsziele.

Das ist keine Absage an die Einwirkung von Grundrechten in das Verwaltungsverfahren⁵⁵. Die grundrechtlichen Anforderungen zielen aber nicht auf die Maximierung gerichtsgleichen Individualrechtsschutzes, sondern lassen im Lichte dieser Arbeitsteilung und des Gesamtauftrages der Verwaltung dem Gesetzgeber Spielraum, wie er die Rechtsverwirklichung im Verwaltungsverfahren gestaltet⁵⁶.

Wenn man überhaupt von einer Pflicht zu optimalem Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren sprechen will⁵⁷, muß man dieses Optimum gesamthaft denken, muß also die Grundrechte aller oft gegenläufig betroffenen Grundrechtsträger und die sonstigen legitimen Sachziele in die Herstellung der Verwirklichungskonkordanz einbeziehen⁵⁸. In der Ausgestaltung des Verfahrens der Studienplatzvergabe, der Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer, der Aufstellung eines Bebauungsplanes oder auch der Vergabe öffentlicher Aufträge prägen sich mit fließenden Übergängen zum materiellen Recht die Besonderheiten des jeweiligen Sachbereichs aus. Die verschiedenen Einzelrechte und die ihnen gegenüberstehenden Interessen haben unterschiedliches Gewicht: bei der Anerkennung von Kriegsdienstverweigerern ist das Individualrecht gewichtiger als bei der Auswahl von Beamtenbewerbern, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist das staatliche Effizienzinteresse stärker als bei Anlagengenehmigungen. Der Verfahrensgesetzge-

⁵⁴ Sie wird akzentuiert von *Bettermann* (o. FN. 27), S. 167 ff.; ferner *Isensee* (o. FN. 2), S. 157 f., 176; *U. Battis*, DÖV 1981, 433 (438). Historische Darstellung der Entwicklung in Preußen bei *R. Gneist*, Verhandlungen des 12. DJT, Bd. 3, Berlin 1975, S. 221 (225 ff.). Zur amerikanischen Verwaltung insoweit ähnlich *F. Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 1963, S. 163 f.

⁵⁵ So aber wohl *N. Luhmann* (o. FN. 12), S. 203 ff., 215 ff.

⁵⁶ In diese Richtung auch *F. Ossenbühl*, DÖV 1981, 1 (9), und *ders.*, NVwZ 1982, 470; *R. Wahl*, in: *Blümel* (Hrsg.) (o. FN. 13), S. 131 ff.

⁵⁷ So *BVerfGE* 53, 30 (74 f., 88); *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 24. Kritisch *E. Schmidt-Aßmann*, Jura 1979, 505 (509); *P. Dolde*, NVwZ 1982, 70; *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), 74 Fn. 72.

⁵⁸ So auch schon *P. Häberle* (o. FN. 23), S. 87.

ber kann also keine Einheitslösung wählen. Forderungen nach Vereinheitlichung des Verfahrensrechts sind deshalb nur innerhalb dieser Sachbereiche sinnvoll⁵⁹. Das Verwaltungsverfahrensgesetz war eine notwendige Grundlegung, die aber bereichsspezifische Modifikationen und Ergänzungen erfordert. Es geht auch keineswegs nur um die allgemeinen Verfahrensrechte wie Anhörung und Akteneinsicht, die in der aktuellen Diskussion sehr im Vordergrund stehen, sondern mehr noch um besondere Verfahrensgestaltungen: beispielsweise darum, ob Beamtenstellen ausgeschrieben werden, wie Taxikonzessionen verteilt werden, ob an die Qualifikation der Entscheidungsinstanz in Asylverfahren besondere Anforderungen zu stellen sind oder ob sich an die zentrale Verteilung von Studienplätzen ein dezentrales Verteilungsverfahren der freigeblichen Plätze anschließen muß⁶⁰.

Die besondere, vom Gerichtsschutz unterschiedene Aufgabe des Verwaltungsverfahrens läßt sich an der Frage der Formalisierung und an den Massenproblemen exemplifizieren.

2. Die Frage der Verfahrensformalisierung

In jeder rechtlichen Regelung steckt ein Element der Formalisierung. Die Verrechtlichung formalisiert das Verfahren also zwangsläufig.

a) Verfahrensablauf und Verfahrensrechte

Gemeinhin versteht man unter Formalisierung des Verfahrens aber in einem engeren Sinne die gerichtsähnliche Ausgestaltung mit formalen, wenig flexiblen Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung und strikt zugewiesenen Verfahrensrechten der Beteiligten. Die Warnung vor einer Judizialisierung des

⁵⁹ Grundlegend hierzu schon *Bettermann* (o. FN. 27), S. 143 ff., 173. *F. Ossenbühl*, DÖV 1981, 5 ff., möchte in erster Linie nach betroffenen Grundrechten differenzieren. Weitergehende Vereinheitlichungsforderungen bei *Steinberg*, DÖV 1982, 622 ff. Für die USA s. *A. Scalia*, 1978 Supreme Court Review 345 (405), der vorschlägt, im Administrative Procedure Act zehn bis fünfzehn Verfahrenstypen zu statuieren, auf die dann Spezialgesetze verweisen können; ähnlich *P. Verkuil* (o. FN. 1), 293 ff.; s. auch *Mathews v. Eldridge*, 424 US 319 (334) (1976): „Due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands.“

⁶⁰ Aus der Rechtsprechung s. z. B. *BVerfGE* 33, 303 (356 f.); 43, 34 und 232; 56, 216 (237 f.); *BVerwGE* 49, 232; *BVerwG* DÖV 1982, 746; *OLG Düsseldorf* DÖV 1981, 539.

Verwaltungsverfahren⁶¹ bezieht sich beispielsweise auf die Bindung an Beweisanträge der Beteiligten, den Umfang der Anhörungspflicht beim Abweichen von Sachverhaltsangaben des Betroffenen, auf das Gebot des gesetzlichen Verwaltungsbeamten oder auf die Pflicht, zu nachträglich eingegangenen Stellungnahmen wiederum die Stellungnahmen aller Beteiligten einzuholen.

Eine derart gerichtsähnliche Verfahrensgestaltung bedeutet regelmäßig höheren Zeitaufwand – was wie beim zu spät kommenden Urteil in Rechtsverweigerung münden kann – und vermag das Verfahren in einem schlechten Sinn zum Selbstzweck werden zu lassen, hinter dem sich der Sachbearbeiter verschanzt und dabei die eigentliche Sachaufgabe aus den Augen verliert⁶². Überformalisierung provoziert außerdem Versuche, auf scheinlegalen Umwegen dem förmlichen Verfahren auszuweichen⁶³. Beide Erscheinungen werden an der amerikanischen Verwaltung kritisiert⁶⁴. Man sollte auch nicht vergessen, daß dem Bürger das Prozeßrecht immer besonders fern war⁶⁵ und dem gesteigerten Verdacht der Förmerei unterliegt: für ihn zählt das Ergebnis.

Gewiß wird man sehr genau differenzieren müssen. In Großverfahren ist schon im Interesse einer übersichtlichen Strukturierung eine stärkere Formalisierung angebracht⁶⁶ und vom

⁶¹ Z. B. F. Werner, DVBl 1957, 221 (223); O. Bachof, DVBl 1958, 6 f.; F. Hauelsen, DVBl 1962, 881 (888); H. Sendler, AöR Bd. 94 (1969), S. 130 (135); P. Lerche, BayVBl 1980, 257 (258 f.).

⁶² Schmidt-Aßmann (o. FN. 23), S. 267. A. Scalia, 1978 SCtRev 345 (402) berichtet, daß die Gegner der Verbraucherschutzbehörde, die ihre Errichtung nicht verhindern konnten, eine Erschwerung ihrer Arbeit durch hochgespannte Verfahrensanforderungen erreichten; ein ähnliches Detail aus der Bundesrepublik bei Bickel, 52. DJT, Bd. II, S. K 167.

⁶³ S. Blümel (o. FN. 13), S. 71 Fn. 300; F. Ossenbühl, DÖV 1981, 1 (8); Wintersperger, 52. DJT Bd. II, S. K 112; auch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), z. B. S. 204 f., 226 f., mit anderer Bewertung.

⁶⁴ Morstein Marx (o. FN. 54), S. 163 f., 171; P. Verkuil, 78 CollRev 258 (312) (1978). Man muß auch in Rechnung stellen, daß das formalisierte amerikanische Verwaltungsverfahren die kostspielige Einschaltung von Rechtsanwälten bedingt, s. F. Scharpf (o. FN. 25), S. 23.

⁶⁵ Dazu W. Henckel, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, 1966, S. 7, 25.

⁶⁶ Zu Einzelheiten H.-W. Laubinger, VerwArch 73 (1982), 64 f.; Blümel (o. FN. 13), S. 10 ff. Verfehlt ist etwa die Vorenthaltung des Anspruches auf Akteneinsicht. Die Forderung von K. Redeker, DVBl 1971, 369 (372) nach Formalisierung bezieht sich hauptsächlich auf komplexe Verfahren.

Gesetz vorgesehen⁶⁷. Eine Formalisierung ist auch bei Prüfungen wegen des reduzierten Gerichtsschutzes nötig. Sie hat aber je nach Sachbereich an unterschiedlichen Punkten anzusetzen. Bei den Großverfahren geht es um die Strukturierung des überkomplexen Sachverhaltes und um die Beteiligtenrechte, bei den Prüfungen um Chancengleichheit. Auch sind die jeweiligen Negativeffekte in Rechnung zu stellen. Die gegenwärtig hochformalisierten Medizinerprüfungen, die das medizinische Ausbildungsziel gefährden, sind kein gutes Beispiel rechtsschutzsichernder Formalisierung⁶⁸. Ebenso darf der Schulunterricht, in dem die Bildungsrechte der Schüler Wirklichkeit gewinnen und den ein überdehntes Verfahrensverständnis als Vorbereitung der Versetzungsentscheidungen ansehen könnte, um dieser Rechte willen nicht formalisiert werden.

Gelegentlich kann das Gesetz einen Kompromiß schließen und die Formalisierung an einen Antrag Beteiligter knüpfen, wie es für die schriftliche Bestätigung eines mündlichen Verwaltungsaktes⁶⁹ oder weitergehend in der Stufung von gebührenpflichtiger Verwarnung und Bußgeldverfahren geschehen ist.

b) Institutionelle Neutralisierung

Auf eine andere Grenze der gerichtsähnlichen Formalisierung des Verfahrens stoßen wir in dem Umstand, daß die Verwaltung in eigener Sache entscheidet⁷⁰. Es ist ihre Aufga-

⁶⁷ Zur Frage des Anspruches auf Durchführung eines solchen Verfahrens und Beteiligung daran s. einerseits *BVerwG*, DÖV 1982, 639 mit Nachweisen, andererseits *K. Redeker*, NJW 1980, 1593 (1595) und zuletzt *H. Goerlich*, DÖV 1982, 631.

⁶⁸ Vgl. *BVerwG* DVBl 1982, 894.

⁶⁹ § 37 *BVwVfG*, s. auch § 67 II *BVwVfG*. Ähnliche Vorschläge schon bei *W. Schmitt Glaeser* (o. FN. 23), S. 247, und *R. Wahl*, DV 1980, 273 (287). Zu den vorläufigen Verwaltungsentscheidungen (z. B. § 164 AO) s. *Bettermann* (o. FN. 27), S. 173; *F. Kopp* (o. FN. 9), S. 115; *Berg*, DV 1976, 161 (183 f.).

⁷⁰ *Bettermann* (o. FN. 27), S. 123. *D. Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtswegeggarantie, 1973, S. 174, spricht von der „aktuell sachlichen und virtuell institutionellen Parteistellung der Verwaltung“. Zum Verhältnis von Nähe und Distanz bei kommunaler Ratstätigkeit *E. Schmidt-Aßmann*, Die kommunale Rechtssetzung im Gefüge administrativer Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981, S. 15. Mit negativem Akzent s. auch *Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), S. 231. Kritisch zu dem weitgehenden Verbot der *ex parte*-contacts *P. Verkuil*, 78 ColLRev 258 (290, 323) (1978); *R. M. Neustadt*, 32 AdLRev 306 f. (1980) und *J. Bernstein*, ebenda, S. 330.

be, unter der Direktive des öffentlichen Wohls die rechtlich vorgegebenen und die selbstgesetzten Ziele zu verwirklichen. Daß das Finanzamt das Interesse an der Steuererhebung verkörpert, daß die Gemeinde ihre Ziele im Bebauungsplan selbst verwirklicht, ist eine systemimmanente Selbstverständlichkeit. Die Unparteilichkeit und Distanziertheit des Richters entspricht nicht dem Bild der Verwaltung⁷¹.

Dementsprechend sieht das Verwaltungsverfahrensgesetz diesen institutionellen Aspekt auch nicht als Problem an, sondern behandelt in den Befangenheitsvorschriften nur die Gefahr privatnütziger, individueller Parteilichkeit. An einem Punkt kommt es freilich zur Überschneidung: Ein Amtswalter darf nicht tätig werden, wenn er bei einem Verfahrensbeteiligten gegen Entgelt beschäftigt oder im Vorstand oder Aufsichtsrat vertreten ist; dies gilt nicht für den, dessen Anstellungskörperschaft Beteiligte ist⁷². Im Klartext heißt das: wenn das Land eine Genehmigung benötigt, darf ein Landesbediensteter sie erteilen. Beantragt aber die vom Land gehaltene Flughafengesellschaft eine Ausbaugenehmigung, so ist der das Land im Aufsichtsrat vertretende Ministerialrat vom Genehmigungsverfahren ausgeschlossen⁷³. Der Interessenkonflikt wird individualistisch gelöst; nicht die Aufsichtsbehörde als Ganzes oder gar das Land als Träger sind ausgeschlossen, sondern nur der dorthin entsandte Vertreter – mit der Folge, daß sein Kollege vom Schreibtisch nebenan den Genehmigungsantrag bearbeitet. Das ist keine Lösung des Konflikts⁷⁴. Aber ist nicht umgekehrt die Anwendung der Befangenheitsvorschrift fragwürdig bei In-Sich-Konflikten öffentlicher Interessen, deren Abklärung zum Auftrag der Verwaltung gehört? Bei Planfeststellungen gibt das geltende Recht eine uneinheitliche Bewertung zu erkennen. Teilweise ist für den Feststellungsbeschluß eine andere Körperschaft als der Vorhabenträger zuständig, teilweise wird nur einer anderen als der planen-

⁷¹ Vgl. den Hinweis bei von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 270 auf die Rollenänderung bei der planenden Gemeinde aufgrund der Einschaltung von Planungsbüros.

⁷² § 20 I Nr. 5 BVwVfG.

⁷³ So jedenfalls BayVGH, BayVBl 1981, 401; s. auch BayVGH, NVwZ 1982, 508 und die Einengungsversuche von E. Wais, NJW 1982, 1263.

⁷⁴ Positivere Einschätzung hingegen bei D. Scheuing, NVwZ 1982, 487.

den Behörde das Anhörungsverfahren übertragen, teils ist auch alles in einer Hand⁷⁵.

Ich meine, daß derartige inneradministrative Gewaltenaufteilungen gerade im Planungsrecht sinnvoll sein können, wenn sie auch – etwa im Fall der Trennung von Anhörungs- und Feststellungsbehörde – sinnwidrige Nebenwirkungen zeitigen⁷⁶ und gelegentlich eher kosmetischen Korrekturen gleichen⁷⁷. Verfassungsrechtlich gefordert sind sie nicht⁷⁸. Ob für Organisationseinheiten mit enger definiertem wirtschaftlichen Auftrag wie die Bundesbahn anderes gilt, sei dahingestellt⁷⁹.

c) Verfahrensabgrenzung

In ganz anderer Weise ist das Verwaltungsverfahren formalisiert, um die Verfahrensbindungen im Interesse der Handlungsfähigkeit der Verwaltung zu begrenzen, um also eine gewisse Strukturierung zu erreichen, die das Gerichtsverfahren in viel größerem Maße genießt. Hier tritt ein wesentlicher Unterschied zutage: das Gericht handelt nur im Prozeß, während für die Verwaltung die Verfahren lediglich herausgehobene Etappen einer andauernden Tätigkeit sind.

Das Verwaltungsverfahren i. S. d. Gesetzes ist ein künstliches Gebilde, mit formalisiertem Anfang und Ende und mit der künstlichen Beschränkung auf Verfahren, die mit einem Verwaltungsakt oder einem Vertrag abschließen. Die Formalisierung kommt der Verwaltung zugute, weil die Verfahrensrechte der Beteiligten nur eingreifen, wenn und solange ein derart definiertes Verfahren abläuft. Die dogmatisch klare, für die Verwaltung leicht handhabbare Abgrenzung befriedigt nicht unter Gesichtspunkten der Rechtsverwirklichung. Wenn das Recht verfahrensabhängig ist, dann müßte die Rechtsbetroffenheit Auslöser der Verfahrensrechte sein. Eine solche Anknüpfung der Verfahrensrechte und -regeln an die bloße Rechtsbetroffenheit würde aber der Verwaltung keine prakti-

⁷⁵ S. die Übersicht bei *Kopf/Schönefelder/Richter*, BayVBl 1979, 393, und die näheren Darlegungen zur Verwaltungswirklichkeit bei *E. Gassner*, NuR 1982, 81.

⁷⁶ Daß nämlich derjenige, der entscheidet, nicht selbst die Anhörung unmittelbar miterlebt. S. *H. Geiger*, NuR 1982, 127 (128). Zur weiteren Perspektive einer Verwischung der Verantwortlichkeit in anderem Zusammenhang *E. Steindorff*, BB 1970, 824 (830).

⁷⁷ Positivere Sicht bei *W. Hoffmann-Riem* (o. FN. 31), S. 231 f.

⁷⁸ Ebenso *E. Gassner*, NuR 1982, 81 (83); *H. Geiger*, NuR 1982, 127 (128); *BVerwGE* 58, 344.

⁷⁹ Vgl. § 36 BBahnG.

kable Richtschnur geben. Die Verfahrensrationalität verlangt eine gewisse Formalisierung.

Allerdings ist die Abgrenzung des § 9 VwVfG unnötig eng und beinahe willkürlich in ihrer Beschränkung auf Verwaltungsakte und verwaltungsrechtliche Verträge. Die dogmatische Qualifizierung der Umsetzung eines Beamten oder der Vermietung einer Stadthalle darf nicht zugleich über die Zuerkennung von Verfahrensrechten entscheiden⁸⁰. Solange das Gesetz zu eng abgrenzt, ist aus Gleichheitsgründen eine Ausdehnung geboten, wie sie das BVerfG beispielsweise in dem ebenfalls nicht erfaßten Fall des schweigenden Prüflings vorgenommen hat⁸¹. Wohl aber ist die Formalisierung grundgesetzkonform, soweit sie einen Anfangszeitpunkt der Verfahrensrechte setzt und sie derartigen, auf eine Einzelfallentscheidung zulaufenden Verfahren vorbehält, also beispielsweise Presseerklärungen des Bundeskartellamtes oder informelle Vorverhandlungen nicht einbezieht⁸². Auch die enge Abgrenzung des Kreises der notwendig Beteiligten beruht auf diesem Gesichtspunkt⁸³.

3. Das Problem der großen Zahl

a) Sachverhaltsermittlung in der Massenverwaltung

Im Bereich der Massenverwaltung gewinnt die Forderung nach einfacher und zweckmäßiger Gestaltung des Verfahrens besondere Bedeutung. Jeder Einzelfall muß rechtmäßig entschieden werden. Das Verfahrensrecht allein kann das nicht leisten, vielmehr müssen Sachrecht, Verfahrensrecht und haushaltsmäßige Mittelausstattung im Zusammenwirken eine

⁸⁰ Ebenso M. Bullinger, VVDStRL 30 (1972), S. 337 f.; K. Vogel, BayVBl 1977, 617 (619). S. auch E. Melichar (o. FN. 20), S. 196 f. und – ohne Bezug auf die Verfahrensrechte – Bettermann (o. FN. 27), S. 122, 135.

⁸¹ BVerfGE 52, 380 (s. § 2 III Nr. 2 BVwVfG); das Ergebnis der Entscheidung könnte aber vielleicht auf die Aufklärungspflicht gemäß § 25 VwVfG gestützt werden.

⁸² Kritisch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 224, der die rechtlichen Möglichkeiten überschätzt; wie hier im Ergebnis W. Brohm, ebenda, S. 275 und K. Lange, ebenda, S. 306.

⁸³ Hinweise auf die Abgrenzungsschwierigkeiten bei E. Melichar (o. FN. 20), S. 205; J. Isensee (o. FN. 2), S. 151. Für weitere Ausdehnung F. O. Kopp, in: Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 165 f., 171; ferner F. Weyreuther, DVBl 1972, 93 (100). Zu Systembrüchen hinsichtlich der Beteiligung s. K. Hansmann, 52. DJT Bd. II, S. K 44.

Konkordanz von Einzelrecht und Gesamtauftrag herstellen. Das Sachrecht bestimmt den Umfang der Sachaufklärung⁸⁴, kann also z. B. durch Pauschalen im Steuerrecht die Sachverhaltsermittlung sehr vereinfachen. Die Intensität der Ermittlung ist gesetzlich dahin bestimmt, daß alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen sind, was letztlich zu dem Kriterium führt, ob die Behörde vom Vorliegen der je bedeutsamen Umstände überzeugt ist und es auch sein darf⁸⁵. Damit erlangt sie eine Flexibilität, die ihr die Rücksichtnahme auf ihre Handlungsfähigkeit und ihre sonstigen Aufgaben erlaubt. Es kommt zu einer universalen und sinnvollen Anpassung der Ermittlungsintensität an ihre Kapazität, die erst dort problematisch wird, wo ersichtlich der Sachverhalt keine wirkliche Aufklärung mehr erfährt, wie es in Teilen der Steuerverwaltung⁸⁶, neuerdings anscheinend auch des Asylrechts der Fall ist⁸⁷. Eine derart unzureichende Sachaufklärung wird dem Gesetz nicht gerecht und läßt sich, von kurzfristigen Notständen abgesehen, nicht auf eine Notkompetenz der Verwaltung zur vorrangigen Erfüllung des Gesamtauftrages auf Kosten der Rechtmäßigkeit stützen⁸⁸.

Das Gewicht des Verstoßes ist allerdings unterschiedlich. Das Steuerrecht als Massenverwaltungsbereich mit dichter Normierung ist viel typisierungsnahe, vom Einnahmezweck und der Rechtsbetroffenheit her viel effizienzoffener als das überlebensnotwendige Asylrecht, das freilich ebenfalls zum Massenproblem geworden ist. Deshalb könnte der Gesetzgeber im Steuerrecht durch Vereinfachung des Sachrechts und Verfahrensrechts leicht Abhilfe schaffen⁸⁹, sehr viel schwerer dagegen im Asylbereich, solange Art. 16 GG nicht geändert wird. Wenn derartige als Ausnahme gedachte uneinschränkbare

⁸⁴ Zu diesem Aspekt W. Berg (o. FN. 14), S. 31 f. Eine nicht unproblematische Ausweitung der Figur der Anscheinsgefahr, die zwischen Sachrecht und Verfahrensrecht steht, findet sich in *OVG Münster*, DÖV 1982, 458.

⁸⁵ § 24 II BVwVfG. Zur Überzeugung s. Ch. Pestalozza, in: W. Schmitt Glaeser (o. FN. 37), S. 194.

⁸⁶ Dazu J. Isensee (o. FN. 2), insbesondere S. 17 f., 102 ff., 156 ff.; J. Martens (o. FN. 2), S. 61 ff.

⁸⁷ Vgl. den Sachverhalt in *BVerwG*, DÖV 1982, 744.

⁸⁸ Ebenso J. Martens (o. FN. 2), S. 132, 150; wohl auch J. Schwarze, DÖV 1980, 581 (593). Anders J. Isensee (o. FN. 2), S. 173 f., 183 für den Bereich des Steuerrechts.

⁸⁹ Zur Grenze der Änderung des materiellen Rechts durch Herabsetzen der Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung zutreffend J. Martens (o. FN. 2), S. 139.

Grundrechte wie das Asylrecht oder das Recht auf Kriegsdienstverweigerung massenhaft in Anspruch genommen werden, provoziert das den Mißbrauchsvorwurf, rechtfertigt aber nicht eine Verfahrensgestaltung, die der gerade hier grundrechtlich garantierten Einzelfallbehandlung zuwiderläuft. Auch der Mißbrauch muß nachgewiesen und darf nicht nur vermutet werden⁹⁰. Typisierungen sind freilich auch im Asylrecht nötig, wenn der Antragsteller sich auf die politische Verfolgung seiner Volksgruppe beruft, doch taucht die Frage der Intensität der Sachverhaltsaufklärung wieder auf in Gestalt des Zweifels, ob die Behörde sich mit einer Auskunft des diplomatisch vorgehenden Auswärtigen Amtes zufriedengeben darf⁹¹.

b) Großverfahren

Wo gleichartige Fälle in großer Zahl nach striktem Gesetz zu entscheiden sind, also insbesondere im Sozialversicherungs- und Steuerrecht, entschärft die Verwaltung das Massenproblem durch EDV-Einsatz, was einige nicht unwesentliche Abstriche an den allgemeinen Verfahrensrechten zur Folge hat⁹².

Auf ganz andere Weise muß die Verwaltung an das Massenproblem in Großverfahren herangehen. Da das materielle Recht die Planfeststellung oder Anlagengenehmigung nicht strikt determiniert, fordert, abgesehen von Demokratieaspekten⁹³, der Gedanke der Rechtsverwirklichung besonders drängend nach Verfahrensbeteiligung. Mit fünfzigtausend Einwendungen gegen eine Flughafengenehmigung ist aber keine individuelle gesprächsartige⁹⁴ Entscheidungsfindung möglich. Die Zahl der Beteiligten steht der Beteiligung im Wege. Diese Dialektik ist in der Partizipationsdiskussion zur Sprache ge-

⁹⁰ Begrüßenswert insoweit *BVerfGE* 56, 216 (s. auch *BVerfG*, DÖV 1981, 711).

⁹¹ Vgl. z. B. G. Müller, ZAR 1982, 25 (31).

⁹² Dazu insbesondere *Bettermann* (o. FN. 27), S. 169 f.; *Badura*, in: W. Schmitt/Glaeser (o. FN. 37), S. 218 ff.; *K. Grimmer*, DÖV 1982, 257.

⁹³ Zu dieser nicht unproblematischen Trennung von Demokratie- und Rechtsstaatsaspekten vgl. *W. Schmidt* (o. FN. 26), S. 207 ff. und *R. Bartlsperger*, ebenda, S. 251 f. Auch bei *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 26, tritt die Schwierigkeit der Trennung hervor, obwohl *Blümel* im allgemeinen scharf trennen will.

⁹⁴ Dieses Erfordernis findet sich beispielsweise in *BVerfGE* 45, 297, 335 und bei *P. Häberle* (o. FN. 23), S. 89. Zur Praxis s. *V. Henle*, BayVB 1981, 1.

kommen⁹⁵: wenn zu viele partizipieren, muß man auf Seiten der Partizipanten zu Bündelungsmechanismen greifen. In Großverfahren mit Massenbeteiligung finden sich derartige Mechanismen in informeller Weise bei den Bürgerinitiativen oder Unterschriftenlisten, in rechtlicher Form als Regelung der gemeinsamen Vertretung⁹⁶. Die öffentliche Bekanntmachung anstelle der Zustellung⁹⁷ ist aus dem Arsenal der Normsetzungsregeln entnommen. Diese Bündelung und der partielle Übergang zur Normsetzung bedeutet zweifellos eine Einbuße an individuellem Rechtsschutz, ist aber im Grundsatz nicht falsch⁹⁸. Denn diese Entscheidungen führen zwar zur unmittelbaren Gestaltung im Einzelfall, es geht aber überwiegend nicht um einen Eingriff in fest umgrenzte Rechte, sondern um die planerische Zuordnung von unzähligen Positionen, deren Charakter als subjektive Rechte meist schwer dingfest zu machen ist.

Die Zwischenstellung der Entscheidung zwischen Norm und Einzelakt äußert sich also auch verfahrensrechtlich. Beim Bebauungsplan, der als Satzung ergeht, sind ja umgekehrt dem Normsetzungsverfahren sonst fremde Beteiligungselemente aufgenommen.

c) Normsetzung

Man muß freilich grundsätzlicher fragen, weshalb der Gedanke des Rechtsschutzes durch Verfahren nicht auf echte Rechtsetzungsverfahren übertragen wird, die nicht selten den Einzelnen ebenso unmittelbar berühren¹⁰⁰. Eine Rechtsverordnung, die die Verarbeitung von Asbest einschränkt oder verbietet, betrifft unmittelbar die Hersteller, auch die Arbeiter einer solchen Fabrik. Die Betroffenen haben aber keinen Anspruch auf Einsicht der Unterlagen und auf Anhörung. Versagt hier der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren? Daß eine Ausdehnung von Verfahrensrechten auf die Normsetzung nicht undenkbar ist, beweisen die USA, wo die

⁹⁵ A. Hartisch, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren, 1975, S. 124, 138; von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 273.

⁹⁶ Deren Zweckmäßigkeit umstritten ist – s. nur die Kritik bei F. O. Kopp, BayVBl 1980, 97, 102.

⁹⁷ §§ 67 I, 69 II, 72 II, 73 VI, 74 V BVwVfG.

⁹⁸ Kritisch teilweise W. Blümel, VerwArch 73 (1982), 11 ff.

⁹⁹ Dazu auch W. Brohm (o. FN. 25), S. 281 ff.; E. Schmidt-Aßmann (o. FN. 16), S. 44.

¹⁰⁰ Das Bundesverfassungsgericht nähert sich dem Problem von der anderen Seite in BVerfGE 24, 367, 398.

Rechtsetzung durch Behörden ausgedehnten Beteiligungsrechten unterliegt¹⁰¹. Eine weitere Öffnung gegenüber den Betroffenen, die schon heute oft informell gehört werden, ließe sich durchaus in Form der öffentlichen Bekanntmachung und Auslegung mit der Möglichkeit von Einwendungen bewerkstelligen¹⁰². Insbesondere die problematische Abgrenzung von Norm und Einzelakt im Planungsbereich wird Druck in Richtung auf eine weitere Angleichung der Verfahren ausüben¹⁰³. Von Verfassungs wegen sind aber parlamentarische Repräsentation und Delegation als ausreichende Rechtsverwirklichungsgarantien des Rechtsetzungsverfahrens anzusehen¹⁰⁴. Wo diese Garantien geschwächt sind wie bei technischen Normungsausschüssen, muß durch ihre Zusammensetzung und durch Öffentlichkeitlemente eine Kompensation erreicht werden. Offenbar geht es dann nicht um Rechtsschutz durch individuelle Einwirkung, sondern um die Kanalisierung und Chancengleichheit des Verbandseinflusses, also um die Ebene der organisierten Interessen.

