

Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
===== **Heft 31** =====

Jochen Abr. Frowein und Ingo v. Münch
Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

Robert Walter und Walter Schmitt Glaeser
Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Salzburg vom 4. bis 7. Oktober 1972



Berlin 1973

Walter de Gruyter • Berlin • New York

Redaktion: Prof. Dr. jur. Peter Lerche

ISBN 3 11 004500 1

©

Copyright 1973 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Druckerei Chmielorz, 1 Berlin 44

Inhalt

	Seite
Jahrestagung 1972	5
Ansprache zur 50jährigen Wiederkehr der Gründung der Vereinigung von Prof. Dr. Ulrich <i>Scheuner</i>	7
Erster Beratungsgegenstand:	
<i>Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat</i>	
1. Bericht von Professor Dr. Jochen Abr. <i>Frowein</i>	13
Leitsätze des Berichterstatters	48
2. Mitbericht von Professor Dr. Ingo v. <i>Münch</i>	51
Leitsätze des Mitberichterstatters	85
3. Aussprache und Schlußworte	87
Zweiter Beratungsgegenstand:	
<i>Partizipation an Verwaltungsentscheidungen</i>	
1. Bericht von Professor Dr. Robert <i>Walter</i>	147
Leitsätze des Berichterstatters	175
2. Mitbericht von Professor Dr. Walter <i>Schmitt Glaeser</i>	179
Leitsätze des Mitberichterstatters	259
3. Aussprache und Schlußworte	266
Verzeichnis der Redner	313
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	315
Satzung der Vereinigung	331

Jahrestagung 1972

Die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 4. bis 7. Oktober 1972 in Salzburg, mit der die Vereinigung zugleich den 50. Jahrestag ihrer Gründung beging, führte eine große Zahl der Mitglieder und ihrer Damen, Gäste aus dem Kreise des Lehrkörpers der Salzburger Universität, weitere eingeladene Kollegen und Vertreter der Fachpresse zusammen.

Der Vorsitzende der Vereinigung, Herr Hesse (Freiburg), eröffnete die Mitgliederversammlung mit einem Gedenken an René Marcic (Salzburg), dessen ein Jahr zurückliegender Tod die Tagung überschattete. Der Vorsitzende dankte den Herren Scheuner (Bonn) und Ipsen (Hamburg) für ihre Würdigung der wissenschaftlichen Arbeit der Vereinigung in dem Jubiläumsheft des Archivs des öffentlichen Rechts (Bd. 97 Heft 3). Ein besonderer Dank galt allen, die an der außerordentlich intensiven Vorbereitung und würdigen Ausrichtung der Tagung mitgewirkt hatten, namentlich Herrn Evers (Salzburg), Frau Evers und den Mitarbeitern am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg.

Im Mittelpunkt der Mitgliederversammlung standen Satzungsfragen, insbesondere Probleme des Aufnahmeverfahrens, sowie die Beratung und Beschlußfassung einer Empfehlung zur Vorbereitung für das Wahlfach „Verwaltungslehre“ in der Ersten Juristischen Staatsprüfung. Auch Fragen der Gestaltung der Tagungen wurden näher erörtert. Wiederum konnte eine größere Zahl neuaufgenommener Mitglieder der Versammlung vorgestellt werden.

Die Jahrestagung wurde auf das schönste umrahmt: österreichische Gastfreundschaft, die Anmut der Stadt Salzburg und ihre Umgebung, nicht zuletzt die geschichtserfüllte Energie der Salzburger Universität verbanden sich zu einem weit nachklingenden Eindruck. Der Bundeskanzler sowie der Bundesminister für Wissenschaft und Forschung des Gastlandes luden zu einem Empfang im Foyer des Großen Festspielhauses. Der Landeshauptmann des Landes Salzburg und der Bürgermeister der Landeshauptstadt erfreuten die Teilnehmer mit einem festlichen Kammerkonzert im Rittersaal der fürsterzbischöflichen Residenz. Weitere Veranstaltungen fügten sich an, darunter ein Tagesausflug in das Salzkammergut, der auch in das gastliche Haus von Herrn Moehring in Fuschl führte.

Zu Beginn des wissenschaftlichen Teils der Verhandlungen hielt Herr Scheuner (Bonn) eine Ansprache zum Jubiläum der Vereinigung. Diese leitet den vorliegenden Band ein. Die im weiteren abgedruckten Referate wurden am 5. und am 6. Oktober 1972 in der Universität Salzburg gehalten. An sie schlossen sich jeweils die Aussprachen an.

Ansprache zur 50jährigen Wiederkehr der Gründung der Vereinigung

Prof. Dr. Ulrich Scheuner, Bonn

In diesem Jahr blickt die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer auf ein halbes Jahrhundert seit ihrer Gründung zurück, freilich nicht auf eine ununterbrochene Tätigkeit, weil sie in den Jahren der nationalsozialistischen Herrschaft in Deutschland ihre Tätigkeit eingestellt hatte und erst 1949 wieder von neuem ins Leben gerufen wurde. Die Vereinigung ist im deutschen Sprachkreis eine Stätte der wissenschaftlichen Arbeit, der persönlichen Begegnung und der Zusammenarbeit über die Grenzen hinweg gewesen. Im Blick auf ihre Wirksamkeit in dieser Zeitspanne, von der 30 im Druck vorliegende Verhandlungsberichte zeugen¹⁾, besteht Anlaß, der Vereinigung in dieser Stunde der Rückbesinnung eine Erfüllung ihres wissenschaftlichen Auftrags und einen wertvollen Anteil an der Entwicklung der Staatsrechtslehre zuzuerkennen.

Es ist nicht ganz leicht, das Wesen und die Leistung dieser Vereinigung in einer kurzen Formel auszudrücken. Sie ist in erster Linie eine Stätte des wissenschaftlichen Gespräches und der persönlichen Berührung unter den Vertretern des Faches, aber sie ist wohl längst mehr geworden: ein Kreis von Menschen, der über die Gemeinsamkeit des Faches hinaus hier auch einen festen Maßstab wissenschaftlicher Leistung — und ich meine, keinen geringen —, eine Unterstützung durch kritische Klärung und wohl schließlich auch ein Stück Geborgenheit in der Verbundenheit strenger wissenschaftlicher Haltung findet.

Bei der Gründung der Vereinigung hat Heinrich Triepel, Herr Hesse hat daran erinnert²⁾, ihr zwei Aufgaben gestellt: die wissenschaftliche Diskussion und die persönliche Verbindung unter den Mitgliedern. Die Vereinigung hat diesen Aufgabenkreis ausgefüllt, und in dieser Verknüpfung von wissenschaftlichem Austausch und personaler Zusammenfassung liegt ihre eigentliche Bestimmung. In dieser Definition ihrer Funk-

¹⁾ Nicht in den Veröffentlichungen der Vereinigung erschienen das Referat der ersten Tagung von 1922, das Richard Thoma über das richterliche Prüfungsrecht erstattete. Es findet sich veröffentlicht in AÖR 43 (1922) S. 267 ff.

²⁾ Hesse AÖR 97 (1972) S. 345.

tionen, die auch die Satzung enthält, liegt zugleich aber auch die Abgrenzung gegenüber Tätigkeiten, von denen sich die Vereinigung ferngehalten hat. Sie ist keine berufliche Organisation und auch keine politische Verbindung. Sicherlich wird damit weder verkannt, daß die Wissenschaft des öffentlichen Rechts nicht ohne Berührung mit dem politischen Hintergrund des Verfassungsrechts wie auch des Verwaltungsrechts arbeiten kann. Das ist in den Erörterungen der Vereinigung niemals verkannt worden, und sie hat allezeit auch Gelehrte sehr verschiedener Anschauung in ihren Reihen gehabt. Aber zu Recht hat sich die Vereinigung von allen politischen Stellungnahmen ferngehalten. Sie hat so gut wie niemals von der in ihrer Satzung erteilten Ermächtigung zu Eingaben an amtliche Stellen Gebrauch gemacht. Sie hat dies nur im Hinblick auf Fragen des akademischen Unterrichts und seiner Reform getan. Diese Zurückhaltung ist sicherlich ein guter Brauch der Vereinigung, zumal bei ihrer grenzüberschreitenden Zusammensetzung.

Ungeachtet der Aktualität mancher Themen haben auch die Diskussionen der Vereinigung im allgemeinen keinen rechtspolitischen Charakter getragen. In den Ländern, aus denen die Mitglieder der Vereinigung kommen, bestehen andere Institutionen, vor allem in der Bundesrepublik und Österreich die Juristentage, in der Schweiz der Schweizerische Juristenverein, die sich diese rechtsgestaltende Aufgabe besonders zum Ziel gesetzt haben. Dem steht nicht entgegen, Herr Ipsen hat darauf aufmerksam gemacht³⁾ daß gelegentlich auch zwischen Erörterungen der Juristentage und denen unseres Kreises inhaltliche Verbindungen sich ergeben haben. Auch den Berufs- und Standesfragen hält die Vereinigung sich fern. Nur zu den Problemen unmittelbaren wissenschaftlichen Interesses, die den Hochschulunterricht betreffen, hat sie — übrigens im Rahmen der Zusammenkünfte der Mitglieder, nicht bei den eigentlichen Tagungsdiskussionen — Stellung genommen.