Diese aus der Fülle des Materials herausgegriffenen Aspekte des Verwaltungsverfahrens bestätigen seine grundrechtsverwirklichende Bedeutung, aber auch seine Orientierung nicht am isolierten Einzelrechtsschutz, sondern an der Summe der Verwaltungsziele. Das Einzelrecht setzt Zwangspunkte, dirigiert aber nicht die gesamte Verfahrensgestaltung.

4. Grundrechtsdogmatische Einordnung

Grundrechtsdogmatisch wäre noch der Status von Verfahrensregeln zu klären. Man kann schon die Notwendigkeit eines staatlichen Verfahrens, etwa bei der Anerkennung als Asylant, als Eingriff ansehen¹⁰⁵. Das Verfahren ist aber nicht Eingriff

¹⁰¹ Einige Hinweise bei J. Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 113 ff.

¹⁰² Für eine Ausweitung F. O. Kopp, BayVBl 1980, 97 (100 f.).

¹⁰³ Für den Krankenhausbedarfsplan nach dem KHFG fordert Redeker, NJW 1980, 1593 (1597) die Beteiligung der einzelnen Krankenhaus-träger; auch hier geht es um einen Planungsvorgang, weniger um echte Normsetzung.

¹⁰⁴ S. auch Schmidt-Aßmann (o. FN. 70), S. 16; a. A. wohl Kopp, VVDStRL 30 (1972), S. 350.

¹⁰⁵ So Ch. Gusy, Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 255 ff.

oder Leistung, sondern kanalisiert diese¹⁰⁶. Dem Garantiegehalt einer verfahrensrechtlichen Verwirklichung wird das Eingriffsverständnis nicht gerecht¹⁰⁷. Vielmehr geben die Grundrechte einen eigenständigen, der due process-Garantie verwandten, rechtsstaatlich gestützten Anspruch auf ein angemessenes Verfahren¹⁰⁸.

Vielleicht hängt es mit dieser besonderen Struktur zusammen, daß das BVerfG neuerdings geneigt ist, Verfahrensrechtsverletzungen als Grundrechtsverstöße einzustufen, ohne ausdrücklich das verletzte Gesetz als grundrechtsgefordert anzusehen¹⁰⁹. Vor allem ein prozedurales Rechtsverständnis könnte darin einen bestechenden Gedanken angelegt sehen: daß nämlich das Grundrechte berührende Verfahren unter Grundrechtsschutz steht, weil sich das Grundrecht in ihm verwirklicht. Der Verwirklichungsaspekt drängt, in der Verfahrensverletzung zugleich eine Grundrechtsverletzung zu sehen.

Dieser Gedanke geht letztlich fehl, denn er überschätzt das Verfahrensrecht gegenüber dem materiellen Recht, das ja ebenfalls dem Grundrechtsschutz dient¹¹⁰. Ob nun die Behörde eine industrielle Anlage unter Verletzung der Anhörungspflicht oder unter Verletzung der rechtlichen Emissionswerte ausspricht, beidesmal kann die Gesundheit der Anlieger gefährdet sein. Es wäre unverständlich, ließe sich jeder Verfahrensverstoß, nicht aber jeder materielle Verstoß mit der Verfassungsbeschwerde angreifen. Das Dilemma der Abgrenzung von einfachem Recht und Verfassungsrecht bei der Verfassungsbeschwerde muß für materielles und Verfahrensrecht parallel gelöst werden¹¹¹.

¹⁰⁶ Anlässlich des Verfahrens kann es freilich zu Grundrechtseingriffen kommen – vgl. *BVerfGE* 51, 324; 52, 214; auch kann die – unzureichende – Verfahrensvorschrift das jeweils betroffene Grundrecht verletzen.

¹⁰⁷ Ebenso *H. Bethge*, *NJW* 1982, 1, 4, 5; s. auch *R. Thode*, *DVB1* 1982, 713 (716).

¹⁰⁸ *S. U. Scheuner*, *VVDStRL* 17 (1959), S. 238; kritisch *Bettermann*, ebenda, S. 245.

¹⁰⁹ *BVerfGE* 53, 30 (65 f.); 56, 216 (236, 241 f.). Kritisch dazu *P. Dolde*, *NVwZ* 1982, 65. Auch bei der Rechtsprechung des Gerichts zu Art. 103 I GG findet sich diese Erscheinung, vgl. *K. Schlaich*, *JuS* 1982, 280.

¹¹⁰ Zur Überschätzung des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht in anderem Zusammenhang *K. Hansmann*, (o. FN. 47), S. K 38.

¹¹¹ Wie die Abgrenzung vorzunehmen ist, muß ich hier offenlassen. Für das Prozeßrecht s. *D. Lorenz*, *AöR* 105 (1980), 624, 647; vgl. auch *Gerhardt*, *ZZP* 95 (1982), S. 467 ff.

IV. Das fehlerhafte Verfahren

Welches Gewicht kommt überhaupt den Verfahrensfehlern zu? In der Durchsetzung und Sanktion des Verfahrensrechts, also in seiner Pathologie spiegelt sich wohl am deutlichsten das Dilemma der Verfahrensaufwertung. Wäre Verfahrensrecht von gleicher Dignität wie das Sachrecht, müßte seine Verletzung zur Aufhebung der Sachentscheidung führen; subjektive Verfahrensrechte müßten einklagbar sein. Beides ist von Gesetzes wegen nur sehr eingeschränkt der Fall. Verfahrensrechte sind meist nicht selbständig einklagbar; Verfahrensverstöße sind teils heilbar, teils unbeachtlich, teilweise bei Satzungen nur auf zeitlich begrenzte Rüge hin zu beachten¹¹².

1. Die Besonderheit des Verfahrensrechts

Man kann diesen Kontrast zur Verfahrensaufwertung als gesetzgeberische Inkonsequenz beklagen¹¹³. Ich meine freilich, daß diese scheinbare Inkonsequenz im wesentlichen auf der Besonderheit des Verfahrensrechts beruht¹¹⁴.

Aus der Handlungsperspektive der Verwaltung ist das Verfahrensrecht zu wenig eindeutig, als daß sich das richtige Verfahren ex ante klar bestimmen ließe¹¹⁵ – die Anwesenden kennen diese Schwierigkeiten zumindest aus universitären Gremiensitzungen. Die Entscheidung, ob ein Gemeinderatsmitglied befangen ist, ist oft riskant. Die Verwaltung muß diese Verfahrensentscheidung unter Zeitdruck treffen und läuft Gefahr, daß die Sachentscheidung entweder wegen des Ausschlusses oder wegen des Nichtausschlusses aufgehoben wird^{115a}. Das Verfahrensrecht ist nicht nur aus guten Gründen wenig formalisiert, ihm kommt auch im Vergleich zum materiellen Recht mit seiner statischen Sicht die schwierigere Auf-

¹¹² Vgl. §§ 45, 46 BVwVfG, §§ 126, 127 AO, §§ 155 a, b BBauG, § 4 Abs. 6 GemONW, § 44 a VwGO.

¹¹³ So deutlich F. Hufen, NJW 1982, 2160 (2161 f.).

¹¹⁴ Zur „ambivalenten Wertigkeit“ des Verfahrensrechts F. Weyreuther, DÖV 1980, 389.

¹¹⁵ R. Wolfrum, DÖV 1981, 606 (610) unterschätzt m. E. diese Schwierigkeit, zumal bei § 2 Abs. 5 BBauG, den er ins Visier genommen hat, der Kreis der Träger öffentlicher Belange nicht klar abgegrenzt ist. Vgl. auch W. Hoffmann-Riem (o. FN. 31), S. 225 mit dem Hinweis auf die dünne Grenze zwischen gebotener Beratung und – nach seiner Auffassung – unzulässiger Vorabklärung.

^{115a} Vgl. OVG Mstr. E 27, 60 einerseits, BayVGh, BayVBl. 1976, 753 andererseits.

gabe zu, das Handeln im Zeitablauf in Bahnen zu lenken. Die Entlastung, die die Verengung des rechtlichen Urteils auf die Momentaufnahme der Entscheidung bietet¹¹⁶, fehlt hier.

Endlich ist in dem Schlagwort von der dienenden Rolle des Verfahrens die Präponderanz des sachlichen Ergebnisses angesprochen, die unser Verwaltungsrecht geprägt hat. In der richtigen Sachentscheidung verschwindet der Verfahrensfehler¹¹⁷. Nun hat die Erkenntnis der strukturellen Mängel des Sachrechts dieses Dogma relativiert, aber doch keineswegs beseitigt. Es würde auf Unverständnis stoßen, wenn neben-sächliche formale Fehler, wenn Verfahrensfehler, die ersichtlich auf die Sachentscheidung keinen Einfluß haben konnten, zu ihrer Aufhebung führten¹¹⁸, wobei auch die Aufhebung von Amts wegen einzubeziehen ist. Es kommt hinzu, daß sich an das Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren das Gerichtsverfahren anschließt, in dem die unterlassene Anhörung oder nichtgewährte Akteneinsicht nachgeholt wird¹¹⁹. In dem Institut des Verpflichtungsurteils ist die Überholung des Verwaltungsverfahrens durch das Gerichtsverfahren verankert; Verwaltungsverfahrensfehler spielen keine Rolle mehr, das Gericht hat die Verfahrensherrschaft übernommen¹²⁰.

Aus dieser Sicht der Lage fällt die Kritik an den gesetzlichen Lösungen milde aus¹²¹.

¹¹⁶ Das Bild von der Momentaufnahme des Verwaltungsakts gebraucht O. Bachof, VVDStRL 30 (1972), S. 231.

¹¹⁷ K. A. Bettermann, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 25 (44 ff.), hat die Kategorien des Verfahrens- und des Inhaltsfehlers für Ermessensakte genauer untersucht. Kritisch zur Vorstellung der „dienenden Rolle“ des Verfahrens J. Schwarze (o. FN. 23), S. 65.

¹¹⁸ S. das Beispiel BVerwG, DVBl 1972, 678 (680): Überholung eines Bekanntmachungsfehlers durch dennoch erhobene Einwendungen; OVG Lüneburg, DVBl 1977, 347 (349).

¹¹⁹ So O. Groschupf, DVBl 1962, 627 (631); BVerwGE 24, 23 (32).

¹²⁰ H.-J. Papier, Der verfahrensfehlerhafte Staatsakt, 1973, S. 12; K. A. Bettermann, in: Festschrift für H. P. Ipsen, 1977, S. 296. Wo die Sachverhaltsaufklärung ganz fehlt, ist allerdings an die Verwaltung zurückzuverweisen, s. F. O. Kopp, BayVBl 1977, 513 (515) (zu weitgehend); B. Schlink/I. Wieland, DÖV 1982, 426 (432); anders BVerwG, DÖV 1982, 744.

¹²¹ Sehr viel weitergehende Kritik bei F. Hufen, NJW 1982, 2160; auch W. Blümel (o. FN. 13), S. 65 ff.

2. Heilung

Die Heilungsnormen bergen zwar die Gefahr, daß etwa die nachgeholte Beteiligung einer dritten Behörde nur der Form halber erfolgt und die schon gefällte Entscheidung nicht mehr beeinflußt¹²². Die Alternative wäre aber doch nur, daß das ganze Verfahren noch einmal von vorn abläuft, wobei auch bei einer gerichtlich angeordneten Neudurchführung des Verfahrens die Behörde unter Umständen als Gefangene ihrer ersten Entscheidung unter Rechtfertigungszwang steht¹²³. Es erscheint mir umgekehrt zweifelhaft, ob der gesetzliche Ausschluß der Möglichkeit, Begründungsmängel im Prozeß zu heilen¹²⁴, nicht nur dazu führt, daß die Behörde auf die Darstellung ihrer Entscheidung mehr Zeit verwendet als auf ihre Herstellung¹²⁵.

3. Unbeachtlichkeit

Bei der Regelung des Aufhebungsanspruches wegen eines Verfahrensfehlers in § 46 VwVfG vermag die scharfe Trennung zwischen gebundenen und Ermessensakten mit absoluter Beachtlichkeit hier, absoluter Unbeachtlichkeit dort nicht zu überzeugen, weil die Grenze zwischen beiden Arten von Akten eine der durchlässigsten und ungesichertsten in unserem Recht darstellt¹²⁶. Das Gesetz zieht die lange schon umstrittene Figur der einen rechtmäßigen Entscheidung zur Lösung eines Problems heran, das sozusagen erst durch das Ungenügen dieser dogmatischen Lehre entstanden ist. Die Verwaltung verfügt auch bei strikt gebundenem Handeln über Spielräume, deren vertretbare Ausfüllung dann von den Gerichten oft mit dem Prädikat der einzig richtigen Entscheidung versehen

¹²² Zutreffend betont bei F. Hufen, NJW 1982, 2165.

¹²³ Hufen (a.a.O.) begegnet diesem Einwand mit der Forderung nach Sicherungen im Wiederholungsverfahren, die aber weit über entsprechende Prozeßrechtsnormen hinausgehen. Aus der Rechtsprechung vgl. z. B. BVerwGE 37, 307; 58, 80.

¹²⁴ Nachweis bei L. Osterloh, JuS 1982, 785; s. a. H. Sendler, AöR 94 (1969), 130 (149).

¹²⁵ S. auch den Hinweis bei von Heyl/Prätorius (o. FN. 3), S. 271, daß die Betroffenenbeteiligung die Behörde absichert, weil sie auf die Argumente schon in der Begründung eingehen kann, und daß im Gegenzug Bürgerinitiativen ihre besten Argumente für den Prozeß aufsparen.

¹²⁶ Kritisch schon F. Ossenbühl, DÖV 1964, 511 (516).

wird¹²⁷. Deswegen ist auch in diesen Fällen das Verfahren der Entscheidungsfindung wesentlich, und deswegen ist es so unbefriedigend, wenn das Gesetz an die gerade in diesem Zusammenhang irreführende Fiktion der strikten Bindung anknüpft. Man muß sich vergegenwärtigen, daß die Versagung der Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung, die Anwesenheit des Ausländers beeinträchtige Belange der Bundesrepublik, eine gebundene Entscheidung darstellt, ebenso die Nichtanerkennung als Kriegsdienstverweigerer.

Rechtspolitisch erscheint es mir sinnvoll, den scharfen Bruch abzumildern, indem bei Ermessensakten das Erfordernis möglicher Kausalität des Verfahrensfehlers eingeführt wird, was im Wege der Auslegung geschehen kann¹²⁸. Zumindest für manche Verfahren der gebundenen Verwaltung, beispielsweise die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer oder die Anlagengenehmigung, wo das Verwaltungsverfahren nicht einfach vor Gericht nachgeholt werden kann und wo sich die strikte Bindung deutlich der Fiktion nähert, sollten einige gravierende Verfahrensverstöße spezialgesetzlich als absolute Aufhebungsgründe normiert werden¹²⁹.

Verfassungsrechtlich ist § 46 VwVfG nicht angreifbar. Art. 19 IV GG denkt vom materiellen Recht her und verlangt regelmäßig nicht, daß ein Verfahrensfehler zur Aufhebung einer materiell rechtmäßigen Entscheidung führt. Wenn für Fälle der Grundrechtsbetroffenheit Ausnahmen von der Unbe-

¹²⁷ Das scheint mir von *H.-J. Papier* (o. FN. 120), S. 13 nicht hinreichend gewürdigt. Kritisch zur Trennung auch *Ch. Degenhart*, DVBl 1981, 201 (206 f.), aber mit anderer Lösung. *W.-R. Schenke*, BaWüVBl 1982, 313 (325) betont mit Recht, daß man aus gewaltenteilenden Gründen durchaus in anderen Zusammenhängen an der Fiktion festhalten kann.

¹²⁸ So verfährt die Rechtsprechung großenteils, vgl. *F. Ossenbühl*, NVwZ 1982, 471; ebenso *H. Sendler*, AöR 94 (1969), 130 (150); *Bettermann* (o. FN. 120), S. 294; *P. Lerche*, Kernkraft und rechtlicher Wandel, 1981, S. 22 ff.; a. A. *W. Blümel* (o. FN. 13), S. 65 ff. *D. Sellner*, BauR 1980, 391 möchte nicht auf die mögliche Kausalität, sondern auf die Schwere des Fehlers abstellen. M. E. könnten beide Kriterien kombiniert werden. S. auch § 42 des Österreichischen Verwaltungsgerichtsgesetzes.

¹²⁹ Schon das bisherige Recht kennt in §§ 44 und 46 VwVfG in wenig systematischer Weise einige absolute Fehlergründe, s. *Bettermann* (o. FN. 120), S. 283 ff. Ob § 44 VwVfG allein zur Lösung des Problems ausreicht, erscheint mir angesichts seiner restriktiven Handhabung in Lit. und Rspr. zweifelhaft.

achtlichkeit gefordert werden¹³⁰, so widerspricht das der Dogmatik, die mit gutem Grund in keiner vergleichbaren Lage – weder bei der Rücknahme von Verwaltungsakten noch etwa bei Fristen oder Wiedereinsetzungsregeln – dieses Kriterium heranzieht. Es deckt lediglich das Ungenügen der verräumlichenden Grundrechtsvorstellungen auf¹³¹, ist viel zu unkonturiert und muß deshalb hier ebenso wie im Staatshaftungsgesetz¹³² versagen.

4. Fehler im Normsetzungsverfahren

Bei der Normsetzung war die Einhaltung des Verfahrens nach herkömmlicher Doktrin Wirksamkeitsvoraussetzung, wohl nicht zuletzt im Hinblick auf die geringe inhaltliche Kontrolle und auf den Rang der Norm. Abstriche wurden bei untergesetzlichen Normen für unwesentliche Fehler gemacht¹³³. In den neuen Rügevorschriften des Bundesbaugesetzes und der Gemeindeordnungen sind nun, als Gegenstück der aufgezeigten Annäherung von Planungsentscheidungen an die Normsetzung, Elemente der Verwaltungsaktlehre übernommen worden¹³⁴. Mit gutem Grund. Kaum ein Bebauungsplan erwies sich als verfahrensfehlerfrei, teils, weil die Gerichte die Verfahrensvorschriften überstreng und überraschend auslegten, teils auch deshalb, weil das Satzungsverfahren – ganz im Gegensatz zum parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren – einer Fülle von Anforderungen unterliegt¹³⁵. Nach dem Nichtigkeitsdogma waren die Verfahrensfehler Sprengsätze mit unbegrenzter Lebensdauer.

¹³⁰ So z. B. VG Arnsberg, DVBl 1981, 648; D. Sellner, BauR 1980, 391 (396); wohl auch W. Blümel (o. FN. 13), S. 65 ff.; ähnlich zu § 44 a VwGO K. Redeker, NJW 1980, 1593 (1597); s. auch das Gegenbeispiel OVG Münster, DVBl 1980, 964.

¹³¹ In diesem Punkt übereinstimmend F. Hufen, NJW 1982, 2160 (2162).

¹³² Vgl. § 2 Abs. 2 des (für nichtig erklärten) Staatshaftungsgesetzes v. 26. 6. 1981.

¹³³ S. z. B. H. Meyer, in: Kohlhammer-Kommentar BBauG, Stand Januar 1982, § 155 a Rdnr. 52.

¹³⁴ § 155 a, b BBauG; § 4 VI GemONW; weitere Vorschriften bei E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrundschau 1978, 85 (86); s. dazu schon W. Brohm (o. FN. 25), S. 283.

¹³⁵ Hierzu O. Groschupf, DVBl 1960, 401 f.; M. Pagenkopf, BauR 1979, 1 ff.

Die Lösung des Gesetzes ist freilich zweifelhaft¹³⁶. Manches ist unklar, und die einjährige Rügemöglichkeit stellt mangels eines Akteneinsichtsrechts unerfüllbare Anforderungen. Eine Vereinfachung der Verfahrensvorschriften erscheint angezeigt, auch wenn sie als Abwertung des Verfahrensgedankens mißbilligt wird. Wichtiger noch dürfte es sein, gewisse Verfahrensvorschriften von untergeordneter Bedeutung sanktionslos zu stellen, wie es in § 155 b I BBauG geschehen ist. Im Prinzip liegt hierin eine sinnvollere Annäherung an Verwaltungsaktregeln als in der befristeten Rügemöglichkeit, die beim Bebauungsplan wegen seiner dinglichen Wirkung angehen mag, ansonsten aber mit dem generellen Charakter gemeindlicher Satzungen nicht in Einklang steht.

5. Durchsetzung subjektiver Verfahrensrechte

Wenn die Fehlersanktion nach alledem stark eingeschränkt ist, liegt es auch im Hinblick auf Art. 19 IV GG nahe, einen Ausgleich über den präventiven Schutz subjektiver Verfahrensrechte zu gewähren. Gerade diesen Schutz vereitelt § 44 a VwGO¹³⁷. Sein Ziel, die Verfahrensherrschaft der Behörde zu sichern und die Verzögerung des Verfahrensabschlusses durch Zwischenprozesse zu vermeiden, die sich hinterher als unnötig herausstellen könnten, ist legitim und auch im früheren Recht anerkannt worden¹³⁸. Wenn freilich ein langwieriges Verfahren, obwohl ein Verfahrensrecht im Streit ist, zuerst einmal durchgeführt und dann wegen des Verfahrensfehlers wiederholt wird, so ist das ein gleichzeitig rechtsschutzfeindliches und ineffizientes Ergebnis. Bei gebundenen Entscheidungen

¹³⁶ Scharfe Kritik bei *H. Meyer* (o. FN. 133), § 155 a Rdnrn. 37, 81, 103; § 155 b Rdnr. 14 m.w.N.; *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrundschau 1978, 85, milder aber *ders.* (o. FN. 70), S. 16 ff. *R. Breuer*, NVwZ 1982, 273 (280) begrüßt die befristete Rügemöglichkeit im Prinzip und will die Monatsfrist des Verwaltungsakts übernehmen.

¹³⁷ *H. Meyer*, in: *Meyer/Borgs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 97 Rdnr. 15 ff. und *W. Schmidt*, JuS 1982, 745, beziehen § 44 a VwGO in einengender Auslegung nur auf Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte; dem Zweck der Vorschrift dürfte das nicht entsprechen, und es führt auch zu gleichheitswidrigen Ergebnissen, so etwa, wenn ein Beteiligter die Akteneinsicht eines anderen Beteiligten verhindern möchte. Aus der Rechtsprechung vgl. *OVG Münster*, NJW 1981, 70; *BVerwG*, NJW 1982, 120.

¹³⁸ *S. F. O. Kopp* (o. FN. 9), S. 232 f.; *H.-W. Laubinger*, VerwArch 73 (1982), 79; vgl. auch § 64 des Österreichischen AVG; *EuGH*, Common Market Law Review 1981, 635 (*IBM v. EEC Commission*).

kommt es darüber hinaus zu einem rechtsvernichtenden Zusammenspiel mit der Unbeachtlichkeitsregel und nicht, wie der Wortlaut suggeriert, zu einem bloßen Aufschub des Rechtsschutzes: die Verfahrensrechte sind nicht einklagbar, und die Sachentscheidung wird nur auf materielle Richtigkeit überprüft. Dennoch ist die Gerichtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG nicht verletzt, weil der Gesetzgeber die dienende Funktion der Verfahrensrechte herausstellen durfte, indem er sie zugleich mit ihrer Gewährung unter diese Einschränkung stellte, – zumal im Prozeß dann Rechtsbeistand, Anhörung und Akteneinsicht gewährt werden. In einem Punkt fordert die Garantie effektiven Rechtsschutzes freilich eine Begrenzung des § 44 a VwGO: wo das in der Sachentscheidung angesprochene materielle Recht durch Verfahrenshandlungen in seiner Verwirklichung gefährdet wird, muß einstweiliger Rechtsschutz möglich sein¹³⁹.

Schluß

Die Pathologie des Verfahrensrechts deckt also seine Durchsetzungsschwäche auf, aber doch keineswegs seine Bedeutungslosigkeit. Die Einsicht in die Verfahrensabhängigkeit der Rechtsverwirklichung ist unverlierbar. Es kommt darauf an, sie so umzusetzen, daß die Theorie des Verfahrensgedankens nicht durch die Verwaltungspraxis widerlegt wird. Das kann nur gelingen, wenn das Verfahrensrecht nicht isoliert hochgezüchtet und überlastet wird, sondern in der Reihe tragender Elemente des Verwaltungsrechts neben dem materiellen Recht und dem Gerichtsschutz seinen Ort findet.

¹³⁹ Ebenso oder ähnlich *M. Pagenkopf*, NJW 1979, 2382; *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 7. Aufl. 1981, § 44a, RN 3a; *P. Stelkens*, NJW 1982, 1137; *W.-R. Schenke*, BaWüVBl 1982, 313 (325); in diesem Sinne auch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Änderung des § 44 a VwGO, Bundesrats-Drucksache 100/82 (§ 68 EVwPO).

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

I. Effizienz und Recht im Verfahren

1. Der soziale Rechtsstaat ist nicht effizienzblind. Er verfolgt Zwecke in den Formen des Rechts. Ein normwidriger Rückgriff auf Zwecke und Effizienzgesichtspunkte ist nicht möglich.

2. Verwaltungseffizienz ist weder rechtsextern noch monolithisch. Sie kann in der Entgegensetzung zum Individualrechtsschutz nicht nur als Modus der Zweckverfolgung verstanden werden, sondern steht für die Summe der Verwaltungsziele.

3. Zur Konturierung des diffusen Bildes von Effizienz im Verfahren ist klar zwischen den Ebenen der Verwaltung und der Gesetzgebung zu unterscheiden:

a) Mangels hinreichender Bestimmung des Verfahrensaufwandes durch Sach- und Verfahrensrecht verfügt die Verwaltung regelmäßig über einen beträchtlichen Spielraum zwischen Rechtsschutz und sonstiger Zweckerfüllung. Teils stehen wahlweise – oder je nach Problemdefinition alternativ – verschiedene Verfahren mit unterschiedlicher Rechtsschutzdichte zur Verfügung.

b) Für den Gesetzgeber, der Zwecke in Recht umformt, ist die Gestaltung des Schutzes individueller Rechte Teil umfassender Zweck- und Effizienzüberlegungen. Die unsichere Prognose der Wirkung von Verfahrensgestaltungen, die Zielvielfalt und die In-sich-Konflikte des Einzelzieles „Rechtsschutz“ komplizieren und relativieren die Effizienzproblematik.

II. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens

4. Im Verwaltungsstaat verwirklichen sich materielle Rechte im Verwaltungsverfahren. Dessen Aufwertung beruht auf Schwächen des materiellen Rechts und des Gerichtsschutzes. Der Gerichtsschutz ist punktuell angelegt und kommt nicht selten zu spät. Die Steuerung der Verwaltungsentscheidung durch die materielle Norm ist prinzipiell unvollkommen, insbe-

sondere aber dort ungenügend, wo das Gesetz nur Formelkompromisse oder Abwägungsaufträge bietet.

5. Die Verfahrensaufwertung steht gleichzeitig in Gefahr, die Abwertung des materiellen Rechts zu verstärken. Dem Gesetzgeber wird die Flucht in Generalklauseln und Abwägungsformeln und damit die Übertragung der politischen Entscheidung auf das Verfahren erleichtert.

6. Desgleichen zeichnet sich eine Abwertung des Gerichtsschutzes ab, die dem Rechtsschutz mehr nehmen würde, als die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens ihm geben kann.

a) Vorstellungen, die Gerichtskontrolle in technischen Fragen zurückzudrängen und auf Rechtsfragen zu beschränken, greifen zu kurz; im Berstschutz und in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen.

b) Die Beteiligung von Richtern an Großverfahren ersetzt nicht den Gerichtsschutz; der Richter würde dort nur zum besseren oder schlechteren Verwaltungsbeamten.

7. Die Aufwertung des Verwaltungsverfahrens führt zu einer Rollenveränderung mit der Folge einer faktischen Verschiebung der Verantwortung von der Verwaltung auf den beteiligten Bürger. Aus rechts- und sozialstaatlichen Gründen muß die Verantwortung bei der Behörde bleiben. Mitwirkungslasten sind regelmäßig auf Sachverhaltselemente aus der Sphäre des Beteiligten zu beschränken, die der Behörde schwer zugänglich sind. Materielle Präklusionen sind von zweifelhaftem Wert.

III. Der Auftrag des Verwaltungsverfahrens

8. Die Grundrechte enthalten die Garantie einer Verfahrensgestaltung, die ihre Verwirklichung ermöglicht. Die Verfahrensabhängigkeit des materiellen Rechts ist aber dialektisch: die defiziente Struktur des materiellen Rechts erfordert eine Ergänzung durch Verfahren, steht aber zugleich der strikten Ableitung der Verfahrensgestaltung aus dem materiellen Recht im Wege. Der Verfahrensgesetzgeber verfügt über erhebliche Spielräume.

9. Die in Art. 19 IV GG zum Ausdruck gebrachte Arbeitsteilung zwischen Verwaltung und Gericht spricht im Regelfall gegen eine gerichtsähnliche, am einzelnen bestrittenen Recht orientierte Gestaltung des Verwaltungsverfahrens. Die Verwaltung hat nicht einen individuellen Rechtsschutz-, sondern einen umfassenden Rechtsverwirklichungsauftrag.

10. Die grundrechtsverwirklichende Ausgestaltung, die sich keineswegs in den allgemeinen Verfahrensrechten (insbesondere Anhörung) erschöpft, muß dem jeweiligen Sachbereich angepaßt sein und dem unterschiedlichen Gewicht der Individualrechte Rechnung tragen. Eine übergreifende Verfahrensvereinheitlichung wäre falsch.

11. Auch die Formalisierung des Verfahrensablaufes hat je nach Sachbereich an unterschiedlichen Punkten anzusetzen und die Negativeffekte zu beachten. Eine zu weit getriebene Formalisierung verleitet die Verwaltung dazu, über dem richtigen Procedere den Sachauftrag aus den Augen zu verlieren; dem Bürger, der keinen momentanen Nutzen daraus zieht, ist sie unverständlich.

12. Die Verwaltung entscheidet in eigener Sache. Institutionelle Neutralisierungen, beispielsweise in der Trennung von Vorhabenträger und Planfeststellungsbehörde, können sinnvoll sein, haben aber gelegentlich nur kosmetische Bedeutung und sind nicht verfassungsgefordert.

13. Die Begrenzung von Verfahrensrechten auf das formalisierte Gebilde „Verwaltungsverfahren“ (§ 9 VwVfG) ist im Grundsatz richtig; eine Auslösung der Verfahrensrechte durch die bloße Rechtsbetroffenheit ohne eine derartige Formalisierung und Strukturierung wäre kaum zu handhaben. Eine vorsichtige Ausdehnung auf abgrenzbare Verfahren schlichten oder privatrechtlichen Verwaltungshandelns ist geboten.

14. In Massenverwaltungsbereichen ist die Verwaltung nicht von der hinreichenden Aufklärung des gesetzlichen Sachverhalts in jedem Einzelfall entbunden. Engpässe müssen durch den Sach-, Verfahrens- oder Haushaltsgesetzgeber beseitigt werden.

15. In Großverfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten sind, auch angesichts der fließenden Übergänge zur Normsetzung, Bündelungen der Beteiligungsrechte und Anleihen bei Mechanismen der Normsetzung (öffentliche Bekanntmachung) zulässig.

16. Für echte Normsetzungsverfahren sieht die Verfassung auch bei unmittelbarer Betroffenheit parlamentarische Repräsentation und Delegation als ausreichende Rechtsverwirklichungsgarantien an.

17. *Verfahrensregelungen sind grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen. Das Recht auf ein gehöriges Verfahren (due process) folgt aus dem Grundrecht selbst. Verfahrensrechtsverstöße sind darum aber nicht zugleich schon immer Grundrechtsverstöße; Verfahrensrecht ist nicht grundrechtsnäher als das materielle Recht.*

IV. Das fehlerhafte Verfahren

18. *Das Verwaltungsverfahrensrecht ist nicht hinreichend eindeutig und formalisiert, um in der Handlungsperspektive der Verwaltung das Risiko verfahrensfehlerhaften Vorgehens in Grenzen zu halten. Die Aufhebung einer Sachentscheidung allein wegen eines Verfahrensfehlers ist als Regelsanktion im Hinblick auf die dienende Rolle des Verfahrens nicht angemessen.*

19. *Die scharfe Zäsur zwischen Ermessensakten und gebundenen Akten in § 46 VwVfG ist angesichts des häufig fiktiven Dogmas der „einen richtigen Entscheidung“ und wegen der Bedeutung des Verfahrens auch bei gebundener Verwaltung verfehlt. Die Zäsur sollte durch das Erfordernis der möglichen Kausalität bei Ermessensakten und durch die Einführung einiger absoluter Aufhebungsgründe bei solchen gebundenen Akten, die tatsächlich in hohem Maße verfahrensabhängig sind, abgemildert werden.*

20. *Das kommunale Rechtsetzungsverfahren verlangt aufgrund der vielfältigen Verfahrensvorschriften nach einer Abschwächung der absoluten Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern. Außer für den dinglich wirkenden Bebauungsplan sind Rügefristen weniger sachgerecht als die Anordnung der Unbeachtlichkeit gewisser Verfahrensfehler.*

21. *§ 44 a VwGO hindert nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des gefährdeten materiellen Rechts, auch wenn sie Verfahrenshandlungen betrifft.*

3. Aussprache und Schlußworte

Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag

Vorsitzender (Schmidt-Aßmann): Verehrte, liebe Kollegen! Wir wollen mit der Aussprache zum 2. Beratungsgegenstand beginnen. Die Referenten haben sich überlegt, inwieweit wir Ihnen einen Vorschlag zur Diskussionsgliederung unterbreiten sollen. Nach den guten Erfahrungen, die wir am gestrigen Tage mit nur wenigen Vorgaben gemacht haben, meinen wir, auch heute keine detaillierte Aufteilung des Diskussionsablaufs anstreben zu sollen. Immerhin empfehlen möchte es sich allerdings, zunächst die eher allgemeinen Fragen, die in beiden Berichten behandelt worden sind, zu besprechen. Hierher wären zu rechnen – um einige Stichworte zu nennen: der Begriff der Effizienz und die prägende Wirkung, die die Lehre von den Aufträgen der Verwaltung für diesen Begriff besitzt, weiter die Arten und der Begriff des Verwaltungsverfahrens; auch die in den Referaten behandelte grundrechtliche Seite, ebenso wie Stellungnahmen zu der besonders von Herrn *Pietzcker* einleitend geschilderten Verfahrensrealität gehören wohl in den ersten Teil. Es wäre schön, wenn sich dabei auch Verbindungslinien zum gestrigen Thema ziehen ließen. Sicherlich werden allgemeine Fragen gerade bei unserem Beratungsgegenstand nicht darzustellen sein, ohne in dem einen oder anderen Punkte auf Sonderprobleme einzugehen. Nur Diskussionsbeiträge, die sich mit ausgesprochenen Sonderfragen befassen wollen, also z. B. mit der Verfahrensfehlerlehre oder mit dem Zusammenspiel von Mitwirkungslast und Präklusion, sollten einem späteren Abschnitt der Aussprache vorbehalten bleiben. – Soweit unser Gliederungsvorschlag!

Es liegen eine Anzahl von Wortmeldungen zu allgemeinen und zu besonderen Punkten bereits vor. Aus der ersteren Gruppe darf ich zunächst Herrn *Badura* bitten, das Wort zu nehmen.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! In den höchst anregenden beiden Referaten haben wir über die Verwaltung hauptsächlich gehört, wie sie zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag *sich einfügt*. Dazu möchte ich bemer-

ken, daß die Verwaltung durch die Durchführung des Verwaltungsverfahrens Verwaltungseffizienz und Rechtsschutz nur in einem verhältnismäßig geringen Maße selbst beeinflussen kann, und daß man, wenn man anstrebt, das richtige Mittelmaß oder die richtige Mischung von Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag zu finden, wie das in den Referaten ja auch geschehen ist, sowohl den Gesetzgeber als auch den Richter in die Betrachtung notwendig einbeziehen muß.

Ich möchte die These vertreten, daß Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzmöglichkeiten hauptsächlich vom Gesetz abhängig sind, da das Gesetz die Entscheidungsaufgabe, die Entscheidungskriterien und auch das Verwaltungsverfahren, das hier im Vordergrund steht, bestimmt und regelt. Das Gesetz darf dann, wie es von beiden Referenten auch empfohlen worden ist, nicht nur global sein. Vielmehr muß es sachgebietsbezogen, sachgebietsspezifisch differenziert regeln, in welcher Weise die verschiedenen berührten Belange, Aufgaben, Interessen, Rechte in dem Verwaltungsverfahren erledigt werden können. Ich glaube, daß es richtig ist zu sagen, daß vor allem durch *Rechtssicherheit* Effizienz gefunden werden kann. Herr *Wahl* hat gesagt: Effizienz durch Rechtssicherheit, und auch Herr *Pietzcker* hat in seiner These 4 diesen Punkt hervorgehoben. Rechtssicherheit kann aber in erster Linie durch das Gesetz, vielleicht überhaupt nur durch das Gesetz, geschaffen werden. Daß etwa eine unklare Fassung des Gesetzes der Rechtssicherheit Abbruch tun kann, zeigt die Interpretation des § 20 VwVfG, auf die Herr *Pietzcker* abgestellt hat, vor allem aber des § 46 VwVfG, mit dem sich beide Referenten, und zwar mit unterschiedlichem Ergebnis, befaßt haben. Herr *Wahl* meinte, der § 44 a VwGO sei disfunktional, aber er meint das offenbar deswegen, weil er den § 46 doch nicht ganz so ernst und fest nehmen will, wie Herr *Pietzcker* es getan hat. Ich glaube, daß die Lösung von Herrn *Pietzcker* mehr Erfolg verspricht, weil sie die dienende Rolle des Verwaltungsverfahrens gegenüber dem materiellen Recht entschiedener zur Geltung bringt, als der in seiner Konsequenz schwer überschaubare Versuch, durch Abschichtung innerhalb des Verwaltungsverfahrens Fehler gewissermaßen wieder loszuwerden, sie nicht zu „speichern“, wie sehr anschaulich gesagt worden ist. Man hätte eben dann stattdessen einen bunten Strauß von Gerichtsverfahren auf den verschiedensten Instanzebenen parallel zu einem, zwei oder drei Verwaltungsverfahren laufen, und ich glaube, daß da zuviel an Komplexität wäre. Ich meine also, daß für dieses offenkundig bestehende Problem die Lösung von Herrn *Pietzcker* eher den Vorzug verdienen dürfte – vor

allem die Thesen 18 und 19 – als der Versuch, durch eine stärkere Verflechtung von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Sache Herr zu werden.

Durch das Gesetz muß auch klar festgelegt werden, ob und welche *Rechte Dritter* im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren und auf die Entscheidung bestehen. Ich finde es nicht richtig, wenn ein großer Teil der Energie der Verwaltungsgerichte und auch der Wissenschaft der Interpretation schlechter oder unverständlicher oder unklarer Gesetze gewidmet wird, statt sich der eigentlichen Sachaufgabe zuzuwenden, die in diesen Verfahren ja eigentlich in der Mitte stehen sollte: die Verwaltungsaufgabe und ihre sachgemäße Erledigung, die Effizienz sowohl, als auch – unter Beachtung der betroffenen Rechte – der Rechtsschutzauftrag. Es ist also der Politiker, an den man sich in erster Linie adressieren muß, wenn man Effizienz und Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren in einer vernünftigen und gerechten Weise verwirklicht finden will. Daß man mit Hilfe des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte die Unzulänglichkeit der Gesetzgebung beheben kann, glaube ich nicht. Die Hypertrophie der Betrachtung von Rechtsschutzfragen und Grundrechtsfragen in diesem Bereiche kann ich mir nur so erklären, daß man eben nur auf diesem Wege, über die *Verfassung*, versucht, das herzustellen, was der Gesetzgeber nicht in einer hinreichenden Weise zustandegebracht hat – abgesehen von dem vielleicht mehr technischen Punkt, daß eben manchmal die Revisibilität nur durch die Grundrechte vor dem Bundesverwaltungsgericht gesichert ist.

Das Gesetz, meine ich, muß auch konkretisieren, bestimmen, regeln, festlegen, ausformen, inwieweit das *Rechtsstaatsprinzip* und die *Grundrechte* im Verwaltungsverfahren zur Geltung zu kommen haben. Die geläufig gewordene Methode, gewissermaßen beides zugleich wie gleichartige Normen – Verfassungsgesetze, Grundrechte und einzelne Normen, Verwaltungsvorschriften, alles mögliche – im Verwaltungsverfahren als Entscheidungsmaßstäbe zu verwenden, dürfte ein wesentlicher Grund für die Unsicherheit sein, die über dem Ausgang von vielen dieser Verfahren schwebt. Durch das Gesetz muß festgelegt werden, in welcher Weise Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip für die Durchführung der Verwaltungsaufgaben auszuformen sind, und die Verwaltung sollte, was ihre Aufgabe betrifft, so verstanden werden, daß sie das Gesetz „vollzieht“ und nicht die Verfassung.

Meyer: Ich stimme mit Herrn *Badura* darin völlig überein, daß der Gesetzgeber gefordert ist, habe aber kein Verständnis

dafür, daß die Schwierigkeiten in der Unklarheit von § 20 und § 46 VwVfG liegen sollen. Im Gegenteil, die §§ 20 und 46 VwVfG sind in ihrer Entstehungsgeschichte und in ihrem Wortlaut völlig klar. Nur, sie passen Herrn *Badura* nicht. Und weil sie ihm nicht passen und weil sie Herrn *Pietzcker* nicht passen, legen sie sie contra legem aus und schaffen damit jene Unsicherheit in den Verwaltungsprozessen, die Herr *Badura* gerade beklagt hat.

Battis: Herr Vorsitzender, meine verehrten Kollegen! Ich möchte Herrn *Badura* widersprechen, und zwar bin ich nicht seiner Meinung, daß vom Gesetzgeber große Abhilfe zu erwarten ist. Vielmehr meine ich, daß eine Wende zum Besseren, die – darin bin ich mir mit Herrn *Badura* einig – gefordert ist und eintreten muß, daß diese Wende zum Besseren am ehesten und mit größerer Aussicht auf Erfolg durch die Verwaltungsgerichte selbst herbeigeführt werden kann; mit anderen Worten: Abhängigkeit auch des Verwaltungsverfahrens in erster Linie von der Handhabung seiner Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte. Ich glaube, dafür gibt es auch einige Beispiele in der Praxis, z. B. einerseits die sehr weitgehende Kontrolle und darin eingeschlossene Steuerung der Bauleitplanung durch die Verwaltungsgerichte, die ein ganz spezifisches Selbstverständnis haben, das ja auch Herr *Wahl* zu Recht angesprochen hat, und zum anderen die Baulandkammern, die ebenfalls die Anwendung genau derselben Verfahrens- und Planungsnormen kontrollieren, jedoch als Zivilgerichte sehr viel vorsichtiger vorgehen, sehr viel weniger aufheben und damit letztlich dem Hauptinteresse der Beplanten – zu verlässlichen Daten zu kommen –, in der Regel eher gerecht werden. Ich meine, daß ein Wandel des Selbstverständnisses der Verwaltungsgerichte wichtiger ist als irgendwelche Maßnahmen des Gesetzgebers. Dafür lassen sich als weiteres Beispiel anführen die §§ 155 a und b BBauG. Der Gesetzgeber hat in den §§ 1 ff. BBauG ein hochentwickeltes Verfahren vorgeschrieben, hat es dann im Schlußteil zurückgenommen, in dezidierter Frontstellung gegen die Verwaltungsgerichte. Das kann man ja in den Bundestagsprotokollen nachlesen. Und was machen die Verwaltungsgerichte – natürlich assistiert von einigen aus unserem Kreis –? Überspitzt formuliert: Sie ignorieren diese Vorschriften, indem sie sie ganz restriktiv auslegen und weiter in ihrer bisherigen Art judizieren. Natürlich können sich die Gerichte dabei immer berufen auf Art. 19 IV GG und in Zukunft auch auf Herrn *Pietzcker*.

Ich stimme Herrn *Badura* insofern zu, daß – und das ist ja auch gemeinsamer Nenner der beiden Referate gewesen –, die Grundrehtediskussion um Verfahrensrechte wohl ihren Scheitelpunkt schon überschritten hat. Das zeigte sich auch in den Begleitaufsätzen. Ich fände es sehr bedauerlich, wenn die Teilhabelehre, die ja nun doch, wenn man es so sagen darf, weniger erbracht hat, als es zunächst den Anschein hatte, wenn diese nun im Verfahrensrecht fröhliche Urständ' feierte und hier ebenfalls mehr zur Verwirrung als zur Klärung beitrüge.

Erlauben Sie mir noch eine letzte Bemerkung: Beide Referenten haben übereinstimmend betont – und ich meine auch zu Recht –, daß das Verfahren sachbereichsbezogen und sachbereichsspezifisch kodifiziert werden sollte. Sie haben sich beide insoweit gegen weitere generalisierende Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgesprochen. Ich stimme dem zu, würde aber das Verwaltungsverfahrensgesetz etwas in Schutz nehmen wollen. Denn wenn wir mal reingucken in den fünften Teil, wo von den besonderen Verwaltungsverfahren die Rede ist, ja, was steht denn da? Das ist nicht unbedingt der „Charme des Gestrigen“, sondern da steht doch im wesentlichen gar nichts drin, sondern es wird verwiesen auf die Spezialgesetze, die ohnehin hier schon in großem Umfang Regelungen treffen. Ich finde, es ist gut, daß sich der Gesetzgeber hier zurückgehalten hat. Er sollte dies auch in Zukunft im Verwaltungsverfahrensgesetz hinsichtlich der Regelung besonderer Verwaltungsverfahren so belassen. Ein anderes Problem – und da stimme ich Herrn *Pietzcker* zu – ist, daß gesetzlich ausgeschlossen werden müßte, daß bei bestimmten Projekten eine zu große Wahlmöglichkeit besteht. Sie brachten das Beispiel der Einrichtung einer Fußgängerzone –, daß die Verwaltung es sich gewissermaßen an den Knöpfen abzählen kann, nach welchem Verfahren sie vorgehen will, mit schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen. Aber im übrigen würde ich auch insoweit meinen, sollten wir vom Gesetzgeber nicht zu viel erwarten. Vielen Dank.

Ossenbühl: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich habe das Votum von Herrn *Badura* in dem Sinne verstanden, daß es sich gegen den seit dem Mühlheim/Kärlich-Beschluß Mode gewordenen forschen Zugriff unmittelbar auf die Verfassung wendet, um aus dieser Verfassung dann ganze Verfahrensordnungen abzuleiten oder zumindest jene verfahrensrechtlichen Ergebnisse und Konsequenzen, die man sich wünscht. Und wer denn nun recht hat – Herr *Meyer*, Sie oder

Herr *Badura* – im Hinblick auf den § 46 VwVfG, das will ich jetzt nicht weiter prüfen, sondern es kommt mir jetzt auf die Methode an, mit der hier Verfahrensrecht betrachtet und behandelt wird. Insoweit sehe ich einen Problemzusammenhang mit unserem Thema. Denn auch bei der Behandlung des gestrigen Themas hatten wir doch ständig Stufenprobleme. Es war unklar, wo man Grundpflichten ansiedeln sollte, in der Verfassung oder unterhalb der Verfassung, und diese Unsicherheit in der Verankerung von Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätzen im Stufenbau unserer Rechtsordnung ist eigentlich der Grund auch für die Verunsicherung der neueren Verfahrensdiskussion. Kein Mensch weiß genau, was ist hier an verfassungsharter Substanz vorhanden, das seinerseits eben wieder mit Bindungswirkung das einfache Recht dirigiert und ausprägt. Das ist meines Erachtens auch das Problem dieser verfahrensrechtlichen Diskussion, und ich würde meinen, wir müßten zurückfinden zu einer strengen gesetzesorientierten Betrachtungsweise, d. h. wir müßten eine Frontstellung einnehmen gegen die Tendenz, aus Grundrechten einzelne Verfahrensprinzipien abzuleiten, um mit diesen Verfahrensprinzipien im Rücken gewünschte verfahrensrechtliche Ergebnisse zu erzielen. Wir wissen, daß natürlich in verfahrensrechtlichen Regelungen Grundrechtsgehalte aufgehoben sein können, die – nach der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts – „spezifisches Verfassungsrecht“ sein können und dann den Weg nach Karlsruhe eröffnen. Aber was „spezifisches Verfassungsrecht“ ist, das ist ja bekanntermaßen dem unerforschlichen Ratschluß des Gerichts anheimgestellt, so daß ich meine, es würde zu einem Chaos führen, wenn man mit diesem verunsichernden Etikett jetzt die verfahrensrechtliche Diskussion belastet.

Thieme: Meine Herren, ich glaube, wir sollten dem Vorstand sehr dankbar sein, daß er dieses Thema heute auf die Tagesordnung gesetzt hat, daß er uns mit dem Effizienzbegriff, d. h. mit einem sozialwissenschaftlichen Begriff konfrontiert und die Frage gestellt hat: Wie sieht es denn bei uns Juristen eigentlich aus, wenn wir auf sozialwissenschaftliche Kategorien Bezug nehmen müssen. Ich glaube, hier ist noch einiges zu tun! Ich will die Verdienste, die die Referenten haben, keineswegs schmälern. Aber vielleicht sollten wir doch einige Punkte hierzu notieren. Zunächst hat Effizienz mit Leistung zu tun, mit den verschiedenen Leistungen, wobei nicht nur die Rechtsrichtigkeit, sondern – die Referenten haben es gesagt – u. U. auch Zweckmäßigkeit, Bürgernähe und manches andere

wichtig sind. Aber dazu gehört – und das macht die Diskussion schwieriger – nicht nur die Leistungsseite, sondern auch die Frage des Ressourcenverbrauchs, Menschen, Geld, Zeit.

Wenn wir also jetzt anfangen, unser Problem, nämlich den Rechtsschutz, mit der Effizienz zu konfrontieren, so haben wir es mit einem höchst diffusen Thema zu tun. Wir haben völlig inkommensurable Teilbegriffe, die dazu führen, daß eigentlich eine Antwort auf das Thema kaum möglich ist, es sei denn, man macht es an einigen kleinen Details fest, so, wie das sowohl bei den Referenten als auch von den bisherigen Diskussionsteilnehmern schon geschehen ist.

Nun hat uns die Diskussion noch eine weitere Schwierigkeit unseres Themas gelehrt, nämlich die Tatsache, daß wir zum Teil mit der Illusion herumlaufen – Herr *Badura* hatte das noch einmal so schön klargemacht – daß es eine Lösung gäbe, daß das Recht einfach da sei, von uns Juristen also nur aufgenommen werden müßte; doch stimmt das nicht. Bei der Problemstellung geht es dann um die Frage, welche Tatbestände, welche Tatbestandselemente wir in das Verfahren einbeziehen und welche wir herauslassen. Weiter sind da die unbestimmten Rechtsbegriffe, die Ermessensbereiche usw. So ist das Recht – und das haben die Referenten uns gezeigt und im Grunde wissen wir das auch – etwas, was es gar nicht gibt, sondern was im Verfahren entsteht. Wir mögen also sagen: Von der Rechtsnorm, die ist da, haben wir eine Vorstellung; aber die Anwendung des Rechts ist jedes Mal eine Sache, die im Einzelfall erst das Recht zum Leben bringt. Nehmen wir beides zusammen: einerseits den diffusen und nicht recht regierbaren Begriff der Effizienz, und auf der anderen Seite die Tatsache, daß auch die Rechtsfindung, die Rechtsanwendung, auch mit erheblichen Unsicherheiten und Risiken, belastet ist, so wird deutlich, welche Rolle das Verfahren in unserer Fragestellung hat. Damit ist das Verwaltungsverfahrensgesetz angesprochen, mit Recht, aber das Verwaltungsverfahrensgesetz ist ja ein sehr offenes Gesetz. Man hat ja damals einen „Trick“ benutzt, daß man das allgemeine materielle Verwaltungsrecht mit aufgenommen hat. Die Zahl der eigentlichen Verfahrensvorschriften ist dadurch wesentlich geringer als die Zahl der Paragraphen. Hinzu kommt weiter, daß das förmliche Verfahren, so, wie es im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist, praktisch gar nicht existiert, so daß die Gesamtzahl der Vorschriften noch weiter zusammenschmilzt.

Tatsächlich ist das Verwaltungsverfahrensgesetz nur ein Instrument, um einen Informationsvorgang zu organisieren und der rechtsanwendenden bzw. ermessensanwendenden Behör-

de möglichst eine gute Chance der vollen Information zu verschaffen. Unter diesem Gesichtspunkt sollte man das Thema sehen. Das heißt aber: Wir befinden uns gar nicht in einem Konflikt zwischen Rechtsschutz und Verfahrenseffizienz, sondern wir haben im Grunde eine parallele Interessenlage. Das Verfahren ist überhaupt nur dazu da, durch eine möglichst vollständige Information, durch die Schaffung des Gesprächs zwischen der Behörde und den sonstigen Beteiligten, evtl. auch zwischen mehreren Behörden, das Recht in einer Weise zur Anwendung zu bringen, daß die Entscheidung, die eine Einzelfallentscheidung ist, konsensfähig wird. Das ist das Wesentliche an der Effizienz unseres Rechts, daß die Entscheidungen konsensfähig werden oder bleiben.

Quaritsch: Beide Referenten haben die von ihnen bevorzugte hohe Abstraktionsebene gelegentlich verlassen und sind auf konkrete Verfahren eingegangen, unter anderem auf das Asylverfahren. Mit ihm müssen wir uns in der Tat wohl befassen, nachdem seit zwei Jahren an vielen deutschen Verwaltungsgerichten ein oder zwei Kammern ausschließlich mit Asylsachen beschäftigt sind und auch noch einige Zeit beschäftigt sein werden. Beide Referenten waren sich darin einig, die gesetzlich vorgesehenen Schwerpunkte seien verlagert worden in der Weise, daß die grundrechtlich garantierte Einzelfallbehandlung aus dem Verwaltungsverfahren in das Gerichtsverfahren gewandert sei. Die Beobachtung ist tendenziell richtig. Diese Verlagerung ist aber nicht zu tadeln, sondern ein Beispiel für die hohe Flexibilität unserer Staatsorganisation. Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit haben auf eine atypische Situation und auf einen atypischen Sachverhalt richtig reagiert. Ich möchte das erläutern.

95 % unserer Asylverfahren sind keine Anwendungsfälle von Art. 16 GG; dieses Grundrecht und die deutschen Verfahrensgarantien werden dazu benutzt, um sich entweder den Daueraufenthalt in der Bundesrepublik zu erschleichen oder doch zumindest einen zeitlich begrenzten Aufenthalt in der Bundesrepublik zu erreichen. Das Mittel dazu sind die spezifisch deutschen Modalitäten des Anerkennungsverfahrens, Gerichts- und Anwaltskosten sind betriebswirtschaftlich einkalkulierte Kosten für den Aufenthalt in der Bundesrepublik. In allen diesen Fällen wissen die Beteiligten, daß der 1973 verfügte Anwerbestop umgangen werden soll. Die Beteiligten wissen auch, daß alle Verfahrensmöglichkeiten bis zur Nichtzulassungsbeschwerde ausgeschöpft werden. Wenn das Asylverfahren beim Bundesverwaltungsgericht abgeschlossen ist,

wird mit einem neuen Asylgrund das Ganze u. U. noch einmal durchexerziert. Ist aber von vornherein in 95 % aller Fälle sicher, daß sich an das Verwaltungsverfahren ein verwaltungsgerichtliches Verfahren bis zum Bundesverwaltungsgericht anschließen wird, dann reagiert die Verwaltung richtig, wenn sie ihr eigenes Verfahren tunlichst abkürzt, weil ohnehin das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht folgen wird. § 2 des Zweiten Gesetzes zur Beschleunigung des Asylverfahrens von 1980 hat daher zu Recht dem alten Anerkennungsverfahren (§ 30 AusländerG) eine Schlankheitskur verordnet. Immerhin, es findet noch eine Anhörung statt, und interessanterweise kommt in der Praxis die erste Anhörung des Asylbewerbers der Wahrheit meistens am nächsten, jedenfalls dann, wenn er nicht von einem Rechtsanwalt beraten oder begleitet ist. Die gründliche Sachverhaltsaufklärung und die Auseinandersetzung mit den Behauptungen des Asylbewerbers ist in das verwaltungsgerichtliche Verfahren verlegt. Der vorgetragene Lebenssachverhalt kann im Grunde auch nur in einem richterlichen Verfahren umfassend gewürdigt werden. Denn – und hiermit komme ich auf meinen zweiten Punkt – es ist diese eigentliche Sachverhaltsaufklärung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch eine Reaktion auf einen für die Verwaltung atypischen Sachverhalt: Hier werden Lebensschicksale vorgetragen. Es muß ein schwieriger, verworrener und dunkler Sachverhalt aufgeklärt und aus den vielen unechten müssen die echten Asylbewerber herausgefiltert werden. Dazu gehört die Befähigung zum Richteramt; § 30 AusländerG hatte dies für den Vorsitzenden des Anerkennungsausschusses vorgeschrieben. Aber ein gerichtliches Verfahren eignet sich zur Aufklärung dieser Fälle besser als ein Verwaltungsverfahren, jedenfalls dann, wenn jedem Asylbewerber die Verfahrensgarantien einer Großen Strafkammer geboten werden sollen (das Ausland sieht dies anders und kennt regelmäßig nur ein Verwaltungsverfahren). Unter diesem Aspekt ist zu fragen, ob das Anerkennungsverfahren vom Gegenstand her für das Verwaltungsverfahren taugt. Wir kennen auch sonst Verfahren, in denen materiell verwaltet wird, die aber von vornherein den Gerichten überwiesen sind. Herr *Bettermann* hat vor Jahren deutlich gemacht, daß die meisten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eigentlich in die Verwaltung gehören, aber aus praktischen Gründen den Gerichten übertragen worden sind, weil dort eine weisungsfreie Würdigung des Sachverhalts und eine bessere Abwägung aller Umstände garantiert sind. Die Konstruktion des § 30 AusländerG, aber auch die Ausgestaltung des Anerkennungsverfahrens für Kriegsdienstverweige-

rer zeigen zwar, daß auch Verwaltungsverfahren gerichtsförmig ausgestaltet werden können. Wirklich notwendig sind solche gerichtsförmigen Gestaltungen in der Verwaltung aber nur dann, wenn sich ein verwaltungsgerichtliches Verfahren nicht anschließt. Das ist aber in der Bundesrepublik wegen Art. 19 IV GG unmöglich.

Doch zurück zur Auffassung der Referenten. Die scheinbar systemwidrige Verkürzung und Umwandlung des Verwaltungsverfahrens in ein formularmäßiges Anhörungsverfahren mit formularmäßiger Begründung erfüllt die Forderung nach Effizienz, weil die eigentliche Entscheidung ohnehin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren fällt. Dem Rechtsschutzanspruch wird Genüge getan, weil Rechtsschutz die Verwaltungsgerichte gewähren und es zum Verfahrensbild gehört, daß der Rechtsschutz stets von den Verwaltungsgerichten eingefordert wird.

Herr *Pietzcker* hat die Verwertung der Gutachten des Auswärtigen Amtes im Asylverfahren kritisiert. Dieser Kritik vermag ich mich nicht anzuschließen. Die Gutachten sind besser als die Anträge der Asylbewerber glauben machen wollen. Auch sind die Verwaltungsrichter durchaus in der Lage, diese Gutachten zu deuten. Verglichen mit der Glaubwürdigkeit von Zeugen und Zeugnissen, die von den Asylbewerbern auf- und angeboten werden, sind die Verwaltungsgerichte mit den amtlichen Gutachten immer noch am besten bedient. Im übrigen haben sich die Verwaltungsrichter sehr schnell in die innenpolitische Situation ihrer „Dezernatsländer“ eingearbeitet und können durch entsprechende Befragung des Asylbewerbers Spreu vom Weizen trennen.

Das Beispiel des Asylverfahrens führt zu der allgemeinen Frage, ob es für die Zuweisung zur Verwaltung oder Justiz irgendwelche Maßstäbe gibt. Dazu wären die Erwägungen zu repetieren, die Vereins- und Handelsregister, Grundbuch und Nachlaßsachen in die freiwillige Gerichtsbarkeit und die sog. Justizverwaltungsakte in das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG geführt haben. Ein Indiz für die Tauglichkeit des Verwaltungsverfahrens: wenn es von den Beamten des gehobenen Dienstes sachkundig durchgeführt werden kann. Ist von vornherein ein Ausschuß notwendig, dessen Vorsitzender zum Richteramt befähigt sein muß, dann sollte im Zweifel ein Gericht zuständig sein. Die bisherige Aneinanderreihung zweier Verfahren ist in solchen Fällen regelmäßig ineffizient. Das gerichtliche Verfahren allein würde für den Rechtsschutz ausreichen und die Verwaltung von einem ihr wesensfremden Verfahren entlasten.

Vorsitzender: Danke schön. Jetzt drei Zwischenmeldungen. Zunächst Herr *Zuleeg*.