So liegt denn der eigentliche Schwerpunkt der Vereinigung in dem alljährlich sich erneuernden Austausch über Themen des Faches. Führt man sich die geschichtlichen Ereignisse vor Augen, die im letzten halben Jahrhundert gerade die Mitte des europäischen Kontinents erschüttert haben, so ist die Bewahrung der Kontinuität dieses Gespräches schon ein wesentlicher Beitrag zur Entwicklung der Staatsrechtslehre. In den Jahren nach 1933 stellte die Vereinigung von sich aus ihre Arbeit ein, aber sie hat doch vermocht, eine Linie der Tradition von der

³⁾ AÖR 97 (1972) S. 387.

ersten deutschen Republik her zu erhalten. Der Gang der Geschichte wirkt freilich auch auf ihre Gegenwart ein. Nach dem Tode von Erwin Jacobi wird die Lehre in einem Staate des deutschen Sprachraums von der Vereinigung nicht mehr erfaßt.

Es könnte von hohem Reiz sein, dem Bilde des Staates nachzugehen, wie es sich im Laufe der Zeit in der Vereinigung geboten hat. Die sichere Anerkennung des Staates noch in den 20er Jahren, die Skepsis nach 1945, die sich in der stärkeren Herausstellung des Rechtsgedankens und der Verfassung zeigt, ließen sich hier beobachten. Auf der anderen Seite begegnet eine durchgehende Linie rechtsstaatlichen Denkens, aber auch die Entwicklung von einer hoheitlich gesehenen Staatsvorstellung zum Leistungs- und Sozialstaat, dessen Wesen mehr im Dienst an den Menschen, mehr von der Funktion als von der Autorität und der Macht her gesehen wird.

Der Vorstand hat dafür gesorgt, daß in zwei Beiträgen von Herrn Ipsen und von mir — im Archiv des öffentlichen Rechts⁴⁾ — ein Überblick über den wissenschaftlichen Ertrag der Verhandlungen zu erbringen versucht worden ist. In der Auswahl der Themen für die Erörterungen hat neben der Aktualität doch stets auch der Gesichtspunkt der Bedeutung für die Fortentwicklung der wissenschaftlichen Durchdringung des Staats- und Verwaltungsrechts eine entscheidende Rolle gespielt. Ohne auf die unfruchtbare Bahn rein methodischer Diskussionen zu geraten, hat die Vereinigung doch immer auch den Grundproblemen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts eine Beachtung geschenkt und nicht zum wenigsten darin möchte ich eine Garantie für die Höhe und die zeitüberdauernde Bedeutung ihrer Debatten sehen. Gesetzesrecht und administrative Organisation sind heute mehr denn je in steter Bewegung, und Einzelheiten der rechtstechnischen Gestaltung können rasch überholt werden. In dem Abstand zum Tage, in dem die Verhandlungen der Vereinigung die Grundfragen und die tragenden Gesichtspunkte der behandelten Probleme herausarbeiten, liegt darum auch die Gewähr, daß hier wirklich der Rechtsentwicklung von einem tieferen und umfassenderen Blickpunkt aus nachgegangen wird. Das schließt es keineswegs aus, daß die bestehenden Unterschiede der Anschauungen klar hervortreten. Gerade dann, wenn solche wissenschaftlichen Kontroversen deutlich zur Sprache kamen — ich erinnere für die Weimarer Zeit an die Diskussion um die Methodenfrage, den Ge-

⁴⁾ Siehe AÖR 97 (1972) S. 349 ff., 375 ff.; siehe auch Konrad Hesse dort S. 345 ff.

setzesbegriff und die Grundrechtsinterpretation und für die neuere Zeit an die Erörterungen um die Relation von Rechts- und Sozialstaat, um die Bedeutung des Haushalts oder um die weitere Ausgestaltung des Rechtsstaats auch in den bisher stärker von der Verwaltung gestalteten Gebieten, endlich an die Debatte um die Funktion der Grundrechte im Leistungsstaat — kam es auch zu Höhepunkten in den Verhandlungen unserer Vereinigung. Diese Möglichkeit, so möchte ich hoffen, sollte unserem Kreis erhalten bleiben. Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts sieht sich durch den Verlauf der Entwicklung, gerade in der Gegenwart, vor immer neue Probleme gestellt, die oft bis in ihre Grundlagen zurückreichen. Mehr vielleicht als in früheren Jahren sind viele Angehörige des Faches schon in jüngeren Jahren zu beratenden Funktionen und rechtspolitischen Aufgaben aufgerufen. Um so wichtiger ist es, in den Diskussionen dieser Vereinigung der Aussprache über die großen Grundfragen und der Distanz zur Tagesarbeit ihr volles Gewicht zu geben.

Man wird der Vereinigung bescheinigen dürfen, daß sie immer eine in der älteren Tradition des Faches begründete weitere staatswissenschaftliche Orientierung gezeigt hat. Sie hat sich nicht mit der Interpretation von positiven Normen und mit Fragen der juristischen Konstruktion begnügt, sondern hat auch die gesellschaftlichen und politischen Grundlagen des Rechts in ihre Betrachtung einbezogen. Die Wirklichkeit ist nicht zu kurz gekommen, gerade in der Analyse gesellschaftlicher Veränderungen haben manche Tagungen Bedeutendes geleistet. Der Blick der Vereinigung hat sich in diesen letzten Jahren wohl auch einmal auf Möglichkeiten einer Zusammenarbeit mit der Politikwissenschaft und der Soziologie gerichtet⁵⁾. Aber die Lage eines überbordenden Methodenstreites und eines oft realitätsfernen Modelldenkens, der in erheblichen Teilen dieser Wissenschaftszweige jedenfalls in der Bundesrepublik derzeit besteht, läßt es doch richtig erscheinen, daß diese notwendige Ergänzung der rein rechtlichen Betrachtungsweise in Aufnahme der Überlieferung staatswissenschaftlichen Denkens in den ei-

⁵⁾ In einer Empfehlung hat sich die Mitgliederversammlung in Kiel am 7. 10. 1964 für eine Errichtung von Lehrstühlen der Wissenschaft von der Politik in den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten und für Verbindung mit dieser Lehre ausgesprochen (siehe AÖR 89 (1964) S. 485 f.). Die gleiche Empfehlung sprach eine aus Vertretern der Vereinigung der Staatsrechtslehrer und der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft zusammengesetzte Kommission erneut 1967 aus unter Betonung der notwendigen Zusammenarbeit (siehe AÖR 92 (1967) S. 542 f.).

genen Reihen der Staatsrechtswissenschaft geleistet werde. Wenn man wünschen möchte, daß dies in breitem Maße geschehe, darf man doch feststellen, daß auch bisher die Vereinigung sich hier auf gutem Wege befunden hat.

In den 30 Bänden der Veröffentlichungen spiegelt sich sehr wesentlich die Entwicklung unserer Wissenschaft. Gewiß stellen sie in der ansteigenden Flut der öffentlichrechtlichen Literatur nur einen schmalen Fluß dar. Aber die Form, wie hier auch stets die weitere literarische Diskussion in den gründlichen Berichten aufgenommen wird, gewähren die Verhandlungen doch einen Überblick der gesamten wissenschaftlichen Erörterungen der behandelten Themen. In manchen Fragen, etwa der Grundrechtsdiskussion der Weimarer Epoche, bei der Einordnung von Parteien und Verbänden, der Durchdringung des Schulrechts und der Erfassung der Relation zwischen Staat und Wirtschaft, haben die Verhandlungen neue Wege bahnen helfen. Man darf dabei gewiß die unmittelbare Auswirkung auf die staatliche Praxis nicht überschätzen. Wissenschaftliche Tiefe bedeutet auch eine gewisse Distanz, und so wirken unsere Debatten oft mehr in mittelbarer Übersetzung auf die Entwicklung rechtlicher Begriffe und Anschauungen ein.

Für die Breite der Grundlage und die Vertiefung der Probleme ist es von unschätzbarem Gewicht gewesen, daß schon bald nach Beginn der Vereinigung sich ihr Gelehrte aus anderen Ländern des deutschen Sprachkreises anschlossen. Das hat nicht nur erlaubt, durch die kritische Würdigung auch anderer Lösungen und Anschauungen die Basis der Diskussion zu verbreitern. In dieser über die Grenzen reichenden Zusammenarbeit liegt auch in der Zeit der Bewegung und der Unsicherheit ein fester Halt, den wir besonders in den ersten Nachkriegsjahren dankbar empfunden haben, als wir die Stütze der in der neueren Zeit so schön aufgeblühten schweizerischen Staatsrechtslehre erfahren durften. Die Anwesenheit unserer österreichischen Kollegen bringt uns, vielleicht in einem allmählich zurückgehenden Maße, neben einer eigenständigen Rechtsentwicklung auch eine besondere methodische Haltung nahe, deren Achtung des bestehenden Rechts bisweilen den Gegenpart hält zu der Wissenschaft in der Bundesrepublik mit ihrer Neigung zur starken Beachtung tatsächlicher Entwicklungen und zu einer sehr freien, in Grundrechtsfragen wohl mitunter fast überkühnen Interpretationskunst. Daß auch ein Gelehrter der französischen Rechtstradition zu uns gehört, der sich sehr um die lebendige Verbindung der beiden Rechtssysteme verdient gemacht hat, dürfen wir mit Freude feststellen. Diese Weite der Vereinigung ist nicht einer ihrer geringsten Vorzüge. Das

empfinden wir an diesem schönen Orte besonders deutlich, der so sehr geeignet ist, uns am Sitze des ehemaligen Primas von Deutschland an alte Bande der gemeinsamen Geschichte zu erinnern.