Zuleeg: Heute früh ist davor gewarnt worden, daß Effizienz in den Vordergrund gerückt werden und das Gesetz vielleicht in den Hintergrund treten könnte. Ich meine, dieser Vorschlag von Herrn *Quaritsch*, die Gewichte so stark in Richtung Effizienz zu verschieben, geht erstens am Gesetz vorbei: § 24 VwVfG erlegt den Verwaltungsbehörden die Erforschung des Sachverhalts auf. Und was formularmäßig hier bei den Asylbehörden geschieht, das ist keine Erforschung des Sachverhalts. Zweitens ist es so, daß meiner Meinung nach auch ein Verwaltungsjurist in der Lage sein sollte, die Fälle herauszusuchen, die Asyl verdienen und die anderen abzuweisen.

Bullinger: Das ist genau der Punkt, wo ich nicht Ihnen zustimmen kann, sondern nur Herrn *Quaritsch*. Verwaltungsrichter sind geneigt, ihre eigenen Maßstäbe für eine gründliche Aufklärung eines Falles auch an die Verwaltung erster Instanz anzulegen und zu sagen, es liege ein Verfahrensfehler vor, weil die Verwaltungsbehörde nicht ebenso sorgfältig aufgeklärt habe wie der Verwaltungsrichter. Das ist ein grundlegender Irrtum. Man kann von der Massenverwaltung beim besten Willen nicht verlangen, daß sie dieselbe Gründlichkeit in jedem einzelnen Fall walten läßt wie der Richter. Ich gebe Ihnen ein Beispiel: Ich bin Richter in Erschließungsbeitragssachen und rechne, zusammen mit dem Zeitaufwand der übrigen Richter, pro Akte etwa 80 Stunden für gründliche Aufklärung. Nehmen Sie an, 100 Verfahren seien in einem Erschließungsgebiet anhängig. Rechnen Sie: 80 Stunden mal 100 – Sie kämen auf 8000 Arbeitsstunden. Das zeigt Ihnen, daß man in der Massenverwaltung gestufte Anforderungen an die Aufklärung stellen muß: geringe Anforderungen in der ersten Instanz, höhere im Widerspruchsverfahren, noch höhere im erstinstanzlichen Verwaltungsgerichtsverfahren, erst recht höhere in der zweiten Gerichtsinstanz.

Bettermann: Wenn Sie 100 Erschließungsfälle haben aus derselben Anlage für die Erschließung, deren Finanzierung durch den Erschließungsbeitrag gedeckt werden soll, dann haben Sie nicht 100 mal 80 Stunden, sondern einmal 80 Stunden, denn die Fälle werfen alle dieselben Fragen auf – ich führe zur Zeit einen Anliegerprozeß.

Isensee: Nur eine Zwischenbemerkung zum Dilemma des Asylverfahrens: In der Praxis des Asylrechts, aber auch in

anderen Bereichen des Aufenthaltsrechts für Ausländer, steht das Verfahrensrecht nicht im Dienst des Sachrechts. Vielmehr ersetzt und überwuchert das Verfahren weithin das materielle Recht. Der bloße Antrag auf Asyl ist das „Sesam-öffne-Dich“. Er verschafft kraft des verfahrensrechtlichen Automatismus, den er auslöst, die Sache, auf die sich der Antrag richtet: nämlich das Aufenthaltsrecht. Der Antragsteller erhält das Aufenthaltsrecht, damit er sein Verfahren, das über seinen Aufenthaltsantrag entscheidet, austragen kann: das möglichst weit hinzuziehende Verwaltungsverfahren und das möglichst lange hinzuschleppende Gerichtsverfahren. Solange das Verfahren dauert, besitzt der Antragsteller, was er eigentlich erst beantragt. Er kann es erst verlieren, wenn die Entscheidung ergeht, die das Verfahren rechtskräftig abschließt. In mehr als 90 v. H. der Asylverfahren geht das verfahrensfundierte Aufenthaltsrecht denn auch verloren. Das Urteil über die Verpflichtungsklage erhält hier eine völlig perverse Funktion. Freilich ist die Gefahr, daß das Aufenthaltsrecht endet, trotz einer Prozeßniederlage nicht unbedingt gegeben, weil nach dem Asylverfahren sich ein Verfahren auf Erteilung der normalen Aufenthaltserlaubnis, ein Verfahren gegen Ausweisung und Abschiebung beginnen läßt, so daß der Ausländer am Ende selbst dann, wenn er in der langen Zeit keinen aufenthaltsgarantierenden Eheschluß mit einer Deutschen zustande brachte, der Nachweis gelänge, daß er aufgrund seines langen Inlandaufenthalts und seiner intensiven Prozeßerfahrung dauerhaft in den deutschen Rechtsschutzstaat integriert ist.

Fazit: Hier herrscht die Spannung nicht zwischen Rechtsschutzauftrag und Verwaltungseffizienz, sondern zwischen formellem und materiellem Recht. Das Verfahrensrecht ist dem einzelnen nützlicher als die Sache selbst. Eine Patentlösung für das Dilemma weiß ich nicht zu nennen. Doch wenigstens ein Hinweis auf die Art des Dilemmas: Die Verfahrensprobleme, die das Asylrecht aufwirft, haben nichts zu tun mit denen des Massenverfahrens, die es im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht gibt. Dort geht es um flächendeckende Verwaltungsaufgaben, hier dagegen ausschließlich um den Einzelfall (mag dieser auch in großer Zahl auftreten): die Feststellung, ob eine einzelne Person politisch verfolgt ist, also die Feststellung höchstpersönlicher Grundrechtsvoraussetzungen.

H. P. Schneider: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Die bisherige Diskussion bringt mich auf den Gedanken, eine Differenzierung vorzuschlagen. Für Art, Umfang und Intensi-

tät grundrechtlichen Verfahrensschutzes müßte man wohl zwischen Verfahren mit *grundrechtsfeststellender* und *grundrechtsausgestaltender* Wirkung unterscheiden. Grundrechtsfeststellende Wirkung hat ein Verfahren dann, wenn sein – im Sinne des Antragstellers – erfolgreicher Abschluß die Voraussetzung für eine tatsächliche Inanspruchnahme des jeweiligen Grundrechts ist. Hierzu gehören alle „Anerkennungsverfahren“, z. B. als Kriegsdienstverweigerer oder als Asylberechtigter. Demgegenüber würde ich von „nur“ *grundrechtsausgestaltender* Wirkung bei den Verfahren sprechen, die – wie etwa das *numerus-clausus*-Verfahren oder das Baugenehmigungsverfahren – lediglich bestimmte Grundrechte unmittelbar berühren oder sachlich auf sie bezogen sind. Von dieser Unterscheidung ausgehend, möchte ich behaupten, daß zumindest bei Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung das Verfahrensrecht zweifellos verfassungsnäher, auch „grundrechtsnäher“ ist als das materielle Recht.

Hier ergibt sich nun für mich ein gewisser Dissens zur These 17 von Herrn *Pietzcker*, die ich mit einem Fragezeichen versehen muß. Selbst wenn man Ihrem Satz 1, Herr *Pietzcker*, weitgehend zustimmt, wonach Verfahrensregelungen grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen seien, geht es doch bei der Frage nach Umfang und Intensität grundrechtlichen Verfahrensschutzes nicht in erster Linie um die Verfahrensregelungen als solche, sondern um ihre verfassungskonforme Auslegung und darum, ob und inwieweit Verfahrensverstöße u. U. Eingriffscharakter haben können. Hier würde ich nun meinen – und das hat nichts mit einer Hypertrophie des Grundrechtsschutzes zu tun, Herr *Badura* –, daß bei Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung in der Tat Verfahrensverstöße auch als Grundrechtseingriffe anzusehen sind. Dagegen könnte man sich bei Verfahren mit grundrechtsausgestaltender Wirkung Ihrer Meinung anschließen, Herr *Pietzcker*.

Mit meiner Anregung, entsprechend zu differenzieren, möchte ich zugleich den Vorschlag von Herrn *Quaritsch* noch einmal aufgreifen. Ich bin ebenfalls der Ansicht, daß Verfahren mit grundrechtsfeststellender Wirkung jedenfalls *de lege ferenda* bei den Gerichten eigentlich besser aufgehoben sind als bei den Verwaltungsbehörden.

Bachof: Dies sollte eigentlich eine „Spontanbemerkung“ zu Herrn *Bettermann* sein, weil er gesagt hat: *iudex non calculat*. Wie gut, daß hier nur Verwaltungsrichter und keine Familienrichter anwesend sind. Die hätten aufgeschrien, die Versor-

gungsausgleichsgeplagten. Aber auch der Verwaltungsrichter muß heute rechnen. Beim Asylverfahren freilich nicht. Aber wenn man z. B. in einem Planungssenat sitzt und in einem größeren Bebauungsplanverfahren vier oder fünf divergierende Gutachten zur TA Luft und TA Lärm und zur prozentualen Überschreitung oder Unterschreitung der diesbezüglichen Werte beurteilen soll, dann muß man seitenlange Berechnungen nebst Tabellen nachprüfen. Da sitzen dann die Richter und arbeiten mit dem Taschenrechner. Ohne den ist das überhaupt nicht zu machen. Die schöne Zeit, wo der iudex nicht rechnete, ist leider lange vorbei.

Bullinger: Es geht um keinen Rechenfehler, sondern in jedem Erschließungsbeitragsfall sind so viele besondere Gegebenheiten, die eine eigene Aufklärung erforderten, daß in der Tat ein sehr hoher Stundenaufwand entstünde, wenn von der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde in jedem einzelnen Erschließungsbeitragsfall die Verfahrensgarantien ebenso angewendet werden müßten wie sie dann im richterlichen Verfahren zu beachten sind. Im Widerspruchsverfahren ist es schon wieder etwas anders.

Kloepfer: Ich möchte einiges sagen zu dem Verhältnis von Grundrechten und Verfahrensrecht. Die Referenten sind ja vorsichtig und behutsam vorgegangen, während einige Diskussionsbeiträge vielleicht überakzentuiert etwa appelliert haben: Zurück zur Grundrechtsferne von Verwaltungsverfahren! Und wir haben ja auch schon Verdikte gehört über grundrechtliches Leistungsdenken. Ich meine, hier muß man doch stärker differenzieren. Natürlich ist es nicht richtig, in jedem Verfahrensfehler einen Grundrechtsverstoß zu sehen. Aber meines Erachtens ist es auch nicht richtig, sozusagen zur totalen Isolierung des Verwaltungsverfahrens von den Grundrechten zurückzukommen.

Insoweit ist die These 17 von Herrn *Pietzcker* bereits genannt worden, der ansonsten doch in sehr eindrücklicher Form dargestellt hat, wie eng zum Teil auch die Grundrechte auf das Verfahrensrecht einwirken können. Nun ist dieser Satz: „Verfahrensregelungen sind grundrechtsdogmatisch nicht als Eingriff zu verstehen“ zunächst einmal davon abhängig, was man unter Eingriff versteht. Dieser Satz wird umso richtiger, je rigider man den Eingriffsbegriff faßt, je enger, je traditioneller. Wenn man aber die neuere Entwicklung der Eingriffslehre im Grundrechtsbereich zugrundelegt, wird man wohl über den klassischen Grundrechtseingriff im Sinne des finalen und un-

mittelbaren „Einschneidens“ hinausgehen müssen, und ob dann dieser Satz so noch haltbar ist, erscheint in der Tat doch wohl problematisch zu sein.

Ich frage zunächst einmal: Selbst wenn man einen technischen Eingriffsbegriff zugrundelegt, ist etwa bei Justizgrundrechten dieser Satz, der zugegebenermaßen spezifisch auf das Verwaltungsverfahren zielt, haltbar? Jedenfalls wenn man den Satz verallgemeinert auf das Prozeßrecht, ist er nicht überzeugend, auch wenn man einen technisch engen Eingriffsbegriff zugrundelegt. Eine Verfahrensregelung, die ein Justizgrundrecht einschränkt, ist selbstverständlich ein Grundrechtseingriff in verfahrensrechtlicher Form. Aber natürlich gelten die Justizgrundrechte nicht unmittelbar im Verwaltungsverfahren, das hier vorrangig zu erörtern ist. Im übrigen wird man wohl nicht davon absehen können, daß Verfahrensregelungen sehr wohl grundrechtliche Begleiteingriffe (z. B. Durchsuchungen) enthalten können, und auch diese sind regelmäßig als klassische Eingriffe zu sehen.

Nun ist ja zu Recht in den Referaten der Gedanke der Grundrechtsverwirklichung immer wieder in den Vordergrund gestellt worden und mit mehr oder weniger kritischer Absetzung von dem Schlagwort des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Auch hier, meine ich, sollte man differenzieren, und Herr *Schneider* hat ja schon eine interessante Differenzierung gebracht. Man muß meines Erachtens unterscheiden zwischen verschiedenen Aspekten der verfahrensbezogenen Grundrechtsrealisierung. Es gibt mehrere, sehr unterschiedliche Arten der Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren und nicht nur einen Typ. Im Vordergrund steht zunächst der Gedanke der Grundrechtsdurchsetzung, also die Vorstellung, daß ich ein Verwaltungsverfahren brauche, um Grundrechte durchzusetzen. Jetzt frage ich mich aber: Wenn es Verfahrensregelungen gibt, die diese Grundrechtsdurchsetzung faktisch verhindern – ob diese nicht einen grundrechtlichen Eingriff darstellen. Ob in einem anderen Bereich der Grundrechtsverwirklichung, nämlich der staatlichen Grundrechtsentfaltung, der Satz von Herrn *Pietzcker* überzeugt, ist eine andere Frage. Die Grundrechtsentfaltung geschieht z. T. durch den Verfahrensgesetzgeber. Hier würde ich dem Satz von Herrn *Pietzcker* viel eher zuneigen können, daß eben eine fehlende verfahrensrechtliche Grundrechtsentfaltung, soweit sie nicht die Intensität der Verhinderung der Grundrechtsdurchsetzung annimmt, kein Eingriff ist. Hier hat der Gesetzgeber in der Tat einen Ausgestaltungsspielraum. Ob für den dritten Bereich der verfahrensbezogenen Grundrechtsverwirklichung – dem Grund-

rechtsgebrauch im Verfahren (z. B. Art. 5 GG) – die Formulierung von Herrn *Pietzcker* so akzeptabel ist, würde ich auch bezweifeln. Verfahrensregelungen, die einen Grundrechtsgebrauch während des Verfahrens verhindern, können sehr wohl Eingriffscharakter bekommen.

Und nun noch ein letzter Gedanke, der sich an diese Überlegung: Verhältnis von Grundrechtseingriff und Verfahrensrecht, anschließt. Ich meine, daß es Verwaltungsverfahren wie auch Gerichtsverfahren gibt, wo das Verfahren als solches einen Eingriff bedeutet, also das Verfahren selbst einen Eingriff darstellt: das überlange, belastend wirkende Verfahren, was etwa dazu führt, daß ein Gewerbebetrieb nicht mehr funktioniert, oder daß jemand (z. B. ein Beschuldigter oder Angeklagter) an seiner Gesundheit Schaden nimmt, wenn er einem zu langen Ermittlungs- oder Strafverfahren ausgesetzt wird. Da dies ein Grundrechtseingriff durch das Verfahren selbst ist, können die Grundrechte diesen Eingriff auch steuern und begrenzen, indem sie z. B. die Überlänge von Verfahren limitieren.

Insgesamt bitte ich, meinen Diskussionsbeitrag nur als einen Appell zu sehen, nicht in dem Angriff auf Überzeichnungen des Satzes: „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ nun alle einschlägigen Schutzgehalte auszuschütten. Vielmehr ist differenziert zu prüfen, wo die Grundrechte gebraucht werden können und wo sie nicht brauchbar sind. Und hier meine ich, müßte der Satz von Herrn *Pietzcker* ein wenig stärker differenziert werden.

Bachof: Ich meine, Herr *Pietzcker* hat doch klar und deutlich gesagt, Verfahrensrechtsverstöße seien nicht zugleich schon immer Grundrechtsverstöße. Er wendet sich also gegen Überziehungen, wie wir sie z. T. erlebt haben. Ich denke z. B. an den Fall, daß eine inhaltlich rechtmäßige Enteignung unter Beteiligung eines Befangenen ausgesprochen wurde. Selbstverständlich ist eine solche Maßnahme rechtswidrig. Aber ist sie deswegen auch ein Grundrechtsverstoß, ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie, nur weil hier gegen Verfahrensvorschriften verstoßen ist? Da meine ich sagen zu sollen: Nein!

Dagtolou: Herr Vorsitzender, eine Bemerkung zum Referat von Herrn *Pietzcker*. In seiner These 18 vertritt er die Auffassung, die Aufhebung einer Sachentscheidung allein wegen eines Verfahrensfehlers sei als Regelsanktion im Hinblick auf die dienende Rolle des Verfahrens nicht angemessen. Zugleich betont er auch, daß in der richtigen Sachentscheidung der

Verfahrensfehler verschwinden würde. In These 19 spricht der Referent vom fiktiven Dogma der „einen richtigen Entscheidung“, und in der Tat können manche Ermessensentscheidungen richtiger sein als die anderen; ob sie die Optimalentscheidungen sind, kann auch davon abhängen, ob die Verfahrensregeln die erforderliche Beachtung gefunden haben. Verfahrensregeln haben eine vorbeugende Wirkung; davon hat Herr *Pietzcker*, wenn ich mich recht erinnere, nicht gesprochen. Verfahrensregelungen sind keine sinnlosen Protokollregeln, sondern sie sind Garantien und zugleich Indizien für eine richtige Lösung. Das Preußische Oberverwaltungsgericht war in dieser Hinsicht sehr viel strenger als die heutigen Gerichte; ein Beispiel wäre die Frage der Mitwirkung von befangenen Beamten in Kollegialorganen. Eine solche Mitwirkung führte auch dann zu der Aufhebung der betreffenden Kollegialentscheidung, wenn diese Entscheidung materiell-rechtlich nicht zu beanstanden war. Eine Ermessensentscheidung ist ja ohnehin in den meisten Fällen materiell-rechtlich nicht zu beanstanden. Dem Preußischen OVG war es wichtig, daß Ermessen nur von solchen Beamten ausgeübt wird, die nicht befangen sind, und auch, daß die Verwaltung ihre Glaubwürdigkeit den Bürgern gegenüber bewahrte. Das ist ein sehr wichtiger Punkt, gerade in unserer Zeit, in der die Bürger gleichsam bei jedem Schritt ihres Lebens von der Verwaltung abhängig sind. Die Verwaltung kann nicht „in eigener Sache“ entscheiden, Herr *Pietzcker*. Die Verwaltung hat keine „eigene Sache“. Nur die Bürger haben „eigene Sachen“, nur die Privaten haben „eigene Sachen“. Die Verwaltung entscheidet im öffentlichen Interesse, und dabei geht es nicht um ihre Angelegenheit, sondern um eine Angelegenheit von uns allen. Die Verfahrensregeln sind eine Garantie dafür, daß die Verwaltung sich dieser Situation bewußt bleibt. Damit will ich die Verfahrensregeln nicht über die Maßen aufwerten. Wenn man sie aber zu sehr abwertet, dann kann man sie auch gleich streichen. Mit Recht wies Herr *Pietzcker* darauf hin, daß der Gerichtsschutz nicht selten zu spät kommt. Gerade dies aber spricht für die große Bedeutung der Verfahrensregeln. Hätten wir einen hinreichend schnellen Gerichtsschutz, so könnten wir es vielleicht bei einer einseitigen Akzentuierung der materiellen Richtigkeit belassen. Aber einen solchen Gerichtsschutz haben wir eben nicht.

Fleiner: Herr Vorsitzender, meine Herren, gestatten Sie mir zuerst eine nicht juristische Vorbemerkung. Wenn die Verwaltung effizient sein will, muß sie sich zunächst einmal einfach,

klar und verständlich ausdrücken. Oder, um den Fachjargon der Verwaltungswissenschaft Deutschlands zu verwenden: Das Effizienzdefizit der Verwaltung erfährt einen wesentlichen Verstärkungseffekt durch das von ihr durch Uneinsichtigkeit gekennzeichnete Verständnis des letztlich auch effizienzorientierten Verständlichkeitsauftrags. Es ist dies ein leiser Appell eines Schweizers, der immer mehr Mühe hat, die Verwaltungswissenschaft und ihre Entwicklung in seiner eigenen Muttersprache als z. B. in der französischen Sprache zu verfolgen. Ich glaube, daß die Förderung der einfachen und verständlichen Sprache zu den zentralen Aufgaben der Verwaltungsjuristen gehören sollte. Die Verwaltung muß sich darum bemühen, sich einfach, klar und verständlich auszudrücken. Doch nun zu meinen vier Punkten, die ich kurz erwähnen möchte:

Zunächst einmal die erste These: Die Effizienz des Verfahrens hängt nicht so sehr von seiner gesetzlichen Ausgestaltung ab – da bin ich mit den Referenten einig –, als vielmehr von seiner vernünftigen Handhabung durch die Verwaltung. Wird das Verfahren vernünftig angewandt, so ist es effizient, wird es unvernünftig, perfektionistisch angewandt, so ist es nicht effizient. Die vernünftige Handhabung des Verfahrens läßt sich in erster Linie durch eine gute Ausbildung der Verwaltungsjuristen verwirklichen.

Zweitens: Das Verwaltungsverfahren und seine Effizienz ist m. E. weitgehend auch abhängig von der Dezentralisation. Dies kam, von mir aus gesehen, in den Referaten etwas zu wenig zum Ausdruck. In kleinen übersichtlichen Verhältnissen braucht es weniger komplexe und komplizierte Verwaltungsverfahren als in großen Bürokratien. Darum sollten wir, im Interesse der Effizienz, danach streben, Entscheidungen soweit als möglich auf die untere Stufe zu delegieren.

Drittens: Das Verwaltungsverfahren hat m. E. leider, zumindest in der Schweiz, einen gewissen negativen Einfluß auf die übrige Verwaltungstätigkeit. Es führt dazu, daß in der Unternehmensführung immer zuerst nach der Zuständigkeit und nach der Kompetenz gefragt wird, als nach der eigentlichen Verwaltungsaufgabe, wie: Was kann und soll für die Gesellschaft und für den Bürger getan werden? Ich glaube, dies ist darauf zurückzuführen, daß sich das Verwaltungsverfahren hemmend auf die Tätigkeit der Leistungsverwaltung auswirkt. Diesem Übel muß man entgegenwirken. Vielleicht ist in den Referaten auch zu wenig zum Ausdruck gekommen, daß sich letztlich der größte Teil der Verwaltungstätigkeit eben nicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens abspielt, sondern in der

vorausschauenden Planung, in der Vorbereitung von Erlassen, in der Unternehmensführung usw.

Und schließlich das vierte Problem, auf das ich hinweisen möchte: Herr *Schneider* beurteilt das Verfahren aufgrund der Grundrechtseingriffe. Ich würde einen Unterschied machen zwischen solchen Verfahren, die vom Bürger eingeleitet werden und solchen Verfahren, die die Verwaltung von sich aus einleitet. Wenn der Bürger ein Verfahren einleitet, weil er auf eine Baugenehmigung oder einen Förderungsbeitrag angewiesen ist, dann ist er letztlich auch darauf angewiesen, daß die Verwaltung schnell und effizient handelt. Wenn die Verwaltung von sich aus eingreift, liegt es in ihrem eigenen Interesse, möglichst schnell zu handeln, denn sie möchte zu einem Entscheid kommen. Aber die Verwaltungseffizienz – unsere Verwaltungseffizienz – leidet hier vor allem darunter, daß solche Verfahren, die von den Bürgern, die auf einen schnellen Entscheid, z. B. eine Subvention, angewiesen sind, eingeleitet werden, in die Länge gezogen werden.

Trzaskalik: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen, ich möchte einige Anmerkungen mehr aus der Sicht des Steuerrechts machen, das heute ja dankenswerterweise auch von beiden Referenten angesprochen wurde.

Erster Punkt: Es scheint sehr weitgehende Einigkeit hier im Raum zu herrschen, daß wir mehr bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrensrecht haben sollen. Das verwundert mich eigentlich sehr. Ich denke an den Juristentag 1982, da wurde gerade wieder für die Vereinheitlichung, z. B. der Prozeßordnungen, plädiert. Von daher ist, so meine ich, mit der Alternative: mehr bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrensrecht oder mehr vereinheitlichtes Recht überhaupt nichts gewonnen. Nur ein Beispiel aus dem Verfahrensrecht: Abgabenordnung und Verwaltungsverfahrensgesetz sind angeglichen. Das beschert uns im Beteiligtenbegriff der AO den öffentlich-rechtlichen Vertrag, obwohl Steuerrechtler den öffentlich-rechtlichen Vertrag ablehnen. Solche Unstimmigkeiten kommen heraus, lassen sich auch vermeiden. Daran würde sich aber nicht allein deshalb etwas ändern, wenn man mehr sektoral regelt.

Nächster Punkt: Verwaltungsverfahren – Gerichtsverfahren – unterschiedliche Funktionen. Ich habe mit Freude von beiden Referenten vernommen, daß das Verwaltungsverfahren heute doch offenbar nicht mehr Rechtsschutzfunktion hat oder sehr wenig – das hat mir nämlich Herr *Bachof* einmal vor langem als grobe verfassungsrechtliche Unkenntnis angekrei-

det. Heute ist das aber doch offenbar wieder in Mode gekommen. Ich sehe allerdings die Akzentuierung anders. Herr *Wahl*, Sie sagen das so: Im Verwaltungsverfahren wird mehr gestaltet, die Gerichte kontrollieren nachträglich. Das stimmt für den Bereich des Steuerrechts sicherlich nicht. Da werden gute „Geschäfte“ geschlossen zwischen dem Bundesfinanzhof und den Ministerien, etwa in der Form, daß man von vornherein weiß, welche Fälle kritisch werden. Dann erläßt man Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsakte in Form von Vorbehaltsfestsetzungen. Man wartet, bis möglichst schnell der Bundesfinanzhof sich mit dem jeweiligen Erlaß beschäftigt. Wenn die Sache dann der Verwaltung nicht paßt, gibt man u. U. über einen Nichtanwendungserlaß dem BFH die Möglichkeit, erneut darüber nachzudenken. Das ist ein sehr subtiles, nicht geregeltes Geschäft, aber da wird sicherlich gemeinsam gestaltet. Da bin ich ganz, ganz sicher.

Nächster Punkt, vielleicht nur eine Kleinigkeit: Mich wundert, daß Sie offenbar Verwaltungsverfahrensrecht unterschiedlicher Art haben wollen, gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen. Herr *Wahl*, Sie haben den § 46 VwVfG für gebundene Entscheidungen ausdrücklich akzeptiert. Mich verblüfft das, wenn wir einmal daran denken, daß wir den Strafprozeß haben, und im Strafprozeß ist man ja mit Verfahrensfehlern sehr rigide und das aus guten Gründen. Dort hat man die Differenzierungen nicht. Ich will Ihnen ein Beispiel aus dem Steuerrecht dafür bringen, warum wir nicht nach dem Motto leben können: ist die Entscheidung richtig, zählt das Verfahren nicht. Nehmen wir einmal an, Sie hätten unter Ihren Bekannten einen Inspektor, dem Sie abends bei einem Glas Bier erzählen, daß Sie, wie jeder zweite Deutsche, Ihre Zinsen bei der Steuer nicht angeben, weil Sie den Bankenerlaß kennen, und nehmen Sie an, Sie verkrachen sich mit dem Menschen. Daß der Inspektor diese private Kenntnis sofort ausnutzen kann, um das Besteuerungsverfahren einzuleiten, ist ja nach Ihrer These überhaupt nicht schädlich. Oder treiben Sie es noch weiter: Sie können die perfidesten Ermittlungsarten nehmen. Wenn das Ergebnis stimmt, d. h. die Finanzverwaltung fündig wird, müssen Sie es immer akzeptieren, weil Sie sagen: unerheblich, und die Besteuerung beruht im wesentlichen auf gebundenen Entscheidungen. Von daher, so meine ich, hat Herr *Pietzcker* recht, daß man bestimmte Verfahrensverstöße auch im Bereich der gebundenen Verwaltung sanktionieren muß. Wir operieren im Steuerrecht gerade deshalb mit Verwertungsverboten, die uns sehr am Herzen liegen.

Letzter Punkt: das spezifisch steuerrechtliche Massenverfahren, wobei ich meine, man sollte präziser von einer Masse von Verfahren sprechen. Das Massenverfahren – da bin ich anderer Meinung als Herr *Isensee* – ist im Steuerrecht eine Masse von Verfahren. Herr *Wahl*, Sie haben sich beklagt über die vielfältigen Typisierungen, daß zu wenig auf das Individuum geachtet wird, u. ä. Das ist richtig. Nur müssen Sie eins berücksichtigen. Es geht im Steuerrecht nicht nur um die Masse, sondern um die Gleichheit. Wir sind sogar in diesem Punkt – gleiche Belastung, gleiche Besteuerung – sehr sensibel, viel sensibler eigentlich als in der Frage: Werden meine Steuern richtig festgesetzt? Ob man weniger oder mehr zahlt als der andere, interessiert komischerweise oder vielleicht aus verständlichen Gründen den Bürger viel mehr als die Frage, ob man selbst zu Recht zahlen muß. Und wenn Sie das haben, Massenverfahren plus Streben nach Gleichbehandlung plus halbwegs effizientes Verfahren, dann müssen sie pauschalisieren, und das Problem ist nur, da möchte ich Herrn *Pietzcker* zustimmen und auch Herrn *Badura*: Die hausgemachten Pauschalierungen der Verwaltung funktionieren nur deshalb, weil sie im Schnitt für den Steuerpflichtigen günstig sind. Daß damit das Gesetz vom Tisch ist, darüber muß man sich im klaren sein, und deshalb meine ich, gibt es nur zwei Lösungen: Entweder man sagt, man will ein schnelles Verfahren, dann heißt das aber auch, daß hart pauschaliert wird. Ich will ein Beispiel bringen, das Sie alle betrifft. Dann werden etwa Fahrtkosten zu Tagungen u. dgl. generell aus den Werbungskosten ausgeklammert. Damit haben Sie etwa 50 % der Finanzgerichtsprozesse schon vom Hals. Ob man das will, ist eine andere Sache. Will man mehr individuelle Gerechtigkeit, wird das Verfahren ineffizient. Jedenfalls müßten die Typisierungen und Pauschalierungen vom Gesetzgeber vorgenommen werden, da bin ich ganz der Meinung von Herrn *Badura*.