Ein wesentliches Element der Vereinigung bliebe aber unerwähnt, wenn man nicht von ihrer Bedeutung für den persönlichen Verkehr der Mitglieder spräche. Vielen von Ihnen wird es gegangen sein, wie mir einst in der Münsterer Tagung von 1926, daß sie als Assistenten des Tagungsortes zuerst Gelegenheit hatten, einen Kreis zu sehen, in den sie erst später einzutreten hofften. Damit aber gewannen die Stimmen, die bisher gewissermaßen nur als abstrakte gedruckte Aussagen vernehmlich waren, unmittelbar Klang und Leben, wenn nun Anschauung und Person in ihrer personalen Verbindung erfaßt werden konnten. Die gegenseitige Berührung hat sicherlich der Härte der Kontroversen, der kritischen Auseinandersetzung keinen Abbruch getan. Aber sie läßt über allen Diskussionen und Gegensätzen das gemeinsame Ziel wissenschaftlicher Bemühung deutlich werden, sie knüpft Bande der Achtung und der Freundschaft, die der Fruchtbarkeit der Debatten zu gute kommen und das gegenseitige Verständnis erleichtern.

Nach einem Zeitabschnitt der größeren Ruhe, der den kriegsgerischen Ausbrüchen dieses Jahrhunderts gefolgt ist, treten wir wieder in eine Epoche erneuter Unruhe, oft stürmischer Kritik des Bestehenden, jedenfalls aber der Neugestaltung auf vielen Gebieten ein. Die Aufgabe dieser Vereinigung wird damit nicht geringer. Ich möchte ihr wünschen, daß sie ihre innere Geschlossenheit, ihr auf echter wissenschaftlicher Gesinnung beruhendes Maß an Anforderungen und, trotz ihres Anwachsens auf rund 220 Mitglieder, ihre freundschaftliche Atmosphäre zu bewahren vermag. Wenn derzeit eine ältere Generation, zu der ich mich gewiß rechnen muß, abtritt, kann sie mit Befriedigung eine breite Schicht vorzüglicher jüngerer Lehrer des Rechts vor sich sehen, bereit nun die Verantwortung in einer Zeitspanne zu übernehmen, für die wir der Vereinigung alles Gute auf den Weg wünschen mögen. Möchte sie bleiben, als was sie sich heute darstellt: eine Stätte fruchtbarer wissenschaftlicher Aussprache, ein Impuls und ein Maßstab für die Wissenschaft des öffentlichen Rechts, ein Kreis im Dienst der Forschung geeinter und freundlich verbundener Gelehrter.

Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

Erster Beratungsgegenstand:

1. Bericht von Professor Dr. Jochen Abr. Frowein, Bielefeld

I. Kooperation und Koordinierung im Bundesstaat

1. „Die effektive Planung, die die Interessen des Bundes und der Länder auf dem Gebiet des Verkehrs, der Wirtschaft, des Wohnungsbaues, der Energienutzung nur fördern würde, bedarf einer verfassungsrechtlichen Neuordnung, ohne die man unweigerlich irgendwann im Gestrüpp verfassungsrechtlicher Normen hängenbleibt“. Dieser Satz stammt nicht aus den Diskussionen zur Finanzverfassungsreform in der Bundesrepublik im Jahre 1969, mit der die gemeinschaftliche Planung von Bund und Ländern für bestimmte Aufgaben festgelegt wurde, er findet sich auch nicht in den Protokollen der vom Deutschen Bundestag eingesetzten Enquête-Kommission zur Verfassungsreform, die nach kaum drei Jahren über die Abschaffung der Gemeinschaftsaufgaben nachdenkt, sondern in der 1970 erschienenen österreichischen Verfassungslehre von Felix Ermacora¹⁾. Seine Auswechselbarkeit diagnostiziert einen Sachverhalt, den mindestens die deutsche Bundesstaatslehre erstaunlich lange übersehen konnte. Aus ihm folgt die Notwendigkeit einer Koordinierung der in den Bundesverfassungen vorwiegend mit scheinbar unverbundenen Kompetenzen ausgestatteten Teile des Gesamtsystems Bundesstaat²⁾.

¹⁾ F. Ermacora, Österreichische Verfassungslehre, 1970, S. 303.

²⁾ Vgl. für die USA W. Kewenig, Kooperativer Föderalismus und bundesstaatliche Ordnung, AöR 93 (1968), S. 433 ff.; H. Ehringhaus, Der kooperative Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1971. Public Law 86—380, § 2, vom 24. 9. 1959 lautet in seinem Abs. 1: „Because the complexity of modern life intensifies the need in a federal form of government for the fullest cooperation and coordination of activities between the levels of government, and because population growth and scientific developments portend an increasingly complex society in future years, it is essential that an appropriate agency be established to give continuing attention to intergovernmental problems“. United States Code Annotated Title 42 § 4272. Siehe auch J. L. Sundquist und D. W. Davis, Making Federalism Work, 1969.

Für die Schweiz V. Häfelin, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, und Ch. Dominici, Fédéralisme coopératif, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1969, S. 551 ff. und 743 ff.

Die deutsche Staatsrechtslehre hatte Schwierigkeiten, die gemeinschaftliche Lösung von Sachproblemen durch Reich und Bundesstaaten oder Bund und Länder als Kategorie zu erkennen und ihre Bedingungen zu entwickeln, ging es ihr doch weithin darum nachzuweisen, daß auch die Einzelstaaten im Bunde auf den ihnen zugewiesenen Sachgebieten eigenständig, wohl möglich gar „souverän“ seien³⁾. Bei dieser Betrachtung blieb die etwa von Gierke betonte verfassungsmäßige Zusammenordnung der Einzelstaaten mit dem Gesamtstaat eher außer Betracht⁴⁾. Dasselbe gilt für Haenels These der Ergänzung aus der gegenseitigen Bedingtheit, in welcher notwendig alle einzelnen Staatstätigkeiten zur Gesamtleistung stünden und aus der sich gegenseitige Unterstützungsverhältnisse durch eine geordnete Zusammensetzung und ein Zusammenwirken der Kräfte entwickeln müßten⁵⁾.

2. Und doch bot die alte deutsche Reichsverfassung besonders charakteristische Beispiele für Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat, Aufgaben, die bei grundsätzlicher Zuständigkeit der Einzelstaaten in Koordinierung mit dem Reich zu erledigen waren. So wie heute die deutschen Bundesländer ihre Universitätshoheit und die Möglichkeiten zu Experimenten aller Art verteidigen, so verteidigten die Bundesstaaten des Deutschen Reiches vor 100 Jahren ihre Eisenbahnhoheit. Es war nicht möglich, eine volle Eisenbahnverwaltungskompetenz des Reiches in der Verfassung zu begründen, aber die Art. 41 bis 47 machten die Eisenbahnen zu einer Gemeinschaftsaufgabe. In Art. 42 verpflichteten sich die Bundesstaaten, die deutschen Eisenbahnen im Interesse des allgemeinen Verkehrs „wie ein einheitliches Netz“ zu verwalten. Das Reich hatte besondere Kontrollrechte, um auf einheitliche Regelungen für Bau und Betrieb hinzuwirken, ineinandergreifende Fahrpläne waren aufzustellen⁶⁾. Bis in die Formulierung hinein reicht die Par-

³⁾ So noch T. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 18. Aufl. 1971, S. 206.

⁴⁾ O. v. Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Neue Folge 7. Jahrgang, S. 1097, separater Neudruck, Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1961, S. 74: „Die Gliedstaaten insbesondere würden weder wegen ihres Mitgliedschaftsrechtes innerhalb der souveränen Gesamtpersönlichkeit noch wegen ihres Sonderrechtes innerhalb ihrer souveränen Einzelsphäre als „Staaten“ erscheinen, wenn sie nicht zugleich in verfassungsmäßiger Zusammenordnung mit dem Gesamtstaate als Teilhaber an der Substanz der souveränen staatlichen Totalgewalt vorgestellt würden“.

⁵⁾ A. Haenel, Deutsches Staatsrecht, Bd. 1, 1892, S. 210.