Allerletzter Punkt: Im Verfahrensrecht liegen die Schwierigkeiten m. E. auf anderer Ebene. Sie haben beide das Verwaltungsverfahren unter dem Gesichtspunkt gesehen: Rechtsschutz richtet sich gegen die Verwaltung, die möglicherweise Rechte des Bürgers verletzt. Das ist nicht die Problematik, zumindest nicht im Bereich der Steuerverwaltung. Da sehen die Dinge anders aus. Nach der Abgabenordnung soll jeder Steuerpflichtige alle für die Besteuerung relevanten Daten vollständig und korrekt angeben. Es weiß jedermann, daß dies nicht getan wird. Wenn das aber – der Grundsatz für unser Verfahrensrecht in der Abgabenordnung – nicht mehr stimmt, wenn die Steuerehrlichkeit fehlt, wenn Erklärungspflichten

nicht erfüllt werden, dann bekommt das Verfahrensrecht zwangsläufig einen ganz anderen Gehalt. Sie dürfen dann nämlich nicht mehr das Verfahrensrecht unter dem Gesichtspunkt konzipieren: Wie schütze ich den Bürger gegen Übergriffe der Verwaltung? Sie müssen es eher dahingehend ausgestalten: Wie sichere ich, daß der Bürger seine Erklärungs-pflichten erfüllt? Wenn Sie sich darum nicht kümmern, dann bekommen wir Ergebnisse wie in den bekannten „GNOFÄ“: Man teilt die Steuerpflichtigen in drei Sorten ein; bei den einen wird kontrolliert, bei anderen nicht und bei noch anderen sehr ernsthaft. Ich danke sehr.

Wilke: Nicht nur das von Herrn *Quaritsch* genannte Asylverfahren und das soeben von Herrn *Trzaskalik* bezeichnete Steuerungsverfahren zeigen, daß allgemeine Sentenzen dann problematisch werden, wenn man sie auf bestimmte Verwaltungsrechtsgebiete anwendet; das gleiche gilt für das in These 18 von Herrn *Wahl* genannte Bauaufsichtsverfahren. Beide Referenten haben sich für sog. sektorale oder bereichsspezifische Verwaltungsverfahrensvorschriften ausgesprochen. Solche sektoralen oder bereichsspezifischen Verwaltungsverfahrensvorschriften gibt es im Bauordnungsrecht schon, allerdings kann man nicht sagen, daß der dadurch herbeigeführte Rechtszustand befriedigend ist. Denn die Verfahrensregelungen in den Bauordnungen lassen, was die Beteiligung Dritter anbelangt, eine sehr enge Einstellung erkennen. Als Dritte werden im wesentlichen nur unmittelbare Nachbarn im Wege der Anhörung herangezogen, und zwar nur dann, wenn es um die Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften geht. Im übrigen werden also Dritte ausgeschlossen. Deshalb ist es nicht zutreffend, daß das Baugenehmigungsverfahren als ein dreipoliges Verfahren zu bezeichnen ist. Es ist nach den Bauordnungen im wesentlichen ein zweipoliges Verfahren. Es schließt Betroffene weitgehend aus. Die viel weiter reichenden Beteiligungs- und Anhörungsrechte nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz gelten entweder für das Bauaufsichtsrecht nicht oder werden von den Bauaufsichtsbehörden nicht praktiziert.

Daß dieser Rechtszustand, der sicherlich sektoral und bereichsspezifisch ist, rechtsstaatlich erfreulich ist, kann man nicht behaupten, zumal es zu folgender Komplikation kommt: Der Verwaltungsrechtsschutz geht sehr viel weiter über die Beteiligung am Verwaltungsverfahren hinaus. Nachbarklagen sind ja keineswegs nur dann zulässig und gegebenenfalls begründet, wenn es um die Anfechtung von Befreiungen von

nachbarschützenden Vorschriften geht, sondern man kann jeden Eingriff in drittschützende Normen mit der Nachbarklage anfechten, man kann darüber hinaus auch die Nachbarklage unmittelbar auf Art. 14 GG stützen, und wenn man den Worten des Bundesverwaltungsgerichts glaubt, kann man sogar unter bestimmten Voraussetzungen eine Nachbarklage wegen Verletzung des richterrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme in die Wege leiten. Alle diese Kläger, die gegebenenfalls sogar den Wegfall der Baugenehmigung bewirken können, sind am bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren nicht beteiligt. Diesen Rechtszustand bezeichnet Herr *Wahl* in These 18 als rechtsschutzmindernd und nicht effizient. Sein Vorschlag ist der: Erweiterung des Kreises der Beteiligten auf den Kreis, der nach der Rechtsprechung im Baunachbarprozeß klagebefugt ist. Das mag rechtsstaatlich sehr erwägenswert sein. Daß die Vermehrung der bauaufsichtlichen Verfahrensbeteiligten zu größerer Effizienz führt, wird man jedoch nicht sagen können, im Gegenteil, im Interesse vermehrten Rechtsschutzes wird das bauaufsichtliche Verfahren sehr viel weniger effizient. Da die Masse der bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren sich auf Ein- oder Zweifamilienhäuser und Mietshäuser bezieht, würde eine personelle Aufblähung auch solcher bauaufsichtlicher Verfahren stattfinden. Am Genehmigungsverfahren hinsichtlich eines Einfamilienhauses wäre die ganze Nachbarschaft beteiligt – eine Vision, die nicht jedermann erfreuen wird.

Zur Herbeiführung dieser rechtsstaatlich möglicherweise gebotenen Konsequenz bedarf es im übrigen keiner großen Anstrengung des Gesetzgebers. Es wäre ein leichtes, den Bauaufsichtsbehörden die Anwendung des § 13 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vorzuschreiben. Es bedarf also keiner umfänglichen gesetzgeberischen Bemühungen; die Rechtslage läßt sich mit Hilfe der Kodifikation lösen. Davor zu warnen ist, allzu viele sektorale oder bereichsspezifische Regelungen vorzusehen. Der Rückgriff auf die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist rechtsstaatlicher als die Technik, in undurchsichtigen Bauordnungen, die dem Gros der Juristen verschlossen sind, der Behörde die Möglichkeit zu geben, sich den rechtsstaatlichen Anforderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu entziehen.

Bettermann: Ich möchte nicht zu Grundsatzfragen sprechen, sondern einige praktische Bemerkungen machen. Herr *Pietzcker* hat beanstandet, daß das Bundesverwaltungsgericht die Untersuchungsmaxime entschärfe und sage, daß die Ver-

waltung und später das Verwaltungsgericht, trotz der gesetzlich verankerten Untersuchungspflicht, nur Dingen nachzugehen habe, die sich ihm aufdrängen, und nicht entfernte Möglichkeiten oder gar alle Möglichkeiten eines Sachverhalts aufzuklären habe. Es nimmt eine Mitwirkungslast der Verfahrensbeteiligten an, und zwar je nach Art des Verwaltungsverfahrens eine mehr oder weniger große Mitwirkungslast. Ich meine, daß das nicht zu beanstanden, sondern eine vernünftige Praxis ist, die auf effizientes Verwaltungsverfahren ausgerichtet ist. Im Steuerrecht ist das eklatant. Herr *Trzaskalik* hat mit Recht darauf hingewiesen, daß im Regelfall die Besteuerung allein aufgrund der Angaben des Steuerpflichtigen anhand der Formulare erfolgt. Es werden die Angaben nicht nachgeprüft. Keineswegs muß jeder Posten der Steuererklärung belegt werden. Bestimmte Dinge müssen belegt werden, andere Dinge werden einem so abgenommen. Das Korrektiv liegt darin, daß die Veranlagung vorläufig erfolgt.

Meines Erachtens müßte, wenn wir über Effizienz und Rechtsstaatlichkeit von Verwaltungsverfahren nachdenken, die Figur der vorläufigen Regelung berücksichtigt werden. Genau, wie wir im gerichtlichen Verfahren heute in immer zunehmendem Maße summarische Prozesse kennen: ein Teil von Prozessen wird ja gar nicht mehr im ordentlichen Verfahren, sondern nur noch im summarischen Verfahren – einstweilige Verfügung, einstweilige Anordnung, Verfahren nach 80 V der Verwaltungsgerichtsordnung – ausgetragen. Das ist auf die aktive Verwaltung zu übertragen. Es ist darüber nachzudenken, in welchem Bereich, zum Beispiel im Steuerrecht, wo das geregelt ist, summarische Verfahren, vorläufige Entscheidungen, ermöglicht werden, die dann – Zeit gewonnen – in einem ruhigen Überprüfungsverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachgeprüft werden.

Es ist mir in beiden Referaten zu wenig Instrumentarium entwickelt worden, wenn ich eine kritische Bemerkung machen darf. Insbesondere hätte das Institut der Beweislast und der Beweisführungslast angeführt werden müssen. Herr *Pietzcker*, ich bin nicht der Meinung, daß der Mißbrauch in den Asylverfahren, die wir alle kennen, nicht die Ermittlungspflicht der Behörde erleichtere, sondern es müsse in jedem Einzelfalle bewiesen werden, daß ein Mißbrauch vorliegt. Nein, wenn die Vermutung für Mißbrauch spricht, wenn die Regelfälle Mißbrauchsfälle sind, dann kehrt sich die Beweislast um. Dann ist es Sache des Antragstellers zu beweisen, daß sein Fall kein Mißbrauchsfall ist, sondern daß er einer von den weißen Raben ist, von den fünf Prozent aussichtsreicher oder

wenigstens vertretbarer Asylgesuche. Wir haben – vor fünfzehn oder gar siebzehn Jahren – auf dem Juristentag über die Frage: Beweislast und Beweisführungslast im Verwaltungsprozeß? geredet. Das ist leider alles untergegangen. Ich meine, daß mit dem Instrument gesetzlicher oder auch richterrechtlicher Regelungen der Beweislastumkehr und des prima facie-Beweises eine Menge ausgerichtet werden kann, um die Verwaltungsverfahren zügiger und effektiver, aber auch gerechter zu gestalten; denn in der Verteilung der Beweislast liegt eine große Kunst richtigen Interessenausgleiches.

Zweite Bemerkung: zu § 46 VwVfG – Herr *Pietzcker* hat einerseits gemeint, die Unterscheidung nach gebundenem Verwaltungsakt und Ermessensverwaltungsakt sei unzutreffend oder nicht die richtige Scheidelinie, weil das mit der allein richtigen Entscheidung ja eine Fiktion sei. Andererseits akzeptiert er den § 46, rügt aber das Fehlen absoluter Verfahrensmängel, was ich begrüße. Es ist mir unerfindlich, daß der Gesetzgeber das Problem nicht gesehen hat, das wir aus den absoluten Revisionsgründen des Prozeßrechts kennen. Die müssen auch hier herein, wobei zu fragen ist: Welche Fehler sind absolute Revisionsgründe? Das kann nur der Gesetzgeber beantworten. Dagegen ist der Umkehrschluß aus § 46, daß nun bei allen Ermessensakten jeder Verfahrensfehler zur Aufhebung führen müsse, schon im Wege der Interpretation zu beseitigen. Selbstverständlich muß es sich um einen entscheidungskausalen Mangel handeln.

Was die Abscheidung angeht: gebundener Verwaltungsakt oder nicht, so ist m. E. der Kern nicht der: Ist er nun wirklich so total gebunden oder gibt es mehrere richtige Entscheidungen? Die Frage ist vielmehr: Ist der Fall von einem Verwaltungsgericht voll durchentscheidbar? Darauf kommt es an: auf die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichts. Wenn der Fall vom Verwaltungsgericht hundertprozentig entscheidbar ist, dann ist § 46 anwendbar; wenn aber da ein Rest ist, an den das Verwaltungsgericht nicht herankann, wenn es also den Fall nicht in vollem Umfang zu sich heraufziehen kann, dann muß der Verfahrensfehler zur Aufhebung führen, wenn er möglicherweise die Richtigkeit der Entscheidung beeinflußt hat oder beeinflußt haben kann. Die volle Entscheidungsgewalt des Verwaltungsgerichts, daß es den Fall durchentscheidet, haben wir nicht nur bei der Verpflichtungsklage, sondern genauso bei der Anfechtungsklage immer dann, wenn es sich um gebundene Verwaltungsakte handelt. Auch da – ich habe das früher falsch gesehen – findet die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes in der Form statt, daß neu ent-

schieden werden muß und das Verwaltungsgericht die von ihm gefundene Entscheidung vergleicht mit der Entscheidung der Verwaltungsbehörde. Wenn sie übereinstimmen, wird die Anfechtungsklage abgewiesen; wenn sie nicht übereinstimmen, wird der Verwaltungsakt entweder aufgehoben oder unter gewissen Voraussetzungen geändert. Das ist genau wie bei der Berufung im Prozeß – aber immer nur bei gebundenen Verwaltungsakten.

Meyer: Herr *Bettermann*, die Auffassung, die Sie und wie es scheint, auch die beiden Referenten von der Funktion des Verwaltungsprozesses haben, ist, glaube ich, irrig. Für Sie ist der Verwaltungsprozeß die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens mit anderen Mitteln. Für mich hat der Verwaltungsprozeß die Kontrolle eines Verwaltungsverfahrens zu leisten. Das ist ein großer Unterschied. Bei beiden Referaten sehe ich einen Widerspruch zwischen dem allgemeinen Teil, in dem das Verwaltungsverfahren, meines Erachtens zu Recht, eigenständig begründet ist, und dem besonderen Teil, in dem die Konsequenzen daraus nicht gezogen werden, vielmehr gesagt wird, das Verwaltungsverfahren habe eine rein dienende Funktion, bei den Richtern sei die Entscheidung viel besser aufgehoben als bei den Verwaltungsbeamten, und wenn die Gerichtsbarkeit das Verfahren auf Klage sozusagen an sich ziehen kann, dann seien alle Verfahrensfehler geheilt. Darin sehe ich ein völlig falsches Verständnis des Verwaltungsverfahrens. Der Bürger hat Anspruch darauf, seine Verwaltungsentscheidung in einem rechtmäßigen Verfahren zu erhalten, und dieses Recht wird verletzt, wenn ein Verfahrensfehler – jetzt würde ich allerdings einschränken – gravierender Art vorkommt.

Mit Ihrer Billigung, Herr Vorsitzender, schließe ich zur Verkürzung meine „normale“ Wortmeldung an: An den derzeitigen Gesetzen ist einiges zu ändern. Ich warne aber davor, über die Schwierigkeiten der Großverfahren unser Verfahrensrecht insgesamt zu zerstören. Das ist die eigentliche Gefahr. Die Großverfahren sollten durch den Gesetzgeber anders geregelt werden. Die §§ 72 ff. VwVfG sind wirklich nicht in Ordnung; sie sollten geändert werden. Der § 46 VwVfG sollte, was die „absoluten“ Aufhebungsgründe angeht, im Sinne von Herrn *Pietzcker* geändert werden; das Verwaltungsverfahren im Sozialrecht sieht im übrigen schon den absoluten Aufhebungsgrund bei Anhörungsfehlern vor, und kein Bürger wird die unterschiedliche Bedeutung von Anhörungsfehlern verstehen können. Ich widerspreche aber dem Versuch, die Kausalitätsprüfung in den § 46 VwVfG hineinzuninterpretieren. Wissen

Sie, Herr *Bettermann*, wozu das führt? Die Gerichte überlegen, wie wollen wir denn in der Sache entscheiden, und bemessen danach ihre Einstellung zur Kausalität. Was würde in den Großverfahren passieren? Im bayerischen Erding z. B. ist das teuerste Moor gekauft worden, bevor sicher war, ob dort ein Flughafen gebaut werden wird. Welche Verfahrensfehler auch vorgekommen sind, die Verwaltung wird immer mit einem gewissen Recht sagen: Wir würden nie von Erding als Standortentscheidung abgewichen sein. Ob der zuständige Minister und dazu noch der zuständige Abteilungsleiter für den Luftverkehr im Aufsichtsrat des Antragstellers gesessen hat, das spielt dann überhaupt keine Rolle mehr. Das heißt, wenn Sie die Kausalitätsfrage gegen den Wortlaut in § 46 VwVfG hineininterpretieren, sprechen Sie der Gerichtsbarkeit ein Gerichtsermessen zu, das sie nach unserem Prozeßrecht nicht hat und aus verfassungspolitischen Gründen auch nicht haben sollte.

Bettermann: Ich möchte klarstellen, Herr *Meyer*, daß diese Kausalitätsprüfung nur bei Ermessensentscheidungen erfolgt. Ich will den § 46 VwVfG ja nicht einschränken. Er regelt die Frage der Anfechtbarkeit und Aufhebbarkeit bei gebundenen Verwaltungsakten. Was bei Ermessensakten ist, sagt er nicht. Da kann ich einen Umkehrschluß ziehen. Es genügt jedenfalls nicht zu sagen, die Entscheidung ist ja materiell richtig. Aber deswegen kann doch die Kausalitätsprüfung einsetzen. Daß sie unmöglich sei oder zu beliebigen Ausflüchten der Verwaltung führe, ist nicht richtig; diese Kausalitätsprüfung ist ja nicht neu, sondern im Gerichtsverfahren, im Revisionsverfahren, ist sie tägliches Brot: Die Entscheidung muß auf der Gesetzesverletzung beruhen, und dafür ist nicht beweispflichtig der Revisionsführer, sondern es genügt, daß sie darauf beruhen kann. Es ist Sache der Behörde, nachzuweisen, daß eine Kausalität nicht möglich ist. Ob die Möglichkeit besteht, ist keine Glaubensfrage; das ist vielmehr eine Frage, ob Sie an die Redlichkeit der Verwaltungsgerichte glauben. Wenn Sie die nicht unterstellen, können wir unsere Diskussion abbrechen.

Mußnug: Auch ich möchte – wie Herr *Meyer* – für eine dezidierte Beachtung der allein kassatorisch-kontrollierenden Funktion des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens plädieren. Denn ich halte es für einen Mißstand, daß das behördliche Verwaltungsverfahren neuerdings allzu oft vor den Verwaltungsgerichten einfach unverändert weitergetrieben wird, so, als sei der verwaltungsgerichtliche Prozeß nicht ein Krieg mit anderen Mitteln, sondern lediglich ein solcher auf einem ande-

ren Schlachtfeld. Diese Beobachtung ist nicht nur bei den Großverfahren zu machen. Meine nebenamtlichen Erfahrungen, die ich ebenso wie Herr *Bullinger* beim VGH Mannheim sammle, beziehen sich vor allem auf Prozesse um Fahrerlaubnisse, also vorwiegend auf ausgesprochene „Kleinverfahren“. Auch bei ihnen wird fortwährend versucht, das Verwaltungsverfahren in toto neu aufzurollen. Die Verkehrsbehörden leisten dem dadurch Vorschub, daß sie ihre Ermittlungen über den Sachverhalt nicht immer gründlich und präzise genug betreiben und das auch gar nicht können. Die Schuld daran trägt zum einen natürlich ihre übermäßig hohe Arbeitslast. Zum anderen ist aber auch das VwVfG dafür verantwortlich, weil es die Verwaltungsbehörden allzu unzulänglich mit den Befugnissen ausgestattet hat, die sie zur Sachverhaltsaufklärung benötigen. In diesem Punkt bleibt das VwVfG auffällig weit hinter der Abgabenordnung zurück. Die Abgabenordnung ermächtigt die Finanzämter zur Zeugenvernehmung, zur Aussageerzwingung und sogar zur Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen. Die Verwaltungsbehörden indessen dürfen Zeugen nur vorladen, können sie aber nicht zur Aussage zwingen. Wird ein Sachverständigengutachten benötigt, so müssen sie die Auswahl des Sachverständigen in aller Regel den Betroffenen überlassen. Gutachtaufträge an Sachverständige ihrer Wahl sind den Behörden zwar nicht verboten. Aber sie scheitern meist an der Kostenfrage. Soweit Haushaltsmittel überhaupt zur Verfügung stehen, sind sie rasch erschöpft, weil die Behörden mit ihren Sachverständigen nicht nach dem Gesetz über die Entschädigung der Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren abrechnen können. Deshalb ergehen viele Verwaltungsakte aufgrund höchst oberflächlicher Tatsachenermittlungen mehr oder weniger „auf gut Glück“. Ob es mit ihnen seine Richtigkeit hat, wird erst im anschließenden gerichtlichen Verfahren ermittelt, wo das Prozeßrecht die im VwVfG grob vernachlässigte Sachverhaltsaufklärung besser regelt.

Ich habe auch bereits mehrfach erlebt, daß ein vom Verwaltungsgericht eingeholtes Sachverständigen-Gutachten zu dem Ergebnis führte, daß dem Kläger die Fahrerlaubnis seinerzeit zwar zu Recht verweigert worden war, daß aber im Laufe des Prozeßverfahrens in seiner Person Veränderungen eingetreten sind, die nunmehr zu ihrer Erteilung zwingen. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts lautet dann: „Der Klage wird stattgegeben; die Kosten des Verfahrens trägt das beklagte Land.“ Zu den Verfahrenskosten gehören – jedenfalls prima facie – auch die Auslagen für das vom Gericht eingeholte

Gutachten. Hätte der Kläger, statt voreilig zu klagen, mit seinem Antrag so lange zugewartet, bis ihm auch im Verwaltungsverfahren hätte stattgegeben werden können, so wären die Gutachtenkosten dagegen eindeutig ihm zur Last gefallen. Die Verwaltungsgerichte finden natürlich Wege, die an diesem ersichtlich unbilligen, die Staatskasse zu Unrecht belastenden Resultat vorbeiführen. Aber es bereitet Mühe, das zu begründen. Das alles zeigt, daß beim Zusammenspiel von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren einiges nicht ganz in Ordnung ist.

Ebenfalls nicht ganz in Ordnung ist, daß die Verwaltungsbehörden dem von Herrn *Bettermann* beschworenen „iudex non calculat“ vielfach den Satz hinzufügen „et magistratus non deliberat“. Denn die Verwaltungsbehörden verhandeln gerade in Kleinverfahren höchst ungern mit den Betroffenen und würdigen auch ihre schriftlichen Eingaben vielfach nicht gründlich genug. Auch das verschafft den Verwaltungsgerichten Arbeit. Sie müssen das Rechtsgespräch mit dem Bürger führen, das eigentlich schon von der Verwaltungsbehörde hätte geführt werden müssen, die es jedoch dadurch umgeht, daß sie auf schriftlichen Eingaben besteht, für die computergerechte Formulare zu verwenden sind, die noch nicht einmal dem schreibgewandten Bürger Raum zur umfassenden Schilderung seines Anliegens lassen. Solange sich das nicht grundlegend ändert, werden die Verwaltungsgerichte weiterhin dem Gewaltenteilungsprinzip zuwider unvollständig betriebene Verwaltungsverfahren zu Ende führen müssen, anstatt sich auf die Kontrolle ihres Ergebnisses beschränken zu können.

Gestatten Sie mir noch eine Bemerkung zu Herrn *Pietzckers* These 13. Sie fordert die vorsichtige Ausdehnung des formalisierten Verwaltungsverfahrens auf das schlichte und auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln. Mir scheint hier eher vorsichtige Zurückhaltung geboten zu sein. Denn ich kann mir eine verfahrensmäßige Gestaltung des schlichten Verwaltungshandelns (also eines Handelns ohne Verfahren!) nicht vorstellen. Soll denn der Verkehrspolizist, der den Verkehr stoppt, die betroffenen Fahrzeugführer zuvor anhören, seine „Entscheidung“ begründen und sich der Amtshandlung enthalten müssen, wenn er entdeckt, daß sich unter den Betroffenen auch ein naher Angehöriger befindet, dem gegenüber er nicht tätig werden darf? Auch gegen eine analoge Anwendung des VwVfG auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln hege ich schwere Bedenken. Denn das privatrechtliche Verwal-

tungshandeln zeichnet sich gerade dadurch aus, daß über seine Rechtmäßigkeit im Zivilprozeß zu streiten ist, dem das Institut des formalisierten Vorschaltverfahrens unter den Parteien fremd ist. Das Zivilrecht braucht dieses Vorschaltverfahren nicht, weil alle seine „Verfahren“ darauf hinauslaufen, daß die eine Partei die andere zur freien Einwilligung in ihre Angebote und Wünsche überreden muß. Dieses „Verfahren“ endet nicht mit einem einseitig dem Partner auferlegten „Bescheid“. Es führt zur Einigung. Dabei gibt es zwar Verhandlungen, aber kein förmliches Verfahren. Nehmen Sie als Beispiel den Ehevertrag: Solange der Bräutigam die Braut seiner Wahl nicht zum Ja-Wort bewogen hat, können weder er, noch die Braut Verfahrensfehler begehen. Lehnt die Braut den Bräutigam ab, so mögen ihr dabei zwar Abwägungsdefizite unterlaufen, wenn sie z. B. nur seine eher dürftige äußere Erscheinung beachtet, aber sein dafür umso brillanteres Vermögen aus ihren Erwägungen gänzlich ausklammert; wenn sie ihre Verwandtschaft nicht am Verfahren partizipieren läßt und deren Anregungen in ihre Erwägungen nicht miteinbezieht, wenn sie sich durch Absprachen mit einem anderen bereits auf Verbindungen eingelassen hat etc. Daß es auf dies alles zwar im Verwaltungs-, aber nicht im Zivilrecht ankommt, ist der Segen des Zivilrechts. Dieser Segen kommt auch dem privatrechtlichen Verwaltungshandeln zugute. Da es auf die freie Einigung der Verwaltung mit ihrem Partner hinzielt, bedarf es keines Verfahrens. Ein förmliches Verfahren tut nur dort not, wo einseitig hoheitlich gehandelt wird, wo der Bürger also nicht Verhandlungspartner, sondern Adressat eines Verwaltungsakts ist. Soll wirklich über den Ankauf von Kohlen für die Universitäten nach den gleichen Regeln verhandelt werden wie über die Aufstellung eines Bebauungsplans? Ich fürchte, wenn es dahinkommt, werden wir im nächsten Winter zwar mehr „Legitimation durch Verfahren“ haben, aber unsere Kohlen erst im übernächsten Sommer geliefert bekommen.

Auch beim schlichten Verwaltungshandeln bleibt, so meine ich, die Einsehbarkeit wichtiger als seine Bindung an verfahrensrechtliche Förmlichkeiten. Der Befehl des Unteroffiziers gewinnt nicht dadurch an Überzeugungskraft, daß über ihn zuvor mit denen, die ihn auszuführen haben, in einem Anhörungsverfahren diskutiert und verhandelt wird. Es kommt darauf an, daß der Unteroffizier sich klar und verständlich auszudrücken versteht und daß er seinen Untergebenen die sichere Gewißheit zu vermitteln vermag, daß seine Befehle stets wohlüberlegt, begründet und sinnvoll sind. Autorität muß nicht zum autoritären Handeln führen. Allzu komplizierte

und in Wahrheit nicht erforderliche Verfahrensregeln aber führen mit Sicherheit dazu, daß die natürliche Autorität des schlichten Verwaltungshandelns ohne Not in Frage gestellt, zerredet wird.

Vorsitzender: Danke schön, Herr *Mußgnug*. Ich darf nun den Herren Referenten Gelegenheit geben, in einem Zwischenwort auf die bisherige Diskussion einzugehen. Bitte, Herr *Wahl*.

Wahl: Ich darf zunächst bei den grundsätzlichen grundrechtlichen Fragen ansetzen. Herr *Badura* und Herr *Ossenbühl* haben, wenn ich recht sehe, beide ein Plädoyer dafür gehalten, daß das Verwaltungshandeln wieder mehr der Vollzug von Gesetzen ist und sein kann, und daß es nicht zu häufig auf den unmittelbaren Durchgriff auf die Verfassung angewiesen ist. Dies trifft sich genau mit meiner Position, wobei es dann aber wesentlich darauf ankommt – und dies ist nochmals ein Plädoyer für das bereichsspezifische Verfahrensrecht –, daß in den Rechtsvorschriften die Zielkonflikte so weit wie möglich durch ausdrückliche Regelungen abgearbeitet werden und daß man nicht im Übermaß zum verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot greifen muß. Ich weiß natürlich, daß der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen unbestreitbaren und wichtigen Anwendungsbereich bei der Feineinpassung von konkreten (Ausnahme-)Sachverhalten in das generelle Recht hat. Ich halte es aber für verfehlt, mit dem nicht weiter konturierten Verhältnismäßigkeitsgebot grundsätzliche Differenzierungen zwischen den sehr unterschiedlichen Verwaltungsbereichen herbeiführen zu wollen, anstatt diese notwendigen Differenzierungen durch bereichsspezifisches Recht zu treffen. Dabei muß dieses bereichsspezifische Verfahrensrecht – und das möchte ich hervorheben – nicht notwendigerweise Gesetzesrecht sein; Differenzierungen können auch ebenso angemessen durch eine Verwaltungsvorschrift getroffen werden. Eine solche Verwaltungsvorschrift könnte z. B. für die Anwendung eines konkreten Verwaltungsgesetzes in der Form eines Einführungserlasses im einzelnen darlegen, welche von den fünf Ausnahmetatbeständen bei der Anhörungspflicht des § 28 VwVfG für das konkrete Rechtsgebiet *nicht* einschlägig sind, damit nicht jeder Verwaltungsinspektor oder -angestellte sich dies immer wieder selbst überlegen muß – und dann vermutlich immer wieder zu unrichtigen Ergebnissen kommt. Es geht mir also – wie in den Stellungnahmen von Herrn *Badura* und Herrn *Ossenbühl* – um die Verminderung der Notwendigkeit des unmittelbaren Rückgriffs auf die Verfassung durch ausdrückliche und deutlichere Regelungen.

Wenn ich beim Stichwort des von mir postulierten besonderen und sektoralen Verwaltungsverfahrensrechts bin, dann darf ich kurz auf die diesem Punkt gewidmeten Beiträge eingehen. Herr Wilke, was Sie für das *Baugenehmigungsverfahren* dargelegt und gefordert haben, deckt sich wohl mit meiner in Leitsatz 18 angedeuteten, im Referat aber nicht ausgeführten Auffassung. Das Verwaltungsverfahren nach den Landesbauordnungen denkt derzeit beim Nachbarbegriff noch bauplanungsrechtlich eng und meint meist nur dem sog. Angrenzer. Die Verwaltungsgerichte denken und urteilen darüber hinaus bauordnungsrechtlich weit. Im Bauplanungsrecht haben wir uns gemäß der vorherrschenden Gerichtssorientiertheit des Verwaltungsrechtsdenkens daran gewöhnt, daß der Nachbarbegriff im bauplanungsrechtlichen Sinne recht weit gefaßt ist; die Konsequenz für das Baugenehmigungsverfahren, nämlich die Beteiligung bzw. die Beteiligungsmöglichkeit für diese künftig klagebefugten Dritten wird jedoch nicht ausdrücklich gezogen. Für die Beteiligung(smöglichkeit) aller ‚Nachbarn‘ im Baugenehmigungsverfahren zu sorgen, bedeutet nun keineswegs, diese Verfahren unangemessen aufzublähen. Es gibt schon in einigen der geltenden Landesbauordnungen die Möglichkeit, daß ein Nachbar dann im Verfahren nicht förmlich beteiligt werden muß, wenn er den Bauantrag mitunterschieden hat, wenn sich also der Bauherr vorher selbst um die Abstimmung mit dem Nachbarn bemüht und damit seinen Beitrag zur Erleichterung des Verfahrens geleistet hat.