⁶⁾ Zu den Vorschriften eingehend Haenel, a. a. O., S. 644 ff.; und

allele zur Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, bei der nach § 2 Bund und Länder darauf hinzuwirken haben, daß die Hochschulen ein zusammenhängendes System bilden. Laband freilich meinte, es handele sich um eine „unbestimmte und staatsrechtlich wenig belangreiche“ Kompetenz des Reiches⁷⁾.

Ein Beispiel anderer Art ist das Militärwesen, das nach der alten Reichsverfassung auf einer Verteilung der einzelnen militärischen Hoheitsrechte zwischen Reich und Einzelstaaten beruhte, woraus sich die Notwendigkeit koordinierter Wahrnehmung der Aufgaben ergab, da es insgesamt als Einheit erscheinen mußte⁸⁾.

Seitdem die Wirtschaftseinheit, von deren Bestehen Art. 72 GG ausgehen konnte, in Deutschland hergestellt war, mußte sich ein Zwang zu gemeinschaftlicher Problembewältigung deutlicher fühlbar machen, wo es nicht — wie allerdings vielfach — zu einer Verstärkung der Kompetenzen des Gesamtstaates kam⁹⁾. Das Grundgesetz kannte von Anfang an die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in dem Sonderfall des Art. 73 Ziff. 10 als Kategorie, und das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluß zum Finanzverwaltungsgesetz die Vorschriften über die Steuerverwaltung als auf „Verzahnung von Bundes- und Landesverwaltung und auf eine Zusammenarbeit von Bundes- und Landesfinanzbehörden angelegt“ bezeichnet¹⁰⁾. Aber das waren Ausnahmen, und die Dogmatik hat bis in neuere Zeit überwiegend die klare Aufteilung der Kompetenzen in den Mittelpunkt gerückt¹¹⁾.

P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 3, 1913, S. 109 ff.

⁷⁾ A. a. O., S. 136.

⁸⁾ H. Triepel, Die Reichsaufsicht, 1917, Nachdruck 1964, S. 213 ff.; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 835 ff., 841: „Einheit in der Sache unter Verzicht auf die Einheit in der Form“; Laband, a. a. O., Bd. 4, 1914, S. 1 ff.

⁹⁾ Die erste eingehende Erörterung der Problematik in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Band 11, 1961.

¹⁰⁾ BVerfGE 32, 145, 153.

¹¹⁾ Dazu in kritischer Analyse grundlegend K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962; U. Scheuner, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart, DÖV 1962, S. 641 ff.; und P. Lerche, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStRL 21 (1964), S. 66 ff. Daß eine Überbetonung der Trennung auch in anderen Bundesstaaten neuerdings kritisch gesehen wird, zeigt etwa E. McWhinney, The „Quiet Revolution“ in French Canada and its Constitutional Implications for Canadian Federalism, JÖR N. F. 19 (1970), S. 331 ff., 352 f.; vgl. auch G. Sawyer, Australian Constitutional Development since 1954, JÖR N. F. 18 (1969), S. 681, 684 f.

Allerdings hatten Praxis und Lehre schon unter der alten Reichsverfassung ein Rechtsinstitut ausgebildet, das den Zwang zur gemeinschaftlichen Problembewältigung allgemein widerspiegelte und ins Bewußtsein hob: die selbständige Aufsicht. In der Ausgestaltung, die ihr Triepel zu Ende des alten Reiches auf Grund der Praxis gegeben hatte, war sie ein Instrument der Koordinierung, der Gewährleistung im Gemeinschaftsinteresse richtiger Lösungen¹³⁾. Freilich war die Form eher autoritär, die Über- und Unterordnung des Reiches und der Einzelstaaten betonend, gemildert und erträglich dadurch, daß entgegen Triepel überwiegend der Bundesrat als das für die selbständige Aufsicht zuständige Organ betrachtet wurde und in der Praxis allein agierte¹³⁾. Damit war dem Beaufsichtigten der von Bilfinger u. a. im Heft 1 unserer Veröffentlichungen betonte Einfluß gesichert¹⁴⁾.

Die Renaissance der im alten Reich verfassungsrechtlich weniger erheblichen Bundestreue unter dem Grundgesetz steht in direktem Zusammenhang mit dem Abbau der selbständigen Aufsicht als Koordinierungsmittel¹⁵⁾. Freilich mußten alle Versuche, ihr materiellen Inhalt zu geben, vergeblich bleiben¹⁶⁾.

¹³⁾ Charakteristisch dafür die Umschreibung des Maßstabes, Triepel, a. a. O., S. 447: „Im übrigen wird sich das Reich damit begnügen müssen, mittels seiner Aufsicht die Gliedstaaten zur Verhütung und Beseitigung solcher Gefahren und Schäden anzuhalten, deren Wirkung über den Machtbereich des einzelnen Staates hinausreicht. Was bloß im Gebiete eines Einzelstaates vorgeht, bloß seine Angehörigen betrifft und andere unberührt läßt, soll das Reich nicht kümmern; sobald aber ein „gemeinsames“ Interesse in Frage kommt, muß sich der Gliedstaat gefallen lassen, daß das Reich nach dem Rechten sieht“. — Vgl. zu demselben Grundproblem jetzt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Numerus clausus, BVerfGE 33, 303, 352 f.: „Bei derartigen übergreifenden Lebenssachverhalten hat der Landesgesetzgeber sorgsam zu prüfen, ob sich eine Bevorzugung der Einwohner seines Landes im Rahmen der Wertentscheidungen des Grundgesetzes hält und ob sie nicht zur Entwertung von Grundrechten führen würde, wenn andere Länder ebenso verfahren“.

¹³⁾ Vgl. Meyer-Anschütz, a. a. O., S. 944 mit Anm. 0; Triepel, a. a. O., S. 535 ff., für die Praxis S. 424 ff.

¹⁴⁾ K. Bilfinger, Der deutsche Föderalismus, Mitbericht, VVDStRL 1 (1924), S. 35 ff., und eingehender in: Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, 1923. R. Smend hat die Auffassungen von Triepel und Bilfinger stark einander entgegengestellt, was theoretisch richtig bleibt, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 119, 224 f.

¹⁵⁾ Das hat das BVerfG erkannt, BVerfGE 8, 122, 131.

¹⁶⁾ Besonders klar gesehen von K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 6 ff.

Alles trieb daher zu einer offenen Kooperation zwischen Bund und Ländern für die Bewältigung von Aufgaben, die — wie der Eisenbahnbau und -betrieb vor 100 Jahren — unter Begrenzung auf ein Land schlechthin unlösbar waren. Daß sie sich in einer weitgehend ungeregelten Form entwickelte, ist oft dargestellt worden, was hier nicht zu wiederholen ist¹⁷⁾.

Der Übergang von einer stärker vertikalen Koordinierung durch die selbständige Aufsicht zu einer mehr horizontalen in Gestalt einer offenen Bund-Länder-Kooperation mag in Parallele gesetzt werden zu der auch sonst im öffentlichen Recht zu beobachtenden Ablösung oder doch Ergänzung der an Befehlskategorien orientierten Formen durch die der Einigung¹⁸⁾. In diesem Zusammenhang ist es von bleibendem Interesse, daß der Bundesstaat, der die Kategorie der Aufsicht nie kannte, in der Entwicklung von gemeinschaftlichen Lösungen voranging: die Vereinigten Staaten¹⁹⁾.

II. Gemeinschaftsaufgaben und Mediatisierung der Ländermin- derheit

3. Seit 1969 kennt das Grundgesetz die Gemeinschaftsaufgaben²⁰⁾. Die Einfügung des Abschnittes VIII a mit der Über-

¹⁷⁾ Vor allem H. Schneider, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), S. 1 ff.; R. Grawert, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967; B. Tiemann, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970.

¹⁸⁾ Zu der Grundfrage etwa M. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, res publica 17, 1968, S. 82 ff.

¹⁹⁾ Für die grundsätzliche Einstellung bezeichnend: Prudential Insurance Co. v. Benjamin, 328 U. S. 408 (1946), 435 f.: „Here both Congress and South Carolina have acted, and in complete coordination, to sustain the tax. It is therefore reinforced by the exercise of all the power of government residing in our scheme“. S. 439: „They were not forbidden to cooperate or by doing so to achieve legislative consequences, particularly in the great fields of regulating commerce and taxation, which, to some extent at least, neither could accomplish in isolated exertion“. Vgl. auch Anm. 2) und für die Entwicklung J. P. Clark, The Rise of a New Federalism, 1938, Neudruck 1965.

²⁰⁾ Sie gehen auf den Vorschlag der Kommission für die Finanzreform, der sogen. Troeger-Kommission, von 1966 zurück. Vgl. Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1966, S. 34 ff., Tz. 129 ff. Eingehend zur Entstehung B. Tiemann, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970, S. 185 ff., 219 ff. Vgl. auch R. Grawert, Finanzreform und Bundesstaatsreform, Der Staat 7 (1968), S. 63 ff., 73 ff. und W. Patzig, Gegenwartsfragen des Finanzverfassungsrechts AöR 92 (1967), S. 297 ff.

schrift „Gemeinschaftsaufgaben“ ist freilich nur der klarste Ausdruck der daneben an anderen Stellen des Grundgesetzes und des einfachen Rechts niedergelegten Auffassung von einer gemeinsamen Verantwortung des Bundes und der Länder für solche Aufgaben, die über Wohlergehen und Wohlstand der Bundesrepublik entscheiden. Neben dem in die unmittelbare Nähe von Art. 91 a gehörenden Art. 104 a Abs. 4, der die gemeinschaftliche Finanzierung grundlegender Investitionen ermöglicht²¹⁾, ist hier vor allem die Verpflichtung des Bundes und der Länder auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht in Art. 109 Abs. 2 zu nennen²²⁾. Im einfachen Recht hat das Raumordnungsgesetz schon 1965 die Konsequenzen aus der Erkenntnis gezogen, daß die räumliche Struktur der Bundesrepublik einer Gesamtplanung bedarf. Es hat die Pflicht zur Beratung und Abstimmung zwischen Bund und Ländern eingeführt²³⁾. Das Stabilitätsgesetz verpflichtete Bund und Länder erstmals zur gemeinsamen Beratung aller konjunkturpolitisch wichtigen Maßnahmen, und das Haushaltsgrundsätzegesetz legte dann in Zusammenhang mit der Verfassungsänderung von 1969 die gemeinsame Finanzplanung fest²⁴⁾.

Während die genannten Regelungen der heute in allen Bereichen wichtiger werdenden Form des „government by persuasion“ zugehören und damit das bundesstaatliche System der Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit jedenfalls formal intakt lassen, gehen die Regelungen der Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91 a und den Ausführungsgesetzen weiter. Die Planung erfolgt hier in besonderen Bund-Länder-Ausschüssen, die mit Beschlußkompetenzen ausgestattet sind. Damit ist eine neue Dimension gemeinschaftlicher Wahrnehmung von Kompetenzen erreicht. Die folgenden Ausführungen werden sich vorwiegend mit Art. 91 a GG befassen, der gegenüber dem im traditionellen Bereich verbleibenden Art. 91 b verfassungsrechtlich schwerwiegendere Probleme aufwirft.

4. Das neue Institut, von der großen Koalition stürmisch als Krönung des kooperativen Föderalismus aus der Taufe gehö-

²¹⁾ Dazu vgl. unten S. 34 ff.

²²⁾ Vgl. dazu etwa K. Vogel/M. Wiebel, Bonner Kommentar Art. 109 Randnr. 69 ff.

²³⁾ BGBl. 1965 I S. 306, III 2300-1, § 8. Zu den schwierigen Fragen in Zusammenhang mit diesem Gesetz E. Forsthoff — W. Blümel, Raumordnungsrecht und Fachplanungsrecht, Planungsstudien 7, hergg. von J. H. Kaiser, 1970.

²⁴⁾ Stabilitätsgesetz BGBl. 1967 I S. 582, III 707—3, § 18; Haushaltsgrundsätzegesetz BGBl. 1969 I S. 1273, III 63—14, §§ 50 ff.

ben, ruft in der die Gegensätze zwischen den Parteien, und damit auch dem Bund und einigen Ländern auf der einen und dem Rest der Länder auf der anderen Seite, verschärfenden Phase seit der Wahl zum sechsten Deutschen Bundestag zunehmende Kritik hervor²⁵).

Damit ist ein Grundproblem angesprochen, das realistische Verfassungsbetrachtung nicht ausklammern kann und dem vorab unsere Aufmerksamkeit gelten wird. Daß der Bundesstaat des Grundgesetzes seine Legitimation auch aus seiner die politische Vielfalt ermöglichenden Struktur empfängt, scheint ausgemacht²⁶). Gleichgültig, ob man darin auch eine mäßigende und damit gewaltenteilende und Freiheit sichernde Funktion sieht oder stärker auf den Minoritätenschutz abhebt²⁷) — beide In-

²⁵) Für die Kritik charakteristisch die Antwort von Ministerpräsident Filbinger im Landtag von Baden-Württemberg am 18. 7. 1972, in der es u. a. heißt:

„Erstens: Diese Institution der Gemeinschaftsaufgaben hat zu einer unrationellen Mischverwaltung und Mischfinanzierung geführt, welche die Aufgaben- und Finanzverantwortung von Bund und Ländern verwischen und einen systematischen föderativen Finanzausgleich blockieren. Zweitens: Die Parlamente werden durch die Planungen faktisch weitgehend gebunden, ohne jedoch am Planungsprozeß hinreichend beteiligt zu sein. Drittens: Das bisherige Zusammenwirken erstreckt sich nur auf den Länderbereich und dort nur auf isolierte Ressortplanungen. Es hemmt darüber hinaus die Integration der Aufgabenplanung innerhalb der einzelnen Länder. Viertens: Die Verwaltung wird unnötig erschwert und aufgebläht, das Planungsinstrumentarium ist unrationell und schwerfällig.“

Landtag von Baden-Württemberg, 6. Wahlperiode, 7. Sitzung 18. 7. 1972, S. 202. Ebenso EntschlieÙung der Länderkommission Verfassungsreform vom 4. 2. 1972, II 1, und Konferenz der CDU/CSU Fraktionsvorsitzenden in Kiel im Juni 1972, FAZ 3. 6. 1972. Die meisten Argumente, vor allem das der Mischverwaltung und Mischfinanzierung, finden sich übrigens schon in dem Bericht einer Länderkommission von 1967 (sog. Flurbereinigungskommission), der offenbar nicht veröffentlicht worden ist. Auszüge bei W. Henrichs, Gemeinschaftsaufgaben, Bundesstaatsprinzip, Kommunale Selbstverwaltung, Untersuchungen und Beiträge zu Politik und Zeitgeschehen, hergg. von der Politischen Akademie Eichholz, 1968, S. 21 f. Sehr grundsätzlich kritisch auch G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 285 ff.

²⁶) Lerche, Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip, VVDStL 21 (1964), S. 100, spricht treffend von der „Beweglichkeit innerhalb eines festeren Gehäuses“, die ermöglicht werde.

²⁷) Den Gegensatz m. E. überzeichnend U. Scheuner, Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AöR 95 (1970), S. 353, 398 f. Für die Auffassung von K. Hesse jetzt sehr klar: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., 1972, S. 92 ff.

terpretationen müssen es übereinstimmend als Voraussetzung des Bundesstaates erkennen, daß die politischen Kräfte, die im Bund die Regierung stellen, damit noch nicht bestimmenden Einfluß auf die Länder erhalten. Eine Inschleppnahme der Länder kann nicht nur institutionell erfolgen, sondern auch über die dort tonangebenden politischen Faktoren. Das zeigt, daß der Bundesstaat die Heterogenität der politischen Führung im Bund und in einem Teil der Länder als Grundlage recht eigentlich voraussetzt, soll er nicht auf dem Papier bleiben²⁸⁾. Die Abgrenzung der deutschen Länder und die Parteiengographie der Bundesrepublik stimmen hier in einem glücklichen Maße zusammen, ein Faktor, der für die Auslegung von Art. 29 GG und des in ihm verankerten Verfassungsauftrages — einschließlich der Möglichkeit seines Obsoletwerdens — wohl stärker beachtet werden sollte als bisher²⁹⁾. Der Bundesregierung stehen normalerweise nicht ganz die Hälfte der Landesregierungen gegenüber, die einer anderen politischen Richtung angehören, während etwas mehr als die Hälfte politisch kongruent sind³⁰⁾.

Für das Funktionieren des kooperativen Föderalismus ist diese Situation von Bedeutung. Überall da, wo dem Bund eigene Kompetenzen zur Regelung fehlen, kann Einheitlichkeit nur erreicht werden, wenn sie der freien Entscheidung auch der Länder entspricht, deren Regierungen politisch anders zusammengesetzt sind als die Bundesregierung. Gewiß enthält der Rechtssatz der Bundestreue eine Einschränkung, die mißbräuchliches Handeln verhindern kann, aber das Prinzip der notwendigen Übereinstimmung der Länder wird damit nicht aufgehoben³¹⁾. Auch die Verfassungsnormen über Gemeinschaftsaufgaben gehen von dem Prinzip des Zusammenwirkens auf Grund

²⁸⁾ Es war ganz konsequent, daß der Nationalsozialismus in dem Fehlen einer politischen Gefolgschaftspflicht der Länder das Hauptübel des Föderalismus sehen mußte. E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 1937, S. 20.

²⁹⁾ Sehr bedenkenswert hierzu Werner Weber, *Das Problem der Revision und einer Totalrevision des Grundgesetzes*, Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 451, 471 ff. und U. Scheuner, *Kooperation und Konflikt*, DöV 1972, S. 585 ff., 590. Wie hier auch G. Püttner, *Die Länderneugliederung als Problem der politischen Machtverteilung im Gesamtstaat*, DöV 1971, S. 540 f.

³⁰⁾ Eine Überprüfung nach A. C. Storbeck, *Die Regierungen des Bundes und der Länder seit 1945*, 1970, ergab, daß nur vom 4. 12. 1957 bis 24. 7. 1958, also wenig mehr als ein halbes Jahr, unter den Ländern keine knappe Mehrheit im Sinne der politischen Zusammensetzung der Bundesregierung bestand. Das galt bei Einbeziehung Berlins auch in der 6. Wahlperiode des Bundestages.