Beim *Asylverfahren* möchte ich den Ausführungen von Herrn Pietzcker zustimmen. Ich möchte zudem pointiert sagen, daß der Begriff des Mißbrauchs ein ungewöhnlich problematischer Begriff ist. Er suggeriert, daß schon zu Beginn des Verfahrens das klar oder evident ist, was erst am Ende des Verfahrens deutlich sein kann. Wenn von einem Anteil von 95% mißbräuchlicher Asylanträge gesprochen wird, dann wird damit von einem in der ex-post-Betrachtung vielleicht statistisch faßbaren Ergebnis gesprochen. Vor dem einzelnen Verwaltungsbeamten steht aber nicht jedesmal ein Antragsteller, der schon zu 95% des Mißbrauchs überführt ist, sondern es steht ein Einzelfall zur Entscheidung, der nicht durch die Nennung von Prozentzahlen statistisch verrechnet werden darf. Mißbrauch ist nichts anderes als ein Fall des Nichtvorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des Asylantrags; die Annahme eines Mißbrauchs ist deshalb verfahrensabhängig. Für den einzelnen Fall und damit für den einzelnen Menschen muß das Verfahren ausreichenden rechtswahrenden Schutz bieten, auch das Verfahren, das mit der Feststellung des Mißbrauchs des Asylrechts enden könnte.

Zu dem – für mich neuen – Gedanken von Herrn *Quaritsch*, die gesamten Asylentscheidungen von vornherein auf die Verwaltungsgerichte zu verlagern, möchte ich hier nicht spontan Stellung nehmen, weil dieser von der gesamten gegenwärtigen Rechtslage abweichende Vorschlag eine ganze Fülle von Fragen und Problemen aufwirft. Bei der bestehenden Rechtslage, die von der primären Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsbehörde ausgeht, kann es jedoch nicht dem prinzipiellen Verhältnis zwischen dem Verwaltungsverfahren und dem Gerichtsverfahren entsprechen, wenn vor der Behörde regelmäßig nicht angehört wird, wie es im Asylverfahren jedenfalls in einer Zwischenzeit bis zur Asylrechtsnovelle 1982 der Fall war.

Zum *Steuerverfahren*: Herr *Trzaskalik*, vielleicht habe ich mich insoweit undeutlich ausgedrückt: Die typisierende Betrachtung im Steuerrecht habe ich ausdrücklich bejaht und dies sogar in Abweichung gegenüber den häufig ablehnenden Stellungnahmen im steuerrechtlichen Schrifttum, die legitimen Effizienzgesichtspunkten zu wenig Rechnung tragen.

Meine letzte Bemerkung in diesem Zwischenwort betrifft Fragen des § 46 VwVfG. Für mich ist die entscheidende und weichenstellende Frage in diesem Zusammenhang die nach den Befugnissen der Verwaltungsgerichte zum ‚Durchentscheiden‘. Mir scheint, daß dieses Problem, z. B. auf dem vergangenen Juristentag im September in seiner Tragweite nicht richtig erkannt worden ist. Zum Teil hat man dort Auflockerungen dieser Pflicht zum Durchentscheiden mit der Begründung verworfen, daß dann entscheidungsschwache Richter zu häufig die Möglichkeit ausnützen würden, einen schwierigen Fall an die Verwaltung zurückzugeben – ein an der Peripherie des Problems liegender Gesichtspunkt. Die entscheidende Weichenstellung, die aus dem Prinzip von der Pflicht zum Durchentscheiden folgt, besteht darin, daß in den Fällen der sog. gebundenen Verwaltung das Verwaltungsgericht das gerichtliche Verfahren vollständig durchführen muß, also völlig aufklären, untersuchen und selbst anhören muß. Nach dem Verwaltungsverfahren kommt also ein weiteres Verfahren, und zwar das Gerichtsverfahren mit seinen im Vergleich zum Verwaltungsverfahren besseren Garantien. Herr *Meyer*, wenn ich dies so sage, hat das nichts damit zu tun, daß ich hier den eigenständigen Auftrag des Verwaltungsverfahrens relativiere. Die spezifische Konstellation des § 46 VwVfG besteht darin, daß ein konkreter Einzelfall jetzt vor dem Verwaltungsgericht angelangt ist. Angesichts der Pflicht des Verwaltungsgerichts, alles Notwendige selbst aufzuklären, geht es jetzt nicht mehr darum, was im Verwaltungsverfahren, möglicherweise fehler-

haft, geschehen ist. Für den konkreten Einzelfall kann in der Konstellation des § 46 VwVfG überhaupt nichts mehr Nachteiliges daraus entstehen, daß im Verwaltungsverfahren ein Fehler aufgetreten ist, weil jetzt das sowieso ‚bessere‘ Gerichtsverfahren folgt.

Worin § 46 VwVfG möglicherweise fatal ist, ist seine Breitenwirkung über den konkreten Einzelfall hinaus, daß nämlich manche Verwaltungsbehörde das Verwaltungsverfahren deswegen nicht ausreichend wichtig nimmt, weil Verfahrensfehler bei Entscheidungen der sog. gebundenen Verwaltung keine Beachtlichkeit vor dem Verwaltungsgericht haben. Natürlich geht durch § 46 VwVfG die edukatorische Funktion, die eine Aufhebung im konkreten Fall auch für andere Fälle hätte, verloren. Auf diese nachteilige Auswirkung habe ich hingewiesen; ich bleibe dabei, daß durchaus mögliche Kritik an diesen Nachteilen Anlaß für rechtspolitische Überlegungen sein kann, daß diese Kritik aber § 46 VwVfG nicht verfassungsrechtlich in Frage stellen kann. Solange wir im materiellen Verwaltungsrecht bei der Doktrin vom unbestimmten Rechtsbegriff mit der Konsequenz der vollen Überprüfbarkeit durch die Gerichte in der einzig-verbindlichen Entscheidung bleiben, so lange hat meiner Meinung nach § 46 VwVfG seine immanente Richtigkeit. Zutreffend ist dann aber auch die aus § 46 VwVfG abzuleitende Umkehrung, daß bei Entscheidungen, bei denen die Behörde einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum hat, allein wegen eines Verfahrensfehlers im Verwaltungsverfahren aufzuheben ist. Daran knüpft sich die letzte Bemerkung, daß mehr als bisher die notwendige Integration zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht deutlich gemacht werden muß: Die materiell-rechtliche Entscheidung für die Annahme eines Beurteilungs- oder Ermessensspielraums hat immer die verfahrensrechtliche Konsequenz, daß das Verwaltungsverfahren in diesen Fällen eine besondere Bedeutung hat und daß deshalb allein wegen eines Fehlers im Verwaltungsverfahren die Entscheidung aufgehoben werden muß.

Pietzcker: Ich darf vielleicht nur die Punkte ansprechen, in denen ich besonders kritisiert worden bin. Für das Asylverfahren, Herr *Bullinger*, sagten Sie, in der Massenverwaltung kann man natürlich nicht mit derselben Gründlichkeit entscheiden wie vor Gericht. Das ist ganz klar. Es geht nur darum, wo ist die Schwelle, bei der wir sagen: Das ist nicht mehr gründlich genug selbst für die Massenverwaltung; und wenn Herr *Isensee* sagt, im Asylrecht sind es Einzelprobleme, gerade dann dürfen

wir das eben nicht zu sehr zur Massenverwaltung werden lassen. Ob man dann fordert, wir schaffen das Verwaltungsverfahren ganz ab und fangen gleich vor Gericht an, ist eine zweite Frage. Aber dann müßten eben 100% der Fälle voll durch das gerichtliche Verfahren, und das würde auch sehr lange dauern. Immerhin ist das eine Alternative, die man überlegen kann. Zu Herrn *Isensee* in diesem Punkt: Natürlich ist hier der Verfahrensgewinn schon der Sachgewinn, jedenfalls zeitweilig, für diese drei Jahre oder wie lange immer. Aber das ist eine Situation, die steckt im Institut der aufschiebenden Wirkung, und wir können sie hier auch nicht durch irgendwelche Mechanismen vermeiden. Ich sehe da keinen Ausweg.

Dann die Grundrechtsrelevanz von Verfahrensregelungen. Zur ersten Frage: Sind Verfahrensregelungen als Grundrechtseingriffe zu verstehen oder nicht? Die These ist natürlich gefährlich, ich habe mir überlegt, ob ich sie so formulieren soll – ich glaube aber, daß sie im Ansatz zutrifft, und ich würde den Ansatz immer noch verteidigen. Wenn ich ein Verfahren zur Verfügung stelle, gleichgültig, ob es um einen Eingriff oder eine Leistung geht, ob also jemand Asyl bekommt oder enteignet wird, dann ist dieses Verfahren nicht ein Eingriff, sondern es kanalisiert die Leistung oder den Eingriff. Deshalb glaube ich auch, daß es hier keine Rolle spielt, ob das Grundrechtsverwirklichung, Grundrechtsentfaltung oder überhaupt erst Voraussetzung des Grundrechtsgenusses ist wie im Asylrecht – ich glaube, in all diesen Fällen steht das Grundrecht dahinter. Bei der Enteignung geht es auch um das Grundrecht – und daß im Verfahren gesichert wird, daß es zur Geltung kommt. Ich möchte das vielleicht parallelisieren mit den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Es läßt sich mit den Kategorien Eingriff und Leistung nicht hinreichend fassen, sondern hier wird eben (u. a.) die Institution Eigentum ausgeformt, so daß sie im Rechtsleben wirklich werden kann. So ähnlich würde ich prinzipiell das Verfahren sehen. Natürlich können wir sagen: Diese eine Verfahrensvorschrift, die es etwa dem Grenzbeamten gestatten würde zu sagen: Du bist kein wirklicher Asylant, wir lassen dich nicht einreisen, ist ein Eingriff. Wir können aber genauso gut dahin formulieren, daß eine solche Vorschrift dem grundrechtlichen Garantiegehalt nicht gerecht würde. In diesem Sinne hatte ich das gemeint: Verfahrensregelungen sind nicht als Eingriff zu verstehen.

Die Frage, ob Verfahrensrecht grundrechtsnäher ist als materielles Recht, bejaht Herr *Schneider* für das Asylrecht – ich möchte das bezweifeln. Ob jemand politisch verfolgt ist, ist eine materielle Frage, und die ist mindestens so grundrechtsnah

wie die Frage, ob das Bundesamt entscheiden muß oder die Ausländerbehörde. Ich würde da keinen Unterschied machen.

Zu den Mitwirkungsklasten, die Herr *Bettermann* insbesondere angesprochen hat: Ich sehe keinen so großen Gegensatz zwischen Ihrer Position und meiner. Ich sagte, im Steuerrecht sei ein breites Feld für Mitwirkungsklasten und für Beweisführungsklasten; Herr *Martens* hat das in seiner Schrift ausführlich dargelegt. Dem würde ich weitgehend zustimmen. Mein Punkt, den Sie aufgriffen, betraf das Bauplanungsrecht und die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, in der als abwägungserheblich bei der Bauplanung die Belange bezeichnet wurden, die sich aufdrängen müssen. Ich sagte, das muß man sehr vorsichtig handhaben, das ist gefährlich. Das kann man weit und eng auslegen, und gerade bei der Bauleitplanung ist es in erster Linie die Aufgabe der Behörde, den Sachverhalt aufzuklären und nicht so sehr die Aufgabe der Beteiligten, nun der Behörde alle möglichen Hinweise zu geben; dafür halte ich die Beteiligungsmöglichkeit in der Realität wieder nicht für gewichtig genug. Im Prinzip können im Steuerrecht selbstverständlich weitgehende Mitwirkungsklasten, auch Beweislasten, geschaffen werden.

Zu den Verfahrensfehlern hat Herr *Wahl* schon einiges gesagt, ich will mich kurz fassen. Wenn Sie, Herr *Bettermann*, meinten, es komme darauf an, ob das Verwaltungsgericht voll durchentscheiden kann, dann ist zu fragen, ob Sie das dogmatisch verstehen oder ob Sie sozusagen einen Schuß Realität hineinbringen und sagen: das ist zwar im dogmatischen Sinne voll durchentscheidbar, aber in der Praxis wissen wir, daß das Verwaltungsverfahren und das Gerichtsverfahren hier nicht dasselbe ist. Deshalb mein Versuch, der natürlich mit herkömmlichen dogmatischen Kategorien schwer zu fassen ist, weshalb ich auf den Ausweg der absoluten Verfahrensfehler gekommen bin. Schöner wäre es gewesen, man hätte sagen können, es kommt auf die Kausalität an, auch bei gebundenen Entscheidungen. Das gibt es da natürlich nicht. Entweder sind sie rechtmäßig oder rechtswidrig. Es gibt keine Kausalität. Aber faktisch können wir sehr wohl sagen: Es mag sein, daß die Behörde dem Ausländer die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert hat, weil sie ihn nicht angehört hat und er seine plausiblen Gründe nicht vortragen konnte; vielleicht hätte die Behörde anders entschieden. Herr *Trzaskalik* hat Beispiele hierfür gebracht, und deshalb würde ich eben diese scharfe Trennung nicht mitmachen, auch wenn es dogmatisch schwieriger zu fassen ist. – Ist § 46 VwVfG überhaupt richtig oder ist er verfehlt? Müssen wir nicht stärker unterscheiden zwischen

Verwaltungsverfahren und -prozeß? Herr *Meyer* hat uns vorgehalten, im allgemeinen Teil hätten wir das gemacht, und da, wo es um die Wurst geht, hätten wir es wieder zurückgenommen. Ein bißchen stimmt das schon – nur: Weshalb haben wir das zurückgenommen? Weil ich der Meinung bin, im allgemeinen Teil und bei der Funktionsbestimmung des Verwaltungsverfahrens sind sehr viele Dinge angesprochen, die viel weiter reichen als die Frage der Verfahrensfehler. Bei Verfahrensfehlern kommt einiges zusammen. Und wenn Sie Ihre Position konsequent durchhalten, Herr *Meyer*, dann müssen Sie das Verpflichtungsurteil streichen. Denn das Verpflichtungsurteil beruht darauf, daß das Gericht in der Sache das Verfahren durchführt und entscheidet. Wenn jemand BaFöG einklagt, dann müßte das nach Ihrer Auffassung letztlich dazu führen, daß ein Bescheidungsurteil ergeht; es könnte kein Verpflichtungsurteil ergehen. Die Verwaltung hat die Leistung bisher abgelehnt, also muß ein neues Verwaltungsverfahren kommen. Dieses Ergebnis halte ich für zweifelhaft, zumal vielleicht wieder ein Verfahrensfehler unterläuft. Dann bekommt der Antragsteller seine Leistung vielleicht sehr lange nicht. An dem Institut der Verpflichtungsklage würde ich also festhalten und deshalb bei § 46 VwVfG Abstriche machen.

Ein Wort zum privatrechtlichen Handeln und schlichten Verwaltungshandeln, das Herr *Mußnug* angesprochen hat. Sicherlich gibt es im Privatrecht kein vorheriges Verfahren, aber das stimmt natürlich doch nicht so ganz. Wenn die Vermietung der Stadthalle privatrechtlich geschieht, warum gibt es da kein vorheriges Verfahren? Es gibt Verhandlungen, die Leute reden miteinander. Wenn wir die Entscheidung dogmatisch als Verwaltungsakt bezeichnen, und die Auffassung gibt es ja (Zwei-Stufen-Theorie), dann ist das ein Verwaltungsverfahren. Wenn wir es privatrechtlich qualifizieren, dann können wir trotzdem von einem Verwaltungsverfahren sprechen. Wir müssen gewisse Rechte geben. Zweites Beispiel, auf dem ich nun sicher nicht herumreiten will: die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das ist für mich so etwas wie ein Verwaltungsverfahren, auch wenn es dogmatisch als privatrechtliches Verfahren qualifiziert wird. Natürlich kann man das nicht unbegrenzt ausdehnen, und deshalb habe ich von vorsichtiger Erweiterung gesprochen.

Als letztes der Punkt, den Herr *Dagtoglou* angesprochen hat: die Verwaltung entscheidet nicht in eigener Sache, sondern im Interesse aller. Wir können das umdefinieren: das Gemeinwohl ist eben die eigene Sache der Verwaltung. Damit ist aber nicht sehr viel gewonnen. Wenn wir sagen, die Verwaltung entschei-

det nicht in eigener Sache, sondern für alle, welche Antwort folgt daraus für das Problem, ob die planende Behörde die Planfeststellung selbst beschließen kann, ob der Ministerialrat, der in der Flughafengesellschaft im Aufsichtsrat sitzt, mitwirken kann? Das ist doch die entscheidende Frage, und wir müssen sehen, daß es hier einen Unterschied zwischen Richter und Verwaltungsbeamten gibt. Die Verwaltung entscheidet eben in diesem Sinne doch in eigener Sache.

Vorsitzender: Danke schön. Wir fahren nun in der Diskussion fort.

Rauschning: Herr Vorsitzender, meine verehrten Kollegen! Ich möchte eine kleine Vorbemerkung machen, um Mißverständnissen vorzubeugen. Ich meine, daß wir alle unter Verwaltungseffizienz natürlich rechtmäßige Verwaltung, verfassungsmäßige Verwaltung und auch Verwaltung unter dem Gesichtspunkt der Wertentscheidung der Grundrechte verstehen, daß also der Rechtsschutz hier nicht die einzige Möglichkeit der Verfassungsverwirklichung ist. Wenn wir uns aber dem Rechtsschutz zuwenden, gewährt durch die Verwaltungsgerichtsordnung und die Verfassungsbeschwerde, dann wäre es hilfreich, in der Begriffsbildung recht scharf zu sein. Es hilft uns hier nicht für die Frage des Rechtsschutzes, ob wir von Grundrechtsbetroffenheit, Berührung der Grundrechtssphäre sprechen oder auch, wie Herr Pietzcker in Leitsatz 6 sagen, „in der TA Luft stecken Grundrechtsfragen“. Das bringt uns jedenfalls für die Rechtsschutzfrage nicht weiter. Beim Rechtsschutz geht es konkret, wenn wir die Grundrechte ansprechen, um die Grundrechtsverletzung. Und sicherlich – und ich glaube, das steht außer Streit – haben Verfahrensrechte, auch außerhalb des Verfassungsrechts, einen Grundrechtsbezug. Wenn z. B. durch die Vollstreckung eines Mieturteils wahrscheinlich der Tod des Vollstreckungsschuldners ausgelöst wird, dann ist hier eine unmittelbare Grundrechtsverletzung gegeben, gleichermaßen, wenn die Vorführung oder die Eröffnung eines Hauptverfahrens zu einem schweren Gesundheitsschaden führen würde. Nur, wenn wir jetzt in hohem Abstraktionsgrad aus solchen Fällen herauslesen, daß auch materielle Grundrechte überall einen Verfahrensbezug haben, dann scheint mir das von einer anderen Qualität zu sein. Insofern möchte ich Herrn Wahl in der These 10 b sehr zustimmen, wenn er sagt, Verfassungsrang haben im Bereich der Schutzpflichten allein die Schutzverpflichtungen als solche, und sie sind objektiv-rechtlich. Denn wenn sie unmittelbar anwendbar wä-

ren, wenn es wirklich um eine Grundrechtsverletzung bei der Verletzung oder bei der Nicht-Erfüllung einer Schutzpflicht ginge, wozu brauchten wir dann überhaupt diese Konstruktion der Schutzpflicht aus der 218er Entscheidung (im 39. Band der Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts)? Diese Schutzpflicht ist immer als eine objektiv-rechtliche Schutzpflicht bezeichnet worden, die den allgemeinen Wertentscheidungen nahesteht. Wenn aus der in dem Grundrecht enthaltenen objektiv-rechtlichen Schutzpflicht stets wieder ein subjektives Recht von Grundrechtscharakter hergeleitet werden könnte, dann würden wir diesen Umweg über die objektiv-rechtliche Schutzpflicht nicht brauchen. Insofern möchte ich die Grundthese von Leitsatz 17 weiterhin verteidigen und unterstützen, daß eben das Verfahrensrecht nicht grundrechtsnäher ist als das materielle Recht.

Gegen Herrn *Schneider* oder vielleicht sogar gegen Herrn *Pietzckers* eigene Bemerkung möchte ich folgendes sagen: Wenn der Grenzbeamte ermächtigt ist, nein zu sagen, dann liegt in der materiellen Entscheidung vielleicht eine Verletzung des Asylrechts; wenn auch in diesem Verfahren herauskommt, daß das Asylgesuch zu Unrecht abgelehnt wurde, dann ist materiell das Asylrecht verletzt, und das Asylrecht wird nicht mit der Verkürzung der Anhörung verletzt. Nur: Wir haben eben konkret den Rechtsschutz nur bei der Grundrechtsverletzung, in Form der Verfassungsbeschwerde oder vorher in Gestalt der verwaltungsgerichtlichen Klage, und nicht beim Nichterfüllen einer allgemeinen Schutzpflicht. Ich meine, daß uns auch der Mühlheim-Kärlich-Entscheid des Bundesverfassungsgerichts keineswegs zu einer anderen Auffassung zwingt.

Eine Randbemerkung möchte ich noch machen: Ich möchte darauf hinweisen, daß auch bei Errichtungsgenehmigungen regelmäßig über einen konkreten Antrag entschieden wird, der mit Nein oder Ja zu bescheiden ist. Auch wenn bei der Entscheidung der Genehmigungsbehörde bei Anlagengenehmigungen vielleicht ein besserer Standort vor Augen schwebt, dann kann sie zu einem auch geeigneten Standort nicht sagen: Dieser Antrag wird abgelehnt. Insofern handelt es sich auch hier um eine gebundene Entscheidung; für diesen Fall räumt auch die Kalkar-Entscheidung kein Ermessen ein.

Münch: Vor 25 Jahren ungefähr haben sich die Polen sehr intensiv damit beschäftigt, eine Verwaltungsverfahrensordnung auszuarbeiten. Sie sagten: Wir haben keine funktionierenden Grundrechte, wir haben keine Verwaltungsgerichts-

barkeit, da muß also die Verwaltungsverfahrensordnung uns das ersetzen. Eine Vorstellung, die uns etwas merkwürdig vorkommt, aber es ist hier in den Referaten zur Sprache gekommen, daß auch die Verwaltungsverfahrensordnung uns Schutz für Grundrechte gewähren kann und soll.

Der erste Punkt, auf den ich eingehen möchte, ist der, daß das Verfahren, das auf Großvorhaben angewendet wird, nicht recht adäquat sei – so habe ich Herrn *Wahl* verstanden, und einige Diskussionsredner haben das auch gesagt. Mir kommt es in der Tat so vor, daß das Verwaltungsverfahren von Hause aus, so wie es tradiert ist, eigentlich abgestellt ist auf die Kontrolle der Tätigkeit von Privaten daraufhin, ob sie andern Privaten schaden kann. Bei den Großvorhaben und bei den Aktionen, die gegen Großvorhaben vorgenommen werden, geht es eigentlich um etwas anderes. Die öffentliche Hand, wenn auch in der Verkleidung von Aktiengesellschaften u. dgl., kümmert sich um die Infrastrukturen, etwa die Energieversorgung. Nun kommen die Widersprüche nicht eigentlich aus den Interessen derjenigen, die durch die Anlagen betroffen werden, und nicht einmal aus angeblichen allgemeinen Interessen, sondern aus der politischen Opposition gegen die Energie- und Infrastrukturpolitik des Staates und werden sogar auch von außen her beeinflußt. Ich glaube, das muß man ganz besonders im Auge behalten, wenn man Remedur sucht. Was indirekt immer bevorzugt war, ist z. B. der Bergbau. In den Berggesetzen kommt eine gewisse Vorrangstellung bei der Bewertung der Wichtigkeit des bergbaulichen Betriebs und der bergbaulichen Anlagen zutage. Das ist schon beinahe 150 Jahre her, ist schon traditionell, und steht gewissermaßen zwischen der Verwaltungsentscheidung für Anlagen eines einzelnen und den Großvorhaben von heute.

Zweitens: Wir erörtern mit Effizienz und mit Grundpflichten Dinge, die im positiven Recht nicht formuliert sind, aber hinter ihm einen großen Lebenswert ausmachen. So haben die beiden Themen Aufmerksamkeit bei Außenstehenden hervorgerufen, als ob etwas ganz Neues aufkäme. Aber Effizienz und Grundpflichten stehen immer schon hinter den Texten und Institutionen; ihr Verhältnis zu diesen ist indes unklar.

In der geisteswissenschaftlichen Sektion der Max-Planck-Gesellschaft hat einmal ein Kollege aus einem anderen Fach gesagt: Jura ist gar keine Wissenschaft. Am Anfang der Digesten steht in der Tat der Satz: „*ius est ars, boni et aequi*“. Rechtspflege, Rechtsanwendung, und – wir können hier auch sagen – Verwaltungshandeln ist eine Kunst, und die Rechtswissenschaft liefert Hilfe dafür, daß die Kunst richtig ausgeübt

wird. Das ist, glaube ich, zu unterscheiden. Lebenswichtig ist die Kunst des richtigen Handelns, die Kunst der Rechtspflege, gegenüber Wucherungen und Übergriffen der Wissenschaft. Herr *Eichenberger* hat in mehreren seiner Aufsätze dagegen protestiert, daß man die Rechtswissenschaft zu ernst nimmt für die praktische Arbeit an der Verfassung, Gesetzgebung und Verwaltung, obwohl sie, eben als Wissenschaft, keine Verantwortung hat. Dieser Gesichtspunkt ist, glaube ich, ein sehr allgemeiner. Man kann das hier nicht vertiefen oder überhöhen, aber wir sollten mehr an diesen Gesichtspunkt denken.

Wagener: Herr Vorsitzender, meine Herren! Zunächst darf ich einen verspäteten „Spontan“-Beitrag bringen: Es ist Ihnen sicher verständlich, daß ich das Wort „Effizienz“ hier wieder in Erinnerung bringen möchte. Dies ist mir zwar schwer gemacht worden durch das Zitat des Kollegen *Fleiner* aus der Schweiz. Nach der vorgetragenen Definition ist es in der Tat höchst unklar, was wohl „Effizienz“ ist. Ich weiß nicht, wer da über „Effizienz“ geschrieben hat. Sicher war es kein Jurist, jedenfalls kein guter Jurist. Ich neige dazu, gar nicht von „Effizienz“, sondern von „Effektivität“ oder von „Wirtschaftlichkeit“, „Wirksamkeit“ und „Leistungsfähigkeit“ zu sprechen.

Nun zu meinem eigentlichen Anliegen: Ganz verkürzt geht es bei unserer Fragestellung um „Rechtmäßigkeit“ oder „Effizienz“. Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß bei dieser Gegenüberstellung sowohl in den Referaten als auch in der Diskussion doch wieder ganz überwiegend (vielleicht mehr als 95%) über die Rechtmäßigkeit gesprochen worden ist. Die Frage der Effizienz wurde fast ganz ausgeklammert. Wenn man an die Thesen 1 und 3 von Herrn *Wahl* anknüpft, dann muß gefragt werden, was ist eigentlich der Auftrag der Verwaltung. Selbstverständlich soll die Verwaltung rechtmäßig handeln. Schon nach Art. 20 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Die Rechtmäßigkeit ist also ein wichtiger Maßstab. Wie steht es aber um die Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltung? Wann kommt die Sachrichtigkeit und in welchem Verhältnis steht dazu die „Bürgernähe“? Ich spreche übrigens lieber von „Anliegensgerechtigkeit“. „Bürgernähe“ unterliegt immer dem Mißverständnis der räumlichen Nähe. Die Verwaltung soll sicher auch schnell sein. Sie soll eine Befriedungswirkung haben. Es gibt eine ganze Reihe weiterer wichtiger Maßstäbe für das Handeln der Verwaltung, die ich hier nicht alle aufzählen möchte. Es geht nicht nur um ein „magisches“ Viereck, Fünfeck oder Sechseck. Es geht um sehr zahlreiche Maßstäbe für

das Handeln der öffentlichen Verwaltung, die zum Teil im gegenseitigen Konflikt miteinander stehen. Das ganze hat übrigens nichts „magisches“ an sich. Das Problem ist nun, wie Verwaltungsrechtler und Verfassungsrechtler eine solche Konstellation behandeln. Offenbar, indem sie sich fast ausschließlich auf das Merkmal der Rechtmäßigkeit stürzen. Im Grunde kann man das Problem aber nur mit einer Nutzwertuntersuchung lösen. Alle Maßstäbe, die für das Handeln der Verwaltung gelten, müssen formuliert werden, und man muß sie in einer bewertenden Betrachtung nebeneinanderstellen. Die Gewichtung der einzelnen Maßstäbe im Verhältnis zueinander ist dabei kaum „wissenschaftlich“ objektiv durchzuführen. Fast immer handelt es sich um subjektive Vorlieben für den einen oder den anderen Maßstab. *Ihre* subjektive Vorliebe liegt offenbar so sehr bei der Rechtmäßigkeit, daß Sie – ohne es zu sagen – davon ausgehen, daß die Rechtmäßigkeit absolut gesichert sein muß, daß dies also ein Maßstab ist, der in der Sozialwissenschaft als „K.O.-Maßstab“ angesehen wird. Nutzwertüberlegungen können dann gar nicht durchgeführt werden. Im Grunde gibt es gar keinen Konflikt zwischen Rechtmäßigkeit und Effizienz. Rechtmäßigkeit muß immer im vollen Umfang sichergestellt sein, bevor überhaupt Wirtschaftlichkeits- und Leistungsfähigkeitsüberlegungen kommen. Eigentlich brauchen wir dann die Hauptfrage überhaupt nicht mehr zu überlegen. Weithin hatte ich den Eindruck, als ob es schließlich und endlich ausschließlich um die Rechtmäßigkeit ginge. Ich wurde an eine Situation erinnert, wie sie manchmal tatsächlich in der Verwaltung entsteht. Irgendwo gibt es eine Katastrophe, eine Überschwemmung oder ähnliches. Dann sagen Politiker gewöhnlich, daß die Verwaltung schnell und unbürokratisch helfen werde. Dies heißt heute jedoch, daß schnell und „rechtswidrig“ geholfen werden soll. Daran sieht man, wie der Teilmaßstab der Rechtmäßigkeit und der Teilmaßstab der Effizienz, nämlich Schnelligkeit, im Konflikt zueinander stehen. Es ist unter heutiger Regelungsdichte weithin nicht mehr möglich, schnell und gleichzeitig rechtmäßig zu handeln. Tatsächliche Lagen, bei denen Maßstäbe und Ziele sich gegenseitig behindern, sind heute mehr und mehr zu entscheiden. Denken Sie an die vielen „Abwägungs“-Bedürfnisse. Optimierungsentscheidungen nehmen der Zahl und der Bedeutung nach zu. Sie sind heute überall anzutreffen in der Verwaltung. Die schlicht normative Entscheidung – ein Sachverhalt paßt zur Norm und dann ist durch die Entscheidungsregelung in der Norm die Entscheidung vorgegeben – ist fast zur Ausnahme geworden. Diese Lage umgeht die Staatsrechts-

lehre und die Verwaltungsrechtslehre weitgehend dadurch, daß sie alle Maßstäbe, die nicht rechtlicher Natur sind, aus ihrem Interessenkreis ausschaltet und sagt, wir begnügen uns mit der Rechtmäßigkeit, das ist unser Feld. Wenn dort etwas nicht in Ordnung ist, dann gibt es die Gerichte. Sie werden die Entscheidung schon finden. Wir müssen uns aber stärker der gegenwärtigen Problematik nähern. Die meisten Entscheidungslagen sind nicht eindimensional. Es gibt, um im Sprachgebrauch von Herrn Wahl zu bleiben, Dreiecke, Vierecke, Sechsecke, aber auch Zehn- und Zwanzigecke. Unausweichlich muß dabei entschieden werden, ob die Rechtmäßigkeit ein „K.O.-Maßstab“ ist. Unausweichlich ist zu entscheiden, ob unter heutigen Bedingungen der Anspruch der „Rechtmäßigkeit“ vielleicht nicht mehr im vollen Umfange durchgehalten werden kann. Muß eventuell die Rechtmäßigkeit bis zu einem gewissen Grade zurückstehen gegenüber der Erfüllung anderer Anforderungen an die Verwaltung? Dies ist für den Öffentlich-rechtler sicher eine ganz „schlimme“ Vorstellung. Es ist aber zu fragen, ob man diese Frage deshalb nicht stellen darf, ob man sie „verdrängen“ muß.