³¹⁾ BVerfGE 1, 299, 315 f.

freier Entscheidung aus. Für Art. 91 b ist das eindeutig. Für Art. 91 a folgt es grundsätzlich aus der Formulierung, die Aufnahme eines Vorhabens in die Rahmenplanung bedürfe der Zustimmung des Landes, in dessen Gebiet es durchgeführt wird. Dieses Prinzip wird aber durchbrochen mit der Regel der drei Gesetze über die Gemeinschaftsaufgaben, nach denen in den Planungsausschüssen die Stimmen des Bundes und der einfachen Mehrheit der Länder zur Annahme von Beschlüssen genügen³²⁾. Bei der faktischen Sogwirkung, in die eine abseits bleibende Länderminderheit geraten kann, wenn der Rahmenplan — unter Aussparung der Vorhaben in ihrem Bereich — beschlossen wird, fragt sich ernsthaft, ob diese Regelung nicht die gefährliche Tendenz zur Ausschaltung der nicht mit dem Bund kongruenten Länderminderheit enthält, oder, wie der derzeitige Präsident des Bundesrates bei Antritt seines Amtes vor nicht ganz einem Jahr die Gefahr formuliert hat, zum Übergang vom kooperativen zum „zentral gesteuerten Föderalismus“³³⁾.

Die bisherige Praxis bei der Beschlußfassung über die Rahmenpläne scheint diesen Verdacht allerdings nicht zu bestätigen. Der erste Rahmenplan zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur ist dem Vernehmen nach gegen die Stimmen Bayerns und Hessens zustande gekommen, während u. a. Schleswig-Holstein sich enthalten hat, aber seinen Vertreter angewiesen hatte, den Plan keinesfalls scheitern zu lassen³⁴⁾. Die Rahmenpläne für den Hochschulbau sind bisher einstimmig aufgestellt worden³⁵⁾. Das klingt in bezug auf die Vermeidung der angedeuteten Gefahren ermutigend. Andererseits ist im Bildungsbereich die Formel von „den mit dem Bund kooperierenden Ländern“ im Gegensatz zu denen, die das nicht tun, dem politischen Sprachgebrauch bereits geläufig und hat sich in einigen Beschlüssen der Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung nach Art. 91 b niedergeschlagen³⁶⁾, ohne daß man sich

³²⁾ § 7 Hochschulbauförderungsgesetz (BGBl. 1969 I, S. 1556), §§ 6 der Gesetze über die beiden anderen Gemeinschaftsaufgaben (BGBl. 1969 I, S. 1573 u. S. 1861).

³³⁾ Bundesrat 373. Sitzung 12. 11. 1971, S. 315 C.

³⁴⁾ Der Plan ist mit 18 gegen 2 Stimmen bei 2 Enthaltungen angenommen worden, vgl. P. Becker, Die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“, Die Verwaltung 5 (1972), S. 59, 67 f.

³⁵⁾ Für den ersten Rahmenplan vom 19. 7. 1971 vgl. Bulletin der Bundesregierung 1971, S. 1221, für den zweiten vom 7. 7. 1972 ebendort 1972, S. 1345.

³⁶⁾ In der auf der Grundlage von Art. 91 b GG durch Verwaltungsabkommen vom 25. 6. 1970 (Bulletin der Bundesregierung

immer darüber klar ist, wie dicht das an die dem Bund im Fernsehurteil eindrücklich verbotene *divide et impera*-Praxis heranreichen kann³⁷⁾. Neuere Nachrichten zeigen, daß bei künftigen Rahmenplänen durchaus mit der angedeuteten Konfrontation zu rechnen ist. Es heißt, daß nur Bauvorhaben der Hochschulen in den Rahmenplan aufgenommen werden sollten, an denen die bis 1973 möglichen Schritte zur „inneren Reform“ erfolgten³⁸⁾.

Das hier aufgeworfene Problem ist grundsätzlicher Natur. Art. 7 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung untersagt besondere Bündnisse und Verträge politischen Inhalts zwischen den Kantonen. Die gegen Sonderbünde gerichtete Klausel entspringt einem bundesstaatlichen Grundprinzip: Politische Gruppierungen unter den Gliedern, die faktisch ihre Rollen spielen mögen, dürfen verfassungsrechtlich nicht verfestigt werden³⁹⁾. Auch der Bund darf seine Hand dazu nicht bieten. Das Prinzip muß bei den Gemeinschaftsaufgaben zur Anwendung kommen. Andernfalls stünden wir vor dem Phänomen, daß nach der Einbehnung des Gegensatzes Parlament—Regierung nun auch die gewaltenbalancierende Zuordnung von Bund und Ländern in den weiten Bereichen der Gemeinschaftsaufgaben immer dann aufgehoben wäre, wenn Bund und Mehrheit der Länder derselben politischen Richtung angehören und die Länderminderheit ausschalten könnten. Daß im Bundesrat ein solches Verhalten zulässig und auch eine politische Opposition der Länder rechtlich unbedenklich ist, folgt daraus, daß hier die Länder nicht ihre Aufgaben koordinieren, sondern an der Willensbildung des Bundes mitwirken und ihr politisches Urteil einzubringen haben⁴⁰⁾. Daraus lassen sich Schlüsse für die Kooperation zwi-

1970, S. 891) gebildeten Kommission für Bildungsplanung ist es zu echten Parteikonfrontationen gekommen. Der Zwischenbericht der Kommission über den Bildungsgesamtplan und ein Bildungsbudget vom 18. 10. 1971 enthält mehrere Sondervoten der von der CDU regierten Bundesländer, Bd. 1, S. II A/14 ff., 17 ff., 39 ff. Dagegen hat die Kommission ein Prioritätenprogramm im Juli dieses Jahres einstimmig beschlossen, vgl. dazu FAZ 29. 7. 1972, S. 4 „Vogel gegen Hochschulrahmengesetz noch im Herbst“. Siehe auch P. Feuchte, Hochschulbau als Gemeinschaftsaufgabe, Die Verwaltung 5 (1972), S. 199, 204.

³⁷⁾ BVerfGE 12, 205, 255.

³⁸⁾ FAZ 16. 9. 1972, S. 6: „Dohnanyi: Hochschulreform vorantreiben“.

³⁹⁾ Vgl. auch BVerfGE 12, 205, 256 oben.

⁴⁰⁾ Zutreffend H. H. Klein, Parteipolitik im Bundesrat? DÖV 1971, S. 325 ff.; U. Scheuner, Kooperation und Konflikt, DÖV 1972, S. 585 ff., 591; grundlegend zur Praxis immer noch K. Neunreither, Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung, 1959.

schen Bund und Ländern sowie die Wahrnehmung der Gemeinschaftsaufgaben gerade nicht ziehen, vielmehr zeigt sich hier der Unterschied zwischen Bundeskompetenz und Gemeinschaftsaufgabe.

Institutionelle Vorkehrungen gegen die dargelegte Gefahr könnten darin liegen, daß statt der einfachen Mehrheit eine Zweidrittel- oder Dreiviertelmehrheit der Länder für die Beschlußfassung über den Rahmenplan verlangt wird⁴¹⁾. Damit würde bei der politischen Struktur der Bundesrepublik eine Entscheidung allein mit den Stimmen des Bundes und der politisch mit ihm übereinstimmenden Länder außer in dem Sonderfall des Bestehens einer großen Koalition im Bund fast sicher unmöglich werden. Ob demgegenüber Bedenken berechtigt sein könnten, die sich aus einer Erschwerung der Handhabung des Planungsinstrumentariums ergeben, erscheint zweifelhaft. Richtigerweise setzen auch die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a die grundsätzliche Einigkeit von Bund und Ländern voraus, auf die nur dann verzichtet werden kann, wenn eine untypische und allein aus dem Sonderinteresse einzelner weniger Länder begründete Opposition besteht, nicht aber, wenn eine knappe Minderheit der Länder gegen die Planung Einwände hat.

III. Voraussetzungen und Probleme der Wahrnehmung von Gemeinschaftsaufgaben

5. Schon äußerlich hat der verfassungsändernde Gesetzgeber durch die Einfügung des Abschnittes VIII a „Gemeinschaftsaufgaben“ zwischen dem Abschnitt über die Ausführung der Bundesgesetze und der Bundesverwaltung und dem über die Rechtsprechung deutlich gemacht, daß die Gemeinschaftsaufgaben quer zu der herkömmlichen Einteilung stehen und die dort enthaltenen Gesetzgebungskompetenzen nicht der normalen Bundesgesetzgebung gleichgesetzt, aber auch die verwaltungsmäßige Wahrnehmung von Aufgaben durch die Länder im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben nicht mit der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder im übrigen identifiziert werden kann. Art. 84 ist hier nicht anwendbar⁴²⁾.

⁴¹⁾ Zweifel an der Mehrheit auch bei K. Hesse, Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 151 Anm. 23.

⁴²⁾ Ähnlich F. Klein, Die Regelung der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern im Grundgesetz, Der Staat 11 (1972), S. 289 f.; unzutreffend daher F. J. Strauß, Die Finanzverfassung, 1969, S. 104, der den Erlaß von Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 84 Abs. 2 für möglich hält.

6. Stärker als sonst im Grundgesetz üblich, weist die Formulierung der Kompetenznormen des Art. 91 a auf den politischen Prozeß hin, der zielgerichtet auf der Grundlage der Bestimmung in Gang gesetzt werden und zu einem optimalen Ergebnis führen soll. Die Verfassung erkennt die Mängel der Situation des Jahres 1969 und enthält den Auftrag zu ihrer Beseitigung. Dementsprechend sind zwei der Gemeinschaftsaufgaben einfach auf „Verbesserung“ angelegt und die „Verbesserung der Lebensverhältnisse“ ist außerdem Voraussetzung für die Wahrnehmung der Kompetenzen im Zusammenwirken von Bund und Ländern überhaupt. Was Verbesserung bedeutet, ist nun immer nur feststellbar, wenn Maßstäbe zur Beurteilung vorhanden sind. Sie können naturgemäß auf Grund politischer Beurteilung erheblich wechseln.

Gerade weil die Verbesserung der Verhältnisse als Grundlage einer Kompetenznorm sich der judiziellen Überprüfung in noch weit stärkerem Umfang entzieht, als das für die Voraussetzungen des Art. 72 der Fall ist⁴³⁾, erscheint die Sicherung des Verfahrens, in dem ermittelt wird, was als Verbesserung anzusehen ist, von besonderer Bedeutung. Dieses Verfahren, das in den dafür gebildeten Bund-Länder-Ausschüssen zwischen zwölf voneinander nicht unmittelbar abhängigen Trägern politischer Entscheidungsgewalt abläuft, ähnelt dem diplomatischer Verhandlungen. Ergebnisse sind nur zu erreichen, wenn die Möglichkeit zum Kompromiß besteht. Ist ein Kompromiß gefunden, so ist eine Vorentscheidung von großer Bedeutung getroffen, die über ihre beschränkte rechtliche Tragweite hinaus präjudizierend wirkt⁴⁴⁾.

7. Es wird immer wieder darauf hingewiesen, daß die Parlamente die eigentlichen Verlierer der Kooperation von Bund und Länder seien⁴⁵⁾. Das galt schon für die vor der Verfassungsänderung von 1969 entwickelten Formen vertraglicher oder bloß faktischer und durch Dotationen gesteuerter Zusammenarbeit⁴⁶⁾. Für die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a wird hier zutreffend ein wichtiges Problem gesehen, das zu beklagen vor

⁴³⁾ Ähnlich F. Klein, a. a. O. (Anm. 42), S. 294.

⁴⁴⁾ Vgl. dazu Hesse, Aspekte . . . (Anm. 41), S. 148.

⁴⁵⁾ Besonders eindringlich G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 290 f., mit Nachweisen.

⁴⁶⁾ So etwa W. Leisner, Schwächung der Landesparlamente durch grundgesetzlichen Föderalismus, DÖV 1968, S. 389, 391 ff.; siehe auch H. C. F. Liesegang und R. Plöger, Schwächung der Parlamente durch den kooperativen Föderalismus, DÖV 1971, S. 228 ff.; H. Dichgans, Ohnmacht der Parlamente, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1 (1969/70), S. 237, 240 f.

allem bei Landtagsdebatten nicht versäumt wird⁴⁷⁾. Gewiß bindet ein etwa mit der Zustimmung des betreffenden Landes beschlossener Rahmenplan rechtlich den Landtag nicht, und er könnte die Einsetzung der entsprechenden Posten in den Haushaltsplan verweigern⁴⁸⁾. Damit verfielen aber auch die Bundesmittel, und das Land würde sich leicht an den Rand der Entwicklung drängen lassen. Die Möglichkeit ist daher vorwiegend theoretisch. Darum haben Landtage und Bundestag ihre Einschaltung in einer früheren Phase gefordert. Die Landesregierungen fast aller Bundesländer sind inzwischen durch Änderungen des Haushaltsrechts verpflichtet worden, den Landtagen die Entwürfe der Anmeldungen für die gemeinsame Rahmenplanung so rechtzeitig vorzulegen, daß eine Sachdebatte erfolgen kann. Entsprechendes gilt teilweise, wenn die Landesregierung beabsichtigt, in den Planungsausschüssen wesentlichen Abweichungen von den eingereichten Anmeldungen zuzustimmen, sowie für Anmeldungen zur Änderung der Rahmenpläne⁴⁹⁾. Durch Veränderung der Fristen für die Anmeldung

⁴⁷⁾ Vgl. etwa jüngst die Erklärung von Ministerpräsident *Filbinger*, oben Anm. 20.

⁴⁸⁾ *Maunz* bei *Maunz-Dürig-Herzog* Art. 91 a, Randnr. 20; *B. Tiemann*, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970, S. 239, allerdings mit einer zweifelhaften Einschränkung aus dem Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens; so auch die Auffassung in der Praxis: Antwort der Bundesregierung, BT-Drucks. VI/1705; Abg. Dr. *Bergmann*, SPD, LT NW, 7. Wahlperiode, 35. Sitzung 2. 12. 1971, S. 1328 B; mißverständlich *F. Klein*, a. a. O., S. 299: „Unzweifelhaft ist nach dem Willen des Grundgesetzes aber, daß dieser Rahmenplan für Bund und Länder bindend ist.“ Wie weit die Bindung der Landesregierung reicht, ist zweifelhaft. Jedenfalls dürfte eine neue Landesregierung nicht gebunden sein.

⁴⁹⁾ § 10 Abs. 3 LHO NW, GV NW 1971, S. 397; vgl. dazu die interessante Debatte im Landtag zu der Änderung, LT NW 7. Wahlperiode, 35. Sitzung 2. 12. 1971, S. 1323 ff.; entsprechende Regelungen kennen Baden-Württemberg § 10 Abs. 3 LHO (GBl. 1971 S. 429), Bayern § 10 Abs. 5 LHO (GVBl. 1971 S. 435), Hamburg § 10 Abs. 3 LHO (GVBl. 1971 I S. 263), Hessen § 10 Abs. 3 LHO (GVBl. 1970 I S. 647), Rheinland-Pfalz § 10 Abs. 4 LHO (GVBl. 1972 S. 5), Schleswig-Holstein § 10 Abs. 5 LHO (GVBl. 1971 S. 163). Vgl. auch zur Entstehung dieser Vorschriften die Dokumente bei *A. Böhringer*, Zur Mitwirkung der Landesparlamente im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1 (1969/70), S. 173 ff.; zu der allgemeinen Problematik *H. C. F. Liesegang*, Die Beteiligung der Parlamente bei der Aufstellung von Plänen durch die Exekutive, Zeitschrift für Parlamentsfragen 3 (1972), S. 162 ff. Als Beispiel für die praktische Verwirklichung der Parlamentsbeteiligung siehe etwa den Bericht des Landwirtschafts- und Ernährungsausschusses des Landtages von Baden-Württemberg zur Anmeldung für den Rahmenplan Agrarstruktur vom 17. 2. 1972, LT 6. Wahlperiode, Zum Schriftlichen Bericht Nr. 394.

zu den Rahmenplänen haben Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat die Legitimität der Forderungen der Landtage ausdrücklich anerkannt⁵⁰⁾.

Der Bundestag seinerseits hat sich bemüht, von der Bundesregierung die Zusicherung zu erhalten, daß er frühzeitig über den Stand der Planungen in den Ausschüssen für die Aufgaben nach Art. 91 a informiert wird. Die Bundesregierung hat erklärt, daß sie bereit sei, dem Bundestag über die Anmeldungen der Länder und ihre eigenen Vorschläge zu dem Rahmenplan zu berichten, gleichzeitig freilich darauf hingewiesen, daß das Planungsverfahren nach der Rechtslage Sache der Exekutive sei⁵¹⁾.

Wie weitgehend auch immer die Information der Parlamente und die Berücksichtigung ihrer Wünsche zugesagt werden mögen, es ist unverkennbar, daß ihr Einfluß beschränkt bleiben muß, da sie an dem Prozeß der Kompromißfindung bei divergierenden Auffassungen nicht selbst mitwirken können. Was sie durch ihre hier auf zwei Ebenen zusammenspielenden Kontrollrechte erreichen können, sollte aber auch nicht zu gering veranschlagt werden. Durch die Festlegung bestimmter Planungstermine in Gestalt der Zeitpunkte für die Anmeldung zum Rahmenplan und die dann folgende Beschlußfassung der Kommission ist es für Landtage und Bundestag sogar eher möglich, gezielt Stellung zu nehmen, als bei über lange Zeiträume entwickelten und nicht transparent werdenden Planungen. Daß die Landesregierungen bei der Anmeldung nicht leicht über eine von der Mehrheit des Landtages unterstützte Forderung auf Veränderung ihrer Anträge hinweggehen werden, folgt aus dem parlamentarischen Kräftespiel konsequent⁵²⁾. Daß auf der anderen Seite die Landtagsminderheit nur in Ausnahmefällen in der Lage sein wird, die Landesregierung von ihren Plänen abzubringen, ist kein Problem der Gemeinschaftsaufgaben, sondern die normale Konsequenz eines auf der parlamentarischen Mehrheit basierenden Regierungssystems. Sie wird nur besonders fühlbar, wo Politik immer mehr nicht nur

⁵⁰⁾ BGBl. 1971 I, S. 2140. Zur Geschichte BT-Drucks. VI/1058 und VI/2634.