Schenke: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Herrn Kollegen! An beiden Vorträgen hat mir sehr gefallen, daß sich die Referenten der im Gefolge des Mühlheim-Kärlich-Beschlusses zuweilen in der rechtswissenschaftlichen Diskussion feststellbaren Tendenz, aus den Grundrechten zu weitreichende Folgerungen für das Verwaltungsverfahren zu ziehen, widersetzen. Damit kam klar zum Ausdruck, daß es in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers sein muß, ein in den Grundrechten enthaltenes verfahrensrechtliches Element zu entfalten. Im Grunde stellen sich in diesem Zusammenhang ganz ähnliche Probleme, wie jene, die sich in Verbindung mit der Frage „Grundrechte als Teilhaberrechte?“ ergeben. Wenn man nämlich die verfahrensrechtliche Komponente, die in den materiellen Grundrechten ohne Zweifel mit angelegt ist, überbetont und optimiert, droht auch hier – wie bei der Anerkennung von in den Freiheitsgrundrechten angelegten Teilhaberechten – eine schwerwiegende Kräfteverschiebung innerhalb des grundgesetzlichen Organisationsgefüges zwischen Legislative und Judikative.

Für noch problematischer als eine zu großzügige richterliche Deduktion von Verwaltungsverfahrensprinzipien aus den materiellen Grundrechten würde ich den Versuch ansehen, aus einem Prinzip der Verwaltungseffizienz zu weitreichende Konsequenzen für die Ausgestaltung des Verwaltungsverfah-

rensrechts abzuleiten. Es erscheint mir bereits fraglich, ob wir wirklich davon ausgehen können, daß es ein verfassungsrechtlich garantiertes Prinzip der Verwaltungseffizienz gibt, das ja vielfach in Art. 20 Abs. 2 GG angesiedelt wird. Ich darf insofern auf meinen Aufsatz in VBlBW 1982, S. 315 ff. verweisen. Selbst wenn man von der Existenz eines solchen verfassungsrechtlichen Prinzips ausgeht, muß man sich m. E. davor hüten, hieraus zu weitreichende verfassungsrechtliche Folgerungen abzuleiten. Verwaltungseffizienz ist eben in erster Linie eine verwaltungspolitische Maxime, und dementsprechend ist hier primär der Gesetzgeber dazu aufgerufen, darüber zu entscheiden, auf welche Weise er der Verwaltungseffizienz Rechnung tragen will.

Wichtig scheint mir im übrigen die Feststellung zu sein, daß Rechtsschutzauftrag und Verwaltungseffizienz des Verwaltungsverfahrens keineswegs Gegensätze umschreiben, sondern Rechtsschutz und Verwaltungseffizienz enge Bezugspunkte aufweisen. Bezugspunkte vor allem unter dem Aspekt, daß die Forderung nach Verwaltungseffizienz sich ja nur in bezug auf eine ganz bestimmte objektive Rechtsordnung zu stellen vermag, durch die ihr die Richtung gewiesen wird. Da unsere Rechtsordnung aber in weitem Umfang durch die Anerkennung subjektiver Rechte geprägt ist, decken sich die Forderung nach dem Schutz dieser subjektiven Rechte – und damit zugleich der objektiven Rechtsordnung – und jene nach der Sicherung des durch das Recht geleiteten Prinzips der Verwaltungseffizienz in nicht unbeträchtlichem Umfang.

Bedenken hätte ich gegenüber der von Herrn Quaritsch in der Diskussion aufgestellten These, nach der in bestimmten Bereichen das Verwaltungsverfahren – so könnte man es in Anführungszeichen formulieren – quasi durch die Gerichte durchgeführt werden soll, die Gerichte also hier bereits in erster Instanz anstelle der Verwaltung entscheiden sollen. Ich meine, daß dieser Vorschlag nicht unproblematisch ist. Dies einmal deshalb, weil die Gefahr besteht, daß die Gerichte die erforderliche Distanz – oder, wenn Sie wollen distance – zur hier zu treffenden Entscheidung verlieren, indem sie quasi selbst Partei sind. Zudem scheint mir hier die Gefahr einer beträchtlichen Verschiebung der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Gerichten gegeben. Damit wird das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG betroffen. Dieses ist zwar durchaus unterschiedlichen Ausgestaltungen fähig. Bei einem quasi durch die Gerichte durchgeführten „Verwaltungsverfahren“ würde es jedoch sicher in ganz empfindlicher Weise tangiert.

Ansprechen möchte ich noch kurz die Probleme, die sich in Verbindung mit den §§ 44 a VwGO und 46 VwVfG stellen. Hier vertrete ich weitgehend den gleichen Standpunkt wie Herr *Pietzcker*. So scheint es auch mir nicht zu sein, wenn man bei gebundenen Verwaltungsakten stets von der Unbeachtlichkeit der in § 46 VwVfG angesprochenen Verfahrensfehler ausgehen will. Die Basis für eine verfassungsrechtliche Korrektur des § 46 VwVfG liefert dabei allerdings m. E. nicht, wie dies vielfach vertreten wird, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Übereinstimmend mit Herrn *Pietzcker* meine ich, daß Art. 19 Abs. 4 GG keine Aussage darüber enthält, ob und inwieweit sich aus subjektiven Rechtsverletzungen Reaktionsansprüche ableiten, Art. 19 Abs. 4 GG setzt das anderweitig begründete Bestehen solcher Rechte vielmehr voraus. Den Ansatzpunkt für solche Reaktionsansprüche liefert m. E. das Grundrecht, in das in verfahrensfehlerhafter Weise eingegriffen wurde. Wenn der Ausbau des Verwaltungsverfahrens als Kompensation für das Fehlen materiellrechtlicher Bindungen der Verwaltung, insbesondere bei mit vagen, unbestimmten Rechtsbegriffen operierenden Gesetzen, dienen soll, so muß auch hier, ebenso wie bei der Verletzung von materiellen subjektiven Rechten, ein in den Grundrechten angelegter verfassungsrechtlich garantierter Reaktionsanspruch zum Zuge kommen, sofern diese Verfahrensfehler nur – was auch bei gebundenen Verwaltungsakten zutreffen kann – für das Verfahrensergebnis von Einfluß sein können und die Fehler des Verwaltungsverfahrens nicht durch das Gericht heilbar sind. Von dieser Fallgestaltung abgesehen erscheint mir die Regelung des § 46 VwVfG unbedenklich. Selbst wenn dann hier ein Anspruch auf Aufhebung des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts in wirksamer Weise ausgeschlossen ist, muß jedoch bei diesen Rechtsverletzungen in Analogie zu § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO für den Betroffenen die Möglichkeit bestehen, festzustellen, daß er durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt wird. Genauso wie dort, wo die Aufhebung eines Verwaltungsakts wegen seiner Erledigung ausgeschlossen ist, wenigstens die Feststellung der Rechtsverletzung möglich sein muß, ist Gleiches dann anzunehmen, wenn die Aufhebung des rechtsverletzenden Verwaltungsakts ausnahmsweise aus materiellrechtlichen Gründen scheitert. An einer solchen Feststellung gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Prävention ein berechtigtes Interesse bestehen.

Häberle: Erlauben Sie, verehrter Herr Vorsitzender, einen Ad-hoc-Beitrag, den ich angesichts der gedrängten Rednerliste gewiß nicht zu einem „Quereinstieg“ mißbrauchen werde, um den geglückten Ausdruck Herrn *Mußnugs* zu verwenden, so gerne ich etwas zum Verfahrens- bzw. Grundrechtsproblem gesagt hätte. Lieber Herr *Schenke*, Sie sind hier in diesem Saal fast mein räumlicher Nachbar. Erlauben Sie gleichwohl einen kleinen Widerspruch zu Ihrem Votum von soeben. Sie haben große Zweifel an der „Verwaltungseffizienz“ und ihrer verfassungsrechtlichen Grundlage geäußert. Meines Erachtens hat sie als Rechtsprinzip indes durchaus eine vielfältig differenzierte Ausprägung in der *Verfassung* von Bund und Ländern: einmal im Prinzip des sozialen Rechtsstaates, sodann in der auch von Ihnen erwähnten Eigenständigkeit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 2 GG samt ihrer Gemeinwohlfunktion. Ich erinnere auch an Elemente von Art. 33 Abs. 2 und 5 GG und vor allem an das Haushaltsverfassungsrecht, an die Aufgabe des Bundes- und der Landesrechnungshöfe (vgl. Art. 114 Abs. 2 GG), die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Gewiß wären noch anderen Grundgesetznormen in Einzelanalyse verfassungsrechtliche Aspekte der Verwaltungseffizienz abzugewinnen, und die beiden Referenten haben dies in ihren schönen Referaten der Sache nach auch getan.

Kisker: Das geht in dieselbe Kerbe. Ich glaube, wir müssen Herrn *Wagner* recht geben. Wir haben die ganze Zeit von Rechtsschutz gesprochen. Die Frage nach dem Stellenwert des Gegenpols „Effizienz“, die Frage also nach dem Stellenwert von Wirtschaftlichkeit, Schnelligkeit und Sachgerechtigkeit ist kaum erörtert worden. Das Problem, wo Effizienz verfassungsrechtlich festzumachen ist, wurde eigentlich eben erst angesprochen. Insoweit darf ich darauf hinweisen, daß außer jenen Vorschriften, die Herr *Häberle* genannt hat, zu berücksichtigen ist, was, wenn ich recht verstanden habe, Herr *Pietzcker* erwähnte, daß es nämlich im Verfahren nicht nur um den Rechtsschutz für den Antragsteller geht, sondern auch um die Berücksichtigung einer Vielzahl von Rechten und Interessen direkt oder indirekt Mitbetroffener (Steuerzahler eingeschlossen).

Steiner: Ich will einen kurzen Beitrag zu zwei Grundaussagen im Referat von Herrn *Wahl* leisten und sie zugleich begrüßen. Herr *Wahl*, Sie haben ja, wenn ich Sie richtig verstanden habe, einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag der Verwaltung herausgearbeitet, ihn unserer stärkeren Beachtung

empfohlen und, wenn ich das richtig sehe, auch unserer Unterstützung. Natürlich zeigt die Realität im Verwaltungsverfahren, das wissen wir alle, erhebliche Vorwirkungen des Rechtsschutzverfahrens. Wir wissen, daß oft allein der Hinweis auf das Rechtsschutzrisiko dem Juristen, der ja in vielen Verwaltungen eine Art „Alleinunterhalter“ ist, die Durchsetzungsmöglichkeit gegenüber der großen Schar von Ingenieuren ermöglicht, die berufsgemäß und verständlich eben durchführen wollen, was technisch machbar ist. Dennoch würde ich aus meinen Beobachtungen heraus Ihre These insofern unterstützen, als wir auch in Verwaltungsverfahren mit einem komplizierten Umfeld häufig leitende Juristen haben, die diesen Rechtswahrungsauftrag ganz bewußt und durchaus offensiv wahrnehmen, und, daß – vielleicht von außen her nicht so erkennbar – der Jurist sehr häufig eine Vermittlerstellung zwischen den Wünschen des Publikums und den Vorstellungen der Techniker spielt; dies gilt vor allem bei der Formulierung der Schutzaufgaben. Sie haben weiter, Herr Wahl – und das ist sehr bedenkenswert, wie ich meine – davor gewarnt, den Vereinheitlichungsauftrag im Zusammenhang mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz vorschnell durchzuführen. Sie haben ja, wenn ich Ihren Terminplan richtig übersehe, ohnehin 1983 Gelegenheit, Ihre Bedenken umzusetzen in Einzelvorschläge. Ihr Stichwort „Notwendigkeit berufsspezifischer Regelungen“ läßt sich, glaube ich, gut durchführen an einem Beispiel, nämlich der materiellen Präklusion, wo wir in der Tat uns einmal überlegen müssen, ob die Entscheidung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, nämlich sie abzuschaffen, richtig, und zwar für alle Verwaltungsbereiche richtig ist. Ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem August dieses Jahres, noch nicht veröffentlicht, akzeptiert die materielle Präklusion und – deshalb erwähne ich das Urteil – mit einer ganz speziell aus dem Sachbereich „Vollzug des Bundeswasserstraßengesetzes“ heraus begründeten Rechtfertigung.

Erichsen: Herr Vorsitzender, lassen Sie mich zunächst an das, was Herr Steiner eben sagte, und an die Äußerungen einiger anderer Diskussionsteilnehmer anknüpfen, die in Übereinstimmung mit den Referenten die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung des Verwaltungsverfahrens bejaht haben. Eine solche rechtliche Notwendigkeit läßt sich nur aus der Verfassung ableiten, wie das wohl auch in vorbereitenden Aufsätzen im einzelnen dargelegt worden ist. Verfassungsgeforderte Gesetzgebung ist hier also das Stichwort! Lassen Sie mich allerdings in diesem Zusammenhang zugleich eine Sorge

äußern. Es ist hier eine zunehmende Ausdifferenzierung, der Erlaß bereichsspezifischer Verfahrensgesetze befürwortet worden. Im Anschluß an die Äußerungen von Herrn *Wilke* darf ich einwenden, daß die vorhandenen bereichsspezifischen verfahrensgesetzlichen Regelungen nicht unbedingt geeignet sind, von der Qualität dieses Vorschlags zu überzeugen. Sodann habe ich Sorge, daß wir dergestalt dahin kommen, die Entstehung von Sonderverwaltungen mit all den damit verbundenen Problemen zu begünstigen. Ich sehe die Gefahr, daß wir im Bereich der öffentlichen Verwaltung zunehmend einem Denken in Hoheitsrechten – im historischen Sinne – anheimfallen, welches Regalien voneinander sondert und dann jeweils „regaladäquat“, also bereichsspezifisch, verfahrensrechtliche Agenden vergibt. Dies wäre der Weg zurück in die staatswissenschaftliche Betrachtung des 18./19. Jahrhunderts und der Abschied von den Erkenntnissen *Otto Mayers*. Auf der Strecke bliebe wahrscheinlich dann die Effizienz der öffentlichen Verwaltung als Einheit.

Eine zweite Bemerkung: Ich sehe abweichend von Herrn *Wahl* eine Friktion zwischen der Funktion des Verwaltungsverfahrens und der in § 46 VwVfG getroffenen Regelung. Auch bei gebundenen Entscheidungen ist ja immer noch Dezisionismus im Spiel. Wenn die Funktion des Verwaltungsverfahrens – zumindest auch – darin besteht, eine Optimierung der „Richtigkeit“ der Entscheidung herbeizuführen, dann müßte folgerichtig doch wohl die Anwendung des § 46 VwVfG auch auf gebundene Entscheidungen ausgeschlossen sein. Es ist zwar richtig, daß Fehler des § 46 VwVfG im Prozeß kompensiert werden können, doch ist das nur dann überzeugend, wenn man davon ausgeht, daß das verwaltungsgerichtliche Verfahren die Fortsetzung des Entscheidungsprozesses der Verwaltung mit anderen Mitteln ist, eine These, an deren Richtigkeit man zweifeln kann. Für vielleicht entscheidender halte ich indes den Hinweis auf den contraeducatorischen Effekt des § 46 VwVfG. Diesen Effekt teilt er mit § 45 VwVfG. Beide Vorschriften haben in der Verwaltungspraxis dazu geführt, daß man die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht so furchtbar ernst nimmt und daß man im Rahmen des § 45 VwVfG etwa die Anhörung durch das Widerspruchsverfahren ersetzt sieht. – Ihnen, Herr *Pietzcker*, möchte ich entgegen den Ausführungen von Herrn *Mußgnug* beipflichten in dem vorsichtigen Bemühen, die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes auch auf das schlichte Verwaltungshandeln und auf das Handeln der öffentlichen Verwaltung in privatrechtlichen Formen zu erstrecken. Ich weiß nicht, Herr *Mußgnug*, ob

die Segnungen des Privatrechts, etwa gar jene des Familienrechts, auch zum Glück der öffentlichen Verwaltung beitragen können. Zwar sind beim Handeln in den Formen des Privatrechts zwei privatrechtsfähige Subjekte beteiligt, aber diese Subjekte, nämlich der Staat oder die öffentliche Verwaltung auf der einen Seite und der Private auf der anderen Seite sind doch von sehr unterschiedlicher, je eigener Qualität, so daß man erwägen sollte, auf das Handeln der öffentlichen Verwaltung Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes anzuwenden.

Eine kurze Schlußbemerkung: Anknüpfend an das, was Herr *Kloepfer* vorhin angesprochen hat, möchte ich der Notwendigkeit einer differenzierenden Würdigung des Inhalts subjektiver Rechte das Wort reden. Ich gebe zu bedenken, ob hier nicht der Schlüssel für eine bessere Verfahrensfehlerlehre sowohl im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren wie im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren liegt. Insbesondere ist die Dimension und Bedeutung des subjektiven Rechts im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit und die Aufhebbarkeit von staatlichen Entscheidungen nicht ausgelotet. Danke schön.

Breuer: Ich möchte ebenfalls auf die Frage zurückkommen, inwieweit der Gesetzgeber gefordert ist, das Verwaltungsverfahrensgesetz zu regeln, und ob er den geteilten Anforderungen im Spannungsfeld zwischen der Effizienz der Verwaltung und ihrem Rechtsschutzauftrag gerecht geworden ist. Dabei will ich anknüpfen an die Thesen 9 sowie 12 und 13 von Herrn *Wahl* und die These 10 von Herrn *Pietzcker*. Beide Referenten haben in gleicher Weise Stellung bezogen, daß ein einheitliches Verwaltungsverfahrensgesetz nicht möglich oder jedenfalls nicht wünschbar sei, und für ein spezielles Verwaltungsverfahrensgesetz plädiert. Nun wird man sich kaum der Erkenntnis entziehen können, daß das Verwaltungshandeln so vielfältig ist, daß man mit einem monolithischen Verwaltungsverfahrensgesetz nicht auskommt. Ich meine aber dennoch, daß die Referenten etwas zu bescheiden gewesen sind in ihren Forderungen. Zumindest scheint es mir wünschenswert zu sein, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz verschiedene Modelle von Verfahrensarten bereitstellt und daß gesetzlich klargestellt ist, für welche Arten des Verwaltungshandelns welches Verfahrensgesetzmodell gilt. Wenn man von diesem Postulat ausgeht, bereitet uns die berühmte Subsidiaritätsklausel der Verwaltungsverfahrensgesetze erhebliche Schwierigkeiten. Ich sehe hier Defizite der Gesetzgebung. Wenn wir uns einmal die Großanlagen ansehen, die in verschiedenen Zulassungsverfahren bewältigt

werden müssen, stellen wir fest, daß durchaus heterogene Verfahrensarten und Zulassungsakte vorgeschrieben sind, ohne daß ein sachlicher Grund dafür erkennbar ist. So werden z. B. Straßenbauvorhaben in einer Planfeststellung zugelassen, die unter der Konzentrationsmaxime steht. Schon für den Bau von Flughäfen finden wir insofern eine Variante vor, als die Unternehmergenehmigung und die Planfeststellung einander nachfolgen und es der Rechtsprechung außerordentlich große Schwierigkeiten bereitet hat, den Inhalt dieser beiden Verfahrensschritte voneinander abzuschichten. Atomanlagen und Anlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz unterliegen einer Genehmigung, wobei wiederum unterschiedlich geregelt ist, ob und inwieweit die Genehmigungen Konzentrationswirkung haben; hier spielen die parallelen Gestattungsverfahren eine berühmt-berüchtigte Rolle in der neueren Diskussion. Ich meine nun, daß all dies nicht notwendig ist und daß der Gesetzgeber gefordert ist, möglichst einheitliche Regelungen für diese verschiedenen Großanlagen und ihre Zulassung bereitzustellen.

Lassen Sie mich daran eine weitere Bemerkung anknüpfen: Wenn man vom Postulat der Systematik und der Sachgerechtigkeit des Verwaltungsverfahrens ausgeht, dann ist es auf die Dauer nicht ratsam, wenn der Gesetzgeber im Bundesbaugesetz unter einem anderweitigen Ansatz zunächst Beteiligungsrechte in weitem Umfang einführt, das Verfahren außerordentlich diffizil ausgestaltet und dann im nachhinein in den mehrfach erwähnten §§ 155 a und 155 b BBauG Verfahrensverstöße weithin für irrelevant erklärt. Ich stimme Herrn *Wahl* insofern zu, als er darauf hingewiesen hat, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz zu eng ist, wenn es lediglich für den Erlaß von Verwaltungsakten und den Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge gilt. Hier wären auch die atypischen Normsetzungsverfahren der Bauleitplanung einzubeziehen; dies ist ein weiteres Desiderat an den Gesetzgeber.

Ich meine schließlich, daß auch die Präklusion einer einheitlichen Regelung für die verschiedenen erwähnten Verfahrensarten zugeführt werden sollte. Hier finden wir mißliche Unterschiede vor zwischen den Anlagengenehmigungsverfahren, wo es eine materielle Präklusion jedenfalls nach der Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts gibt, und Planungsverfahren, wo es eine solche Präklusion nicht gibt.

Zum Schluß möchte ich einen gewissen Widerspruch anmelden im Hinblick auf die These 7 von Herrn *Pietzcker*, wo materielle Präklusionen prinzipiell für zweifelhaft erklärt werden. Bei der von mir vorgeschlagenen einheitlichen Regelung

hat meines Erachtens die materielle Präklusion durchaus ihren Platz. Wenn der Gesetzgeber Beteiligungsrechte in weitem Umfang einführt und das Verwaltungsverfahren sehr kompliziert gestaltet, wird das Verfahren fehleranfällig. Mit der Fehleranfälligkeit taucht die Frage auf, wie die Fehlerrisiken auf die verschiedenen Beteiligten verteilt werden. Der Antragsteller, Drittbeteiligte und die Behörde stehen sich gegenüber, und die Verteilung der Fehlerrisiken kann meines Erachtens nicht mehr einseitig zu Lasten der Behörde und des antragstellenden Unternehmens gehen. Hier muß schon mit den weitergehenden Beteiligungsrechten eine gewisse Risikobelastung einhergehen dergestalt, daß ein versäumter Einwand später nicht mehr vorgetragen werden kann. Innerhalb der einheitlichen Regelung wäre meines Erachtens vor allem die Präklusionsfrage einer derartigen Regelung bedürftig.

Püttner: Herr Vorsitzender, meine Herren, ich möchte auf einen Punkt zurückkommen, der eben kontrovers gewesen ist zwischen Herrn *Schenke* und Herrn *Häberle*. Ich möchte gegen Herrn *Häberle* annehmen, daß das Prinzip der Effizienz, von dem wir in der Tat mehr hätten reden sollen, daß dieses Prinzip kein Verfassungsprinzip ist, auch nicht aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG und aus anderen Verfassungsprinzipien abgeleitet werden kann. Ich halte es für eine Überfrachtung der Verfassung, wenn man sie so weit auslegen wollte. Ich bin andererseits der Meinung, daß, wenn in den einzelnen Fachgesetzen bestimmte Aufgaben und Ziele normiert sind, diesen Aufgaben und Zielen immanent ist, daß sie erfüllt werden sollen, daß die Ziele erreicht werden sollen. Das ist es, was ich Effizienz nennen würde: Zielerreichung, Erfüllung der Aufgaben. Insofern ist dieses Prinzip den Gesetzen immanent, aber als ein Verfassungsprinzip würde ich es deshalb nicht ansehen. Ich könnte Ihnen, Herr *Wagener*, darin zustimmen, daß es darum gehen muß, einen möglichst hohen Grad von Effizienz zu erzielen, und daß man irgendein Verfahren zur Messung dieser Effizienz benötigt. Ob allerdings die Nutzwertanalyse, auf die Sie Bezug nehmen, dieses leisten kann, wage ich zu bezweifeln. Mein Einblick in die Nutzwertanalyse, wie sie die Ökonomen uns vorschlagen, gibt mir eher den Eindruck, daß dort erquickliche Rechenspiele vorgeführt werden, daß dabei aber am Ende wenig herauskommt. Bei den Analysen müssen wir, meine ich, eine gewisse Fehlerquote, das würde ich andererseits auch betonen, in Kauf nehmen, wenn nur das Sachergebnis gut ist.

Ich stimme Herrn *Pietzcker* vollkommen zu, wenn er in These 18 sagt, das *Verwaltungsverfahren* müsse eine dienende Rolle haben und dürfe nicht zum beherrschenden Faktor werden; wenn nur das *Endergebnis* gut ist, wenn also insofern *Effizienz* gegeben ist, dann sollten einzelne *Verfahrensfehler* nicht bestimmend sein. Es wäre schlimm, wenn in einzelnen Fällen das ganze *Ergebnis* eines *Verwaltungsverfahrens* das wäre, daß ein schönes *Verfahren* stattgefunden hat, aber kein *Ergebnis* erzielt wird. Das kann wohl nicht der Sinn der Sache sein. Ich meine weiter, daß auch dem *Rechtsschutz* in gewisser Weise eine dienende Rolle zukommt. Der *Rechtsschutz* soll auch dazu dienen, ein möglichst gutes *Ergebnis* zu finden, vielleicht ein besseres *Ergebnis* als das der *Verwaltungsentscheidung*, aber immerhin doch ein gutes *Ergebnis*. Der *Rechtsschutz* kann nicht *l'art pour l'art* dazu dienen, den Personen, die gerne einmal in einer *Gerichtsverhandlung* auftreten, eine Bühne zu eröffnen, um ihre *Verfahrenskunststücke* vorzuführen. Deshalb muß auch die *Gerichtskontrolle*, der *Rechtsschutz*, sich diesem *Prinzip* unterordnen, und es wäre deshalb in meinen Augen durchaus richtig, daß der *Rechtsschutz* an der *Effizienz-Funktion* gemessen wird und ggf. eben auch *Einschränkungen* der *Prüfung* dort stattfinden, wo dieses übergeordnete Ziel nicht mehr im *Vordergrund* stehen kann.

Ich habe, Herr *Bullinger*, gewisse Zweifel, ob es wirklich schön ist, daß ein *Verwaltungsrichter* (vielleicht auch noch ein hochbezahlter, nicht nebenamtlicher) sich 80 Stunden mit einem Fall beschäftigt, für den die *Verwaltung*, die ja in ihren Mitteln und Ressourcen gebunden ist, vielleicht nur eine Stunde aufwenden kann. Hier tritt doch eine merkwürdige *Asymmetrie* ein. Derjenige, der auf jeden Fall klagt, bekommt eine so gründliche *Prüfung*, und derjenige, der bereit ist, sich mit der Arbeit der *Verwaltung* abzufinden, der wird mit der möglicherweise schlechteren *Entscheidung* abgespeist. Aber wenn nun jeder klagt, dann können Sie keine 80 Stunden mehr aufwenden; dann geht das nicht mehr und wäre auch keine *Lösung* des Problems. Deshalb meine ich, wir sollten in diesem Fall sicherlich im Laufe der Zeit noch einmal überdenken, was zu tun wäre. Ich meine jedenfalls, daß schon die *Verwaltung* eine möglichst gute *Entscheidung* treffen sollte, daß also nicht die *Verwaltung* nur vorläufig entscheiden und dann erst das *Gericht* in die tatsächliche *Prüfung* eintreten sollte. Danke schön.

H. P. Schneider: So sehr man Ihnen bei der letzten Bemerkung zustimmen können – bei Ihrer ersten Bemerkung glaube ich auch hier differenzieren zu müssen: Es gibt Verfahren, deren strikte Einhaltung die einzige Gewähr für die Richtigkeit des Ergebnisses bleibt, und das ist gerade bei den „Statusverfahren“ mit grundrechtsfeststellender Wirkung nach Art. 4 III und 16 II GG der Fall. Entweder hat man überhaupt keine materiellen Kriterien („Gewissensprüfung“), oder es bestehen trotz gebundener Verwaltung nur sehr vage Anhaltspunkte („politische Verfolgung“). Hier ist das Verfahren in der Tat die einzige Richtigkeitsgewähr, und hier sind daher meines Erachtens Grundrechtsschutz und Verfahrenstreue identisch. Dies bedeutet, daß ein Verfahrensfehler in solchen Fällen unmittelbar auch als Grundrechtseingriff durchschlägt. Das noch einmal zur Klarstellung, Herr *Rauschnig*.

Schwabe: Ich möchte nur zwei Punkte berühren: einen zum Verfahren, einen zur Sache. Der zum Verfahren betrifft das Verfahren der Vorträge. Und hier hat mir besonders gefallen, wie Herr *Pietzcker* seinen Vortrag durch die Hinzufügung vieler Beispiele plastisch und anschaulich gemacht hat, und da das, wie ich meine, leider nicht dem Standard bei den Vorträgen hier in der Vereinigung und auch nicht dem Standard bei der begleitenden Aufsatzliteratur entspricht, verdient es aus meiner Sicht ein Lob. Zwar muß man vorsichtig sein, da man sich damit leicht dem Verdacht der Einfalt aussetzt. Es könnte gesagt werden, daß hochkomprimierte Abstraktion nicht so gut verstanden wird. Aber seitdem ich gelesen habe, daß in einer der früheren Verhandlungen kein Geringerer als *Ulrich Scheuner* nach mehr Beispielen verlangt hat, habe ich hier die letzten Hemmungen verloren, solches zu loben. Die Bemerkung zur Sache ist, daß ich einen kleinen Widerspruch einlegen möchte gegen das starke Akzentuieren der Grundrechtsschutzpflicht, die von Herrn *Wahl* vorgenommen worden ist, und in der er bestärkt worden ist eben von Herrn *Rauschnig*, durchaus in konsequenter Fortführung dessen, was Herr *Rauschnig* uns in Berlin vorgetragen hat. Ich möchte noch mal zu bedenken geben, ob das wirklich notwendig ist, daß wir mit dieser Figur, für die das Grundrecht ja nicht sonderlich viel hergibt, wo wir Konstruktionsschwierigkeiten haben – beziehungsweise wird die Schutzpflicht vom Bundesverfassungsgericht auch gar nicht mehr groß begründet, die ist einfach plötzlich da – ob wir damit operieren müssen und ob wir nicht zurechtkommen mit der negatorischen Funktion der Grundrechte. Ein Verfahren spielt sich beim Großanlagenbau

beispielsweise nicht in einem autonomen Raum des Betreibers und der Betroffenen ab, bei dem der Staat sozusagen außen steht, zuschaut und, wenn sich da Gefahren auftun, plötzlich qua Schutzpflicht aufgerufen ist, irgendwie gegen Gefahren zu intervenieren, sondern der Rechtsstaat muß auch in einem solchen Verfahren immer quasi Mittäter sein; und in dem Moment, wenn er Mittäter ist, wirken die Grundrechte in ihrer negatorischen Funktion. Dies ist meine Konzeption. Vielen Dank.

v. Mutius: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen, es ist das Los derer, die bei langen Rednerlisten am Ende stehen, daß sie nur noch einige Brotkrumen aufsammeln können, die andere vielleicht liegengelassen haben. Deshalb erlauben Sie mir nur folgende Ergänzungen:

1. Ich bin mit Herrn *Kloepfer* und Herrn *H. P. Schneider* dezidiert der Meinung – und insoweit weiche ich ein wenig von Ihrer These 17, Herr *Pietzcker*, ab –, daß eine Reihe von abstrakten Verfahrensregelungen und Verfahrensgestaltungen sowie im konkreten Einzelfall Verfahrensablauf und das Ergebnis von Verfahren allgemein gesprochen *Grundrechtsrelevanz* besitzen, gleichgültig, ob man insoweit darin schon einen Grundrechtseingriff sieht bzw. wie man diesen definiert. Nur ist diese Erkenntnis bzw. dieses Ergebnis keineswegs von so weitreichender Tragweite, wie manche meinen, weil wir damit in der Grundrechtsdogmatik verhängen sind, und die kennt eben auch eine *Schrankenlehre*. Deren verfassungsunmittelbare wie verfassungsmittelbare Grundrechtsbegrenzungen reagieren aber ebenfalls keineswegs nur auf den klassischen Grundrechtseingriff, sondern setzen richtigerweise bei sämtlichen Ausgestaltungen und Einschränkungen grundrechtlicher Schutzbereiche ein. Infolgedessen meine ich, daß überall dort, wo wir die Grundrechtsrelevanz von Verfahrensregelungen (abstrakt-generellen wie konkret-individuellen) bejahen, in der Tat – Herr *Badura* hat dies am Anfang betont, Herr *Erichsen* hat es mit Recht aufgegriffen – der *Gesetzgeber* aufgerufen ist, mit der hinreichenden Eindeutigkeit und Bestimmtheit die normativen Voraussetzungen solcher Verfahrensregelungen zu schaffen und dabei insbesondere die im Zentrum der heutigen Referate liegende Konfliktentscheidung zu treffen. Dabei muß möglicherweise nach der Art der Grundrechtsrelevanz differenziert werden; insofern begrüße ich den Vorschlag von Herrn *H. P. Schneider*, den ich allerdings noch um eine weitere Variante ergänzen würde. Ich würde neben den grundrechtsfeststellenden Verfahren die grundrechtsausge-

staltenden und als dritte die grundrechtsbeschränkenden Verfahren unterscheiden.

2. Wenn wir ungeachtet der Definition des Grundrechtseingriffs akzeptieren, daß bei jeder Grundrechtsrelevanz von abstrakt-generellen Regelungen oder konkret-individuellen Regelungen des Staates Fragen der Grundrechtsschranken angesprochen sind, dann gelangen wir zu dem zweiten Problem, welches im Mittelpunkt der heutigen Referate steht, nämlich der *Verwaltungseffizienz*. Ich wäre sehr dankbar, wenn die Referenten, insbesondere Herr Wahl, im Anschluß an die Beiträge von Herrn Thieme und Herrn Wagener, noch einmal deutlich machen würden, was sie eigentlich unter Verwaltungseffizienz verstehen. Herr Wahl, Ihr „magisches Viereck“ interessiert mich dabei ganz besonders. Ich möchte dies aus meiner Sicht ein wenig verdeutlichen: Für mich ist Effizienz zunächst ein rein formales Prinzip. Es kennzeichnet lediglich eine Zweck-Mittel-Relation in der Weise, daß bestimmte Zwecke mit minimalem Mitteleinsatz erreicht oder bei konstantem Mitteleinsatz maximale Zwecke verwirklicht werden. Durch Konkretisierung auf Organisation und Funktionen der öffentlichen Verwaltung werden die *materiellen Verwaltungsziele* zu einem der maßgeblichen Bezugspunkte dieser Relation. Es sind dies die verfassungsrechtlichen Oberziele, insbesondere in den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen, gesetzlich formulierte Mittelziele und Unterziele sowie die normativ zugeordneten, definierten und eingegrenzten Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Deshalb heißt Verwaltungseffizienz – Herr Püttner hat es, glaube ich, ähnlich gesagt – optimale Verwirklichung dieser materiellen Verwaltungsziele mit geringem Mitteleinsatz. Da diese Ziele aber im materiellen Recht normiert oder verwirklicht sind und hierzu nicht zuletzt über den Grundrechtsschutz auch der Schutz des einzelnen gehört, ist der Rechtsschutz, oder wie Sie, Herr Wahl, es gesagt haben, der Rechtswahrungsauftrag in den Zielen selbst enthalten. Damit ist auch der Ansatz, den Konflikt zu steuern, im materiellen Recht selbst verankert, und ich würde Ihnen, Herr Wahl, deshalb sehr dankbar sein, wenn Sie demgegenüber die Selbständigkeit der von Ihnen genannten Topoi „Bürgernähe, Wirtschaftlichkeit“ usw. vielleicht erläutern könnten.

3. Mich hat an der bisherigen Diskussion ein Punkt ein wenig gestört. Nämlich der, daß wir diese Konfliktsteuerung nahezu ausschließlich an den komplexen Großverfahren der öffentlichen Verwaltung orientieren. Die Masse der Verwaltungswirklichkeit, nicht die sog. „Massenverfahren“, also etwa die 95% der Fälle, spielen sich in ganz anderen Verfahren ab,

nämlich in Einzelverfahren des einzelnen Bürgers gegenüber der einzelnen Verwaltungsbehörde bzw. dem einzelnen Verwaltungsbeamten. Deshalb müßte auch für die Masse dieser bipolaren Verwaltungsverfahren m. E. eine generelle Regelung des Konfliktes zwischen Verwaltungseffizienz und Individualschutz vorgenommen werden. Dies ist auch im Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz erfolgt, und insofern stimme ich dem zu, was Herr *Erichsen* gesagt hat, daß es nämlich gerade für die Masse der Verwaltungsverfahren nicht sinnvoll ist, in bereichsspezifische Besonderheiten auszuweichen. Die Frage ist für mich nur, ob das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz mit seiner bisher angebotenen Typisierung sachgerechte Differenzierungen vorgenommen hat. Die Unterscheidung etwa zwischen formlosen und förmlichen Verfahren halte ich für relativ willkürlich. Ich möchte demgegenüber entsprechend den Überlegungen zum vorläufigen Rechtsschutz im gerichtlichen Verfahren vorschlagen, eine andere Differenzierung auf die Dauer gesetzlich vorzunehmen, etwa in bilaterale Verfahren, in mehrpolige Verfahren und in komplexe Großverfahren mit Entscheidungen, die raumbedeutsame Wirkungen haben. Erst nach einer solchen Differenzierung sollte man fragen, ob darüber hinaus bereichsspezifische Sonderregelungen erforderlich sind.

4. Dies leitet über zu einer letzten Bemerkung: Wenn es richtig ist, daß Verwaltungstathandlungen, die nicht Rechtsentscheidungen sind (Verrichtungen und Wissenserklärungen), ebenfalls Grundrechtsrelevanz besitzen, daß also die Grundrechte vor unmittelbar faktischen Beschränkungen durch Realakte gleichfalls schützen sollen, und wenn es 2. richtig ist, daß Verfahren im weitesten Sinne (einschließlich Organisation, Zuständigkeit und Verfahrensablauf) mehr oder weniger Grundrechtsrelevanz haben, dann ist in der Tat die Beschränkung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder auf Rechtshandlungen unverständlich, und dann gebietet der *Gesetzesvorbehalt*, daß der parlamentarische Gesetzgeber insoweit eine Erweiterung vornimmt auch auf die Verwaltungstathandlungen, möglicherweise sogar auch auf die Vorentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, die dann später in privatrechtliche Handlungs- und/oder Organisationsformen der Verwaltung einmünden. Insoweit wäre ich den beiden Referenten dankbar, wenn sie ihre Ansätze – Herr *Wahl* hat es so formuliert: „Die nur umweghaft angedeutet sind“ – in der dogmatischen Ableitung und im Ergebnis verdeutlichen könnten. Herr *Mußgnug*, wenn Sie sagen, es käme nur auf Begründung und Einsehbarkeit der Ergebnisse des Verwal-

tungshandelns an, dann frage ich, wie denn der Bürger diese Ergebnisse akzeptieren soll, wenn sie für ihn nicht transparent gemacht werden. Gerade Sie haben in Ihrer früheren Schrift über den gesetzlichen Verwaltungsbeamten aufgezeigt, daß für den Bürger die Binnenstruktur der öffentlichen Verwaltung insgesamt von erheblicher Bedeutung sein kann, und – wie wir nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts namentlich in der Asylrechtsentscheidung vom Februar 1981 ergänzen müssen – auch Grundrechtsrelevanz besitzen.

Isensee: Das Referat Herrn *Pietzckers* enthält eine provozierende These, die zwar nicht meinen Widerspruch, wohl aber meine Neugier weckt: Verfahren sei kein Grundrechtseingriff. Wenn diese These beim Wort genommen wird, so bestand vor dem Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze keine rechtsstaatlich bedenkliche Lücke, war also die gesetzliche Regelung nicht durch den Vorbehalt des Gesetzes geboten.

Doch wichtiger als eine solche akademische Feststellung wäre die praktische Anwendung der These auf eine zeitgemäße Verfahrensneurose: das Verfahren der Einstellung für den öffentlichen Dienst. Hier bestehen heute nur noch Verfahrensprobleme, nachdem die materiell-rechtlichen Fragen im wesentlichen vom Bundesverfassungs- und vom Bundesverwaltungsgericht gelöst worden sind. Wenn das Verfahren kein Grundrechtseingriff ist, wenn es, im Prinzip jedenfalls, Grundrechtsbedingung, nicht Grundrechtsbeschränkung bedeutet: können dann die Verfahrensakte bei der Bewerberprüfung Grundrechtseingriffe sein? Die Frage bezieht sich vor allem auf die juristisch umstrittenen Verfahrensakte der Amtshilfe über personenbezogene Daten. Falls aber die These nicht so verstanden werden darf, wie sie formuliert ist, und Amtshilfe einen Grundrechtseingriff bilden soll, dann wäre eine grundrechtliche Rechtfertigung geboten. Sie ergäbe sich daraus, daß der Bewerber mit seinem Antrag auf Einstellung in den öffentlichen Dienst *ipso iure* sein Einverständnis darüber erklärt, daß die Behörde alle relevanten Tatsachen nach dem Untersuchungsgrundsatz, falls notwendig, auch durch Amtshilfe, ermittelt. Die verfahrensrechtliche Ermittlungsmaßnahme könnte nicht wie ein belastender Verwaltungsakt behandelt werden, weil es sich um die Voraussetzung für den Erlaß eines beantragten begünstigenden Verwaltungsaktes handelt.

Herr *Pietzcker* versucht, das verfahrensrechtliche Dilemma der Asylpraxis mit dem Hinweis auf den Suspensiveffekt herunterzuspielen. Doch der Suspensiveffekt hat damit nichts zu tun. Er wird ausgelöst durch die Anfechtungsklage und den

Widerspruch, der ihr vorausgeht. Er erreicht eine vorläufige Freiheitsverschönerung gegenüber dem Eingriff. Er schützt den status negativus. Die Zuerkennung des Asyls ist dagegen eine Frage des status positivus. Die Vorwegnahme der Leistung, auf die sich die Verpflichtungsklage richtet, kann ausnahmsweise durch einstweilige Anordnung erfolgen. Die automatische verfahrensrechtliche Vorwegnahme aber, die der Asylantrag bewirkt, ist daher eine Anomalie.

Eine Bemerkung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der sich heute von seiner ursprünglichen Bedeutung ablöst und zur mehrdeutigen Allerweltsformel auswächst: Im ursprünglichen, im polizeirechtlichen Verständnis bezieht sich der Grundsatz auf die Relation zwischen einem Verwaltungsziel und der Rechtseinbuße, die ein Privater deshalb erleidet. Neuerdings wird er auch auf die Relation des Verwaltungsaufwandes zum Verwaltungsziel angewendet; er wird also in den Dienst der Verwaltungsökonomie gestellt (die im Polizeirecht kein Thema der Verhältnismäßigkeit ist, sondern eines des Opportunitätsprinzips). Bei der Diskussion über das Einstellungsverfahren in den öffentlichen Dienst scheint das Argument „Verhältnismäßigkeit“ doppeldeutig: als Schutz der Verfahrensökonomie und als Schutz der Grundrechte. Die Verhältnismäßigkeit gewinnt darüber hinaus Bedeutung, wenn sie der Verwaltungsökonomie den Rechtstitel gibt, das Gesetz zu korrigieren. Diese Funktion übernimmt sie in der typisierenden Finanzverwaltung; diese verschiebt contra legem den Untersuchungsgrundsatz, das Gebot der materiellen Wahrheit, letztlich sogar die Besteuerungsgleichheit zugunsten der Verwaltungsökonomie.

Zacher: Wie das von mir erwartet wird, passen mir die beiden Referate schon vom Ansatz her nicht. Sonst paßt mir vieles. Aber der Ansatz paßt mir nicht. Sie haben die Provokation des Rechts auf das Recht wirken lassen, nicht die Provokation der Sache auf das Recht.

Meine Kritik bezieht sich z. B. auf den Anfang von Herrn Wahl. In der These 1 a definieren Sie den Verwirklichungsmodus des Rechts. Sie kommen in These 3 dann auf weitere Dinge. Aber was finden wir da wirklich über die elementare prozedurale Konstellation der Verwaltung? Daß da ein Sachverhalt ist und eine Verwaltung, die darauf reagieren muß, daß es da Beteiligte gibt, und daß die Verwaltung mit ihnen und in sich nun kommunizieren muß, um zu einer Willensbildung zu kommen, – das sind die Probleme, die nun ja eigentlich das Verwaltungsverfahren erst konstituieren. Und darüber finde ich in dieser Konzeption zu wenig.

Das zweite, was ich unter dem Gesichtspunkt aufgreifen möchte, findet sich bei Herrn *Pietzcker* in der These 7. Es geht um die These mit den Mitwirkungslasten – darum, daß die Verantwortung bei der Behörde bleibt. Ich bin der Letzte, der der Behörde nicht die Verantwortung zuteilen würde. Aber das darf doch nicht realitätsfern gedacht werden. Für den Kommunikationsvorgang, um den es da geht, genügen der Behörde doch nicht die Mitwirkungslasten. Sondern sie muß wissen, welche Interessen da sind, wie die Interessen gesehen werden; sie muß ja auch, damit das Recht nicht verfehlt wird, sogar die Rechtsstandpunkte kennen. Ich halte immer das rechtliche Gehör schon für einen Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Wenn man nicht weiß, wie die Betroffenen denken, verfehlt man mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit die Verhältnismäßigkeit allein schon deshalb. Ich würde also hier diese Kommunikation der Behörde mit den Beteiligten in einer viel umfassenderen Weise und damit natürlich auch einer sehr viel regelungsbedürftigeren und „gefährlicheren“ Weise sehen.

Dritter Punkt – der geht nun etwas tiefer. Sie sind ausgegangen von dem Verwaltungsverfahren, wie es im Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist. Und Sie gehen nun in einigen Thesen, die heute schon mehrfach zitiert worden sind, von diesem Kernbereich – scheinbaren Kernbereich – von Verwaltungsverfahren aus. Sie blicken von da aus hinaus und sagen: Vielleicht gilt Entsprechendes auch beim schlichten Verwaltungshandeln (das Herr *Mußgnug* nur mit dem Kommando eines Unteroffiziers identifiziert hat – merkwürdige Identifikation), und dann vielleicht auch für das privatrechtliche Handeln. Es wurde heute schon mehrfach gesagt, daß das Handeln der Verwaltung, in dem „Verfahren“ sich vollzieht und vollziehen muß, ja ganz breit ist. Herr *Fleiner* hat viele Beispiele genannt, von der Gesetzgebungsvorbereitung bis zur Unternehmensführung. Ich würde aber vor allem – und das fehlt mir immer noch – das nennen, was alltäglich an anstaltlichen Leistungen, an Dienstleistungen, in der Schule, in der Betreuung, in der Behandlung – Sie haben es irgendwann einmal erwähnt – geschieht. Und aus dieser Masse von Verwaltung heben sich erst nun diese abgrenzbaren und – sozusagen – besonders feierlichen Verwaltungsverfahren, von denen Sie gesprochen haben, heraus. Hier, würde ich sagen, muß man eigentlich die ganze Verwaltungshandlungslehre einbringen. Gerade wenn der Realakt – ich mag den Ausdruck „schlichtes Verwaltungshandeln“ nicht, weil er zu unscharf ist und gelegentlich ganz komplexe Geschäfte meint – am Ende steht, dann passiert etwas, was nicht mehr einfach „aufgehoben“

werden kann wie ein Verwaltungsakt. Wenn ein Kind falsch erzogen ist, wenn ein Patient falsch behandelt ist, da passiert etwas Unwiderrufliches. Warum nehmen wir das soviel weniger ernst als das, wo wir hintennach noch drei, vier, fünf Instanzen bis zum Menschenrechtsgerichtshof hin haben, wo alles noch korrigiert werden kann. Die realen Endgültigkeiten, die müssen wir mindestens so ernst nehmen wie die Geschehnisse in der Welt des Wollens und Sollens.

Vorsitzender: Wir kommen zu den Schlußworten. Zunächst bitte Herr *Pietzcker*!

Pietzcker: Wenn ich auswählen darf und muß – der Herr Vorsitzende hat mich dazu animiert – ganz kurz, Herr *Isensee*, weil Sie es noch einmal angesprochen haben: die Frage des Grundrechtseingriffes. Ich habe die These vorhin schon relativiert, ich weiß nicht, ob ich sie noch weiter relativieren soll, das überlege ich mir noch, das mache ich im Moment noch nicht. Bei der Amtshilfe und dem Datenschutz geht es natürlich um Grundrechtseingriffe. Daß im Verfahren Grundrechtseingriffe geschehen können, ist unbezweifelbar. Auch bei der Vollstreckung gegen einen Herzkranken – Sie erinnern sich an diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Zwangsvollstreckungsverfahren – handelt es sich um Grundrechtseingriffe. Mir ging es darum, ob die grundsätzliche Kategorie Eingriff (mit der Folge, daß dann die Schranke des Eingriffes, die Herr *von Mutius* nennt, gilt) für das Verfahrensrecht als solches, für die Regelung paßt. Ich meine, man kann das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht als Eingriff verstehen und nun messen, ob irgendwo wiederum Schranken des Eingriffs bestehen. Das paßt von vornherein nicht. Das war mein Ansatz. Es geht also um eine generelle Bewertung des Verfahrensrechts und nicht darum, ob an einzelnen Punkten Verfahrensregelungen grundrechtswidrig sind.

Herr *Zacher* hat uns vorgehalten, daß wir nur sehr wenig herausgegriffen haben und eigentlich das Wichtigste nicht behandelt haben. Das mag schon sein, nur meine ich, daß das auch nicht Aufgabe des Verwaltungsverfahrens ist. Die Erziehung der Kinder – damit hat das Verwaltungsverfahren nichts zu tun, und es wäre wahrscheinlich gar nicht gut, wenn es als Verwaltungsverfahren stärker verrechtlicht und verförmlicht würde. Das versuchte ich im Referat hervorzuheben. Viele Dinge können gar nicht sinnvoll in diesen Bereich hineingenommen werden. Vielleicht habe ich Sie falsch verstanden – dann bitte ich um Entschuldigung.

Ein dritter Punkt, der verschiedentlich angesprochen wurde: Verwaltungseffizienz als eigenständiges Verfassungsprinzip. Da darf ich vielleicht die Brücke zu gestern schlagen, was ich sonst sehr wenig getan habe. Mir scheint hier eine Parallele zu den Grundpflichten zu liegen. Es ist vielleicht nicht nötig, Grundpflichten und Verwaltungseffizienz als Verfassungsprinzipien zu verstehen. Es genügt zu fragen, welche Rechte bestehen und wie sie einschränkbar sind, im Interesse der Verwaltungseffizienz, die ein legitimes Ziel ist, das der Gesetzgeber durchsetzen kann. Deshalb halte ich es nicht für nötig, ein eigenständiges Verfassungsprinzip zu kreieren. Ich sehe wie bei den Grundpflichten darin keinen dogmatischen Gewinn, eher eine gewisse Verunsicherung.

Auf der Suche nach einem Schlußwort habe ich natürlich auch in den Veröffentlichungen der Vereinigung geblättert und bin bei Herrn *Bettermanns* Referat fündig geworden: Sein letzter Satz lautete sinngemäß (ich kann das nicht wörtlich zitieren): Herrn *Scheuners* These, daß nämlich aus Art. 19 IV die Garantie eines ordentlichen Verwaltungsverfahrens folge, habe er zum ersten Mal gehört, und er glaube nicht, daß sie hilfreich und nützlich sei. Heute würden die meisten, wie ich das auch der Diskussion entnommen habe, übereinstimmen, daß zwar nicht aus 19 IV GG, aber aus den einzelnen Grundrechten in der Tat die Garantie einer grundrechtsgemäßen Verfahrensgestaltung und Verfahrensverwirklichung folgt. In meinem Referat ist der Akzent vielleicht etwas zu sehr auf die Grenzen dieser grundrechtlichen Verfahrensgestaltung und -garantie gelegt worden; das hängt damit zusammen, daß die Diskussion in den letzten Jahren und Monaten sehr stark in die andere Richtung gegangen ist und sich von daher natürlich das Gegenargument aufdrängt: Sind wir wirklich mit dem Mühlheim-Kärlich-Beschluß, wenn das verallgemeinert wird, auf der richtigen Spur? Deshalb täte es mir leid, wenn das Referat nun verstanden wird als grundsätzliche Absage. Ich habe versucht, die Schwierigkeit eines Weges aufzuzeigen, der sowohl die Grundrechtsverwirklichung ernst nimmt als auch die Praxis oder die möglichen praktischen Auswirkungen einbezieht. Hier scheint mir ein großes Problem zu liegen, das ich natürlich nicht lösen konnte: daß viele der Vorschläge vielleicht plausibel sind, vielleicht nicht plausibel sind, ihre tatsächliche Auswirkung aber ungewiß ist. Das erschien mir bei dem Referat das Hauptproblem. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Wahl*, darf ich nun Sie um ein Schlußwort bitten.

Wahl: Verfahren ist nicht gleich Verfahren, aber, Herr *Zacher*, es muß immerhin ein Verfahren sein – und daran fehlt es beim schlichten Handeln. Bei allen von mir geteilten Forderungen, den Schutzbedürfnissen der Betroffenen beim schlichten Verwaltungshandeln besser gerecht zu werden, sind mir bisher befriedigende Lösungen nicht sichtbar geworden, vor allem nicht Lösungen, die die Schutzbedürfnisse über die Konstruktion von Verfahren befriedigen können. Das Verwaltungsverfahren ist der Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts, so habe ich es in These 1 a ausgedrückt. Dies war, Herr *Zacher*, von Jurist zu Jurist gesprochen, weil sogleich These 1 b folgt, die die Konsequenz dieser Ausgangsfeststellung für das Recht zieht. Die über die Rechtsverwirklichung hinausgehenden Funktionen des Verfahrens habe ich später mit dem Gesamtauftrag der Verwaltung in These 3 a angesprochen und in dem Bild des Fünf- oder Sechsecks wohl auch umfangreich und umfassend beschrieben.

Zweitens: Wenn ich in der Ausgangsthese sage, daß das Verwaltungsverfahren Teil des Verwirklichungsprozesses des Verwaltungsrechts ist, dann zielt diese Feststellung bewußt auf das einfache Verwaltungsrecht. Ich halte es nicht für förderlich, wenn in diesem Zusammenhang vorwiegend von Grundrechtsverwirklichung gesprochen wird. Das Referat argumentiert bewußt weniger aus der Vogelperspektive der Grundrechte, als von der Basis, vom Verwaltungsrecht aus. Insgesamt geht es meiner Meinung nach nicht um Fragen der Auf- oder Abwertung des Verfahrensrechts, sondern um die Normalität des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, auch im Verwaltungsverfahrensrecht. Normal ist es, daß auf das Verfahrensrecht die Grundrechte einwirken, und zwar die Grundrechte in all den Dimensionen, die dogmatisch anerkannt sind. Daraus folgt jedoch nichts Umstürzendes, weil das Verwaltungsverfahrensrecht längst konkretisiertes Verfassungsrecht ist. Ich meine, wir sollten uns, was die Frage der Verfassungsabhängigkeit des Verwaltungsrechts betrifft, von der Pose der ersten beiden Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes abwenden, nach der nämlich grundsätzlich alles Verwaltungsrecht als überkommenes und vorkonstitutionelles Recht dem Verdacht der mangelnden Verfassungsmäßigkeit ausgesetzt wurde. Das war damals richtig; heute geht es meist um etwas anderes, nämlich um verschiedene Auslegungsvarianten der neuen Gesetze; und häufig geht es dabei um Meinungsverschiedenheiten zwischen obersten Bundesgerichten einerseits und dem BVerfG andererseits. Im Mülheim-Kärlich-Beschluß z. B. wurde eine Interpretation der

Verwaltungsgerichte zur Frage der subjektiv-rechtlichen Bedeutung von Verfahrensvorschriften durch das BVerfG korrigiert. Um diese Art von Korrektur einer Gerichtsentscheidung durch die Entscheidung eines anderen, des höchsten Gerichts, handelt es sich bei einer Vielzahl der heutigen Verfassungsfragen, jedoch nicht mehr um einen grundsätzlichen Verdacht, alles einfache Verwaltungsrecht sei nicht verfassungsgemäß oder nicht verfassungsorientiert.

Drittens möchte ich nochmals auf die Notwendigkeit hinweisen, das Verwaltungsverfahren als integralen Bestandteil des Verwaltungsrechts zu verstehen. In der Stellungnahme zu den Problemen des § 46 VwVfG habe ich deshalb hervorgehoben, welche immanenten Konsequenzen aus Weichenstellungen im materiellen Verwaltungsrecht oder aus der Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts folgen, daß man also die Annahme eines Beurteilungs- oder Ermessensspielraums zusammen sehen muß mit der Folge der dann immer gegebenen Beachtlichkeit von Verfahrensfehlern.

Viertens einige Bemerkungen zur Effizienz: Ich habe sie definiert als Verwirklichung des Sach- und Rechtsauftrags der Verwaltung, und damit natürlich auch als Verwirklichung der Vielzahl der Ziele, die die Verwaltung hat. Insoweit halte ich Effizienz nicht für ein Rechtsprinzip oder ein Verfassungsrechtsprinzip. Die Effizienz lebt nicht von Bezügen zu verschiedenen Verfassungsrechtspostulaten, sondern aus der Kraft dessen, was im Verwaltungshandeln verwirklicht werden soll. Die Rechtsordnung stellt nicht neben jede Kompetenz, die sie der Verwaltung einräumt, noch ein zusätzliches Rechtsgebot an die Verwaltung, diese Kompetenz effizient auszuüben, sondern die Rechtsordnung begnügt sich damit, Zuständigkeiten und Handlungspflichten zu statuieren; Effizienz ist ein Sammelbegriff für weitere Ziele, die die Verwaltung im Rahmen der Rechtsordnung zu verfolgen hat.

Beim letzten Punkt habe ich im Hinblick auf den Beitrag zu Herrn *Badura* noch einige Gesichtspunkte zu dem Problem der Großverfahren nachzutragen. Es geht dabei um meine These, daß die Konzentrationsmaxime des § 44 a VwGO bei Großvorhaben disfunktional ist. Was meinen Vorschlag, Streitigkeiten über Verfahrensfehler gegebenenfalls in einem Zwischenrechtsstreit zu erledigen, betrifft, so ist zunächst zu wiederholen, daß auch insoweit empirische Untersuchungen oder plausible Abschätzungen der möglichen Folgen fehlen. Gleichwohl sehe ich nicht, daß die z. Z. noch unbekannten Auswirkungen des von mir vorgeschlagenen Modells grundsätzlich

schlechter sein würden als die bekannten Auswirkungen der derzeitigen Lage. Insgesamt halte ich es für sehr viel angemessener, wenn der Gesetzgeber hier begrenzte Experimente vornehmen würde, als daß, wie derzeit, über Gerichtsentscheidungen von Fall zu Fall Prozesse des trial and error gerade bei diesen jeweils sehr folgenreichen Großvorhaben gemacht werden müssen. In diesem Zusammenhang der von mir vorgeschlagenen Dekonzentration des Streitstoffs bei Großvorhaben noch kurz zwei praktische Gesichtspunkte, weil deren Fehlen gerügt worden ist. Zum einen braucht das Verwaltungsverfahren nicht völlig zum Stillstand zu kommen, wenn ein Zwischenrechtsstreit geführt werden muß – schließlich können die Akten des Verwaltungsverfahrens auch fotokopiert werden, wenn ein Streit über Akteneinsicht oder über Verfahrensfehler durch das Gericht zu entscheiden ist. Zum anderen gibt es außerdem in dem langgestreckten Ablauf der komplexen Verfahren immer wieder genug Zeit, um solche gerichtlichen Zwischenstreite durchführen zu können. Schließen möchte ich mit der nochmaligen Forderung nach mehr empirischer Forschung und nach mehr gesetzgeberischen Experimenten in diesem Bereich der Großvorhaben.

Vorsitzender: Vielen Dank allen Diskussionsteilnehmern auch für die Kürze der Beiträge. Vielen Dank vor allen Dingen an die beiden Referenten. Damit ist das wissenschaftliche Programm zu Ende, und ich schließe die Aussprache zum 2. Beratungsgegenstand.