⁵¹⁾ BT-Drucks. VI/1705.

⁵²⁾ Vgl. dazu die in Anm. 49 zitierte Debatte im Landtag von Nordrhein-Westfalen mit den Ausführungen von Ministerpräsident Kühn, a. a. O., S. 1331 A. u. C. Auch hier sollten die Landtage wie bei der Kontrolle des Verhaltens ihrer Regierung im Bundesrat stärker an alte Traditionen wieder anknüpfen. Dazu K. Bilfinger, Der Einfluß der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, 1923, S. 104 ff.

als konkrete Reaktion auf wechselnde Lagen, sondern auch, wenn auch beileibe nicht allein, als langfristiger Planungsvorgang verstanden wird⁵³).

IV. Bund und Länder bei der Durchführung des Rahmenplanes

8. Die drei Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a sind durch die Aufstellung gemeinsamer Rahmenpläne gekennzeichnet, deren Durchführung den Ländern obliegt. Von grundsätzlichem Interesse ist das Verhältnis von Planung und Durchführung. Es entscheidet darüber, ob die Gemeinschaftsaufgaben gemeinschaftlich oder verkappt zentralistisch wahrgenommen werden. Nach der Verfassung ist der Bund auf eine Mitwirkung bei der Erfüllung der fraglichen Aufgaben beschränkt⁵⁴). Darüber, daß die Gemeinschaftsaufgaben vom Bund als politisches Steuerungsinstrument verstanden werden, wird man nicht im Zweifel gelassen, wenn man mit zuständigen Stellen in Bonn spricht. Ohne eine Steuerungsfunktion wären die Rahmenpläne in der Tat sinnlos. Es kommt aber darauf an, wie sie konkret gestaltet werden, und wie sie sich in der Praxis auf die zur Ausführung berufenen Landesbehörden auswirken.

Als Beispiel sei der Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ für den Zeitraum 1972 bis 1975 kurz erläutert, der am 29. 6. 1971 verabschiedet wurde⁵⁵). Der Bericht enthält eine Karte mit der Abgrenzung von 21 Fördergebieten, die knapp 60 % der Fläche des Bundesgebietes überdecken und als einziges Land Hamburg ganz aussparen, während Berlin gesondert gefördert wird. Für jedes Gebiet werden Entwicklungsziele formuliert mit genauer Angabe der zu schaffenden oder zu sichernden Arbeitsplätze. Sodann werden die Investitionen in jedem Fördergebiet der Höhe nach festgelegt und die Finanzierung im Rahmen der

⁵³) Ob demgegenüber eine förmliche Beteiligung des Parlaments an der Planung in Form einer Zustimmung wünschenswert wäre, erscheint sehr fraglich. Vgl. dazu den Entwurf eines Gesetzes, der von der Fraktion der CDU im Landtag von Nordrhein-Westfalen eingebracht wurde, Drs. 7/1518, und die Debatte 7. Wahlper. 44. Sitzung vom 14. 3. 1972, S. 1611 B ff.; außerdem *Liesegang* a. a. O. (Anm. 49), und R. Schäfer, Berliner Ansätze zur Beteiligung des Parlaments an der Regierungsplanung, *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 3 (1972), S. 182 ff.

⁵⁴) Ob diese Mitwirkung auf die in Art. 91 a Abs. 3 und 4 genannten Formen der Beteiligung an der Rahmenplanung und der Kostentragung beschränkt sein muß, erscheint nach Wortlaut und Systematik der Vorschrift nicht eindeutig, wird aber wohl überwiegend unterstellt; F. Klein, a. a. O., S. 290; Begründung zu dem Finanzreformgesetz BT-Drs. V/2861, S. 28 Nr. 98.

⁵⁵) BT-Drs. VI/2451.

Gemeinschaftsaufgaben nachgewiesen. Damit ist innerhalb jedes Landes eine klare Abgrenzung für den Einsatz von Gemeinschaftsaufgabemitteln sowohl regional als auch nach Verwendungsart erfolgt. Die Entscheidung über die konkrete Vergabe ist allein von Landesbehörden zu treffen, und so verbleibt dem Lande an sich eine relativ weite Zuständigkeit bei der Konkretisierung. Im Plan ist die Entscheidung, für welche Industrie Förderungsmittel gewährt werden, nicht vorweggenommen. Aber abgesehen davon, daß hier die Auswahl häufig eng begrenzt sein dürfte, weil die Zahl der in Frage kommenden Investoren gering ist, täuscht die bloße Berücksichtigung der Zuschüsse nach dem Plan über die wirkliche Lage und die Mitwirkung des Bundes.

Neben den Gemeinschaftsaufgabemitteln sind für die Investitionen in Fördergebieten, soweit sie von Privaten vorgenommen werden, die Investitionszulagen nach dem Gesetz vom 18. 8. 1969 von wesentlicher Bedeutung⁵⁶). Diese Zulagen in Höhe von bis zu 10 % werden von den Finanzämtern gewährt, wenn eine — verfassungsrechtlich nicht unbedenkliche — Bescheinigung des Bundesministers für Wirtschaft oder der von ihm bestimmten Stelle darüber vorliegt, daß die Maßnahme volkswirtschaftlich besonders förderungswürdig und geeignet ist, die Wirtschaftsstruktur des Gebietes zu verbessern und Arbeitsplätze zu schaffen oder zu sichern⁵⁷). Die Bescheinigung ist im Benehmen mit den von der Landesregierung bestimmten Stellen zu erteilen. Im Rahmenplan wird nun ausdrücklich festgelegt, daß Gemeinschaftsaufgabemittel stets zusätzliche Hilfen sind, die erst bewilligt werden können, wenn alle anderen öffentlichen und privaten Finanzierungsmöglichkeiten voll aus-

⁵⁶) BGBl. 1969 I, S. 1211.

⁵⁷) § 1 Abs. 4. Verfassungsrechtlich ist das generelle Erfordernis einer Bescheinigung des zuständigen Bundesministers problematisch, obwohl die aus den Einnahmen der Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer gezahlten Zulagen (§ 3 Abs. 3 InvzulG) zur Auftragsverwaltung der Einkommens- und Körperschaftsteuer gerechnet werden (Art. 108 Abs. 3 GG). Durch die Regelung wird aber das Weisungsrecht des Art. 85 Abs. 3 zu einem allgemeinen Mitentscheidungsrecht ausgedehnt, das nicht wie die Weisung verwaltungsintern bleibt. (Vgl. zur Beschränkung des Weisungsrechts auf besondere Anlässe, v. Mangoldt-Klein, S. 2212 f.). Auch die Einordnung des Gesetzes als Steuergesetz ist nicht unproblematisch (dazu bejahend G. Söffing, Investitionszulagegesetz, in Handbuch der regionalen Wirtschaftsförderung, hrsg. von H. H. Eberstein, 1971, B II, S. 3 f.). Materiell handelt es sich um ein Gesetz, das nach Art. 104 a Abs. 3 S. 2 GG im Auftrage des Bundes ausgeführt wird.

genutzt worden sind. Insbesondere wird davon ausgegangen, daß die Investitionszulage beantragt wird⁵⁸⁾.

Hier erkennt man die praktische Bedeutung der getrennten Zuständigkeiten nach dem Investitionszulagengesetz und zur Durchführung des Rahmenplanes. Die bis zu 25 % betragenden Zuschüsse aus beiden Quellen müssen, um für den Investierenden interessant zu sein, kombiniert werden. Vor der endgültigen Auswahl des Standorts müssen daher beide Entscheidungen vorliegen. Sie werden bei kleineren Objekten meist von den Regierungspräsidenten auf Landesseite und von dem Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft auf der Seite des Bundes getroffen. Bei einer Investitionssumme von mehr als 10 Millionen sind Landesminister und Bundesminister unmittelbar zuständig⁵⁹⁾. Da der Antrag auf die Investitionszulagebescheinigung mit der Stellungnahme der Landesbehörde, die für die Bewilligung der Gemeinschaftsaufgabemittel zuständig ist, versehen wird, hat die Bundesbehörde praktisch das letzte entscheidende Wort, das sich damit auch auf die Ausführung des Rahmenplanes der Gemeinschaftsaufgabe erstreckt⁶⁰⁾. Man versteht, wie sich der Eindruck bilden kann, im Bereich der Wirtschaftsförderung sei das „Ja“ eines Referenten im Bundesministerium für Wirtschaft und Finanzen heute wichtiger als die Zusage eines Landeswirtschaftsministers, und warum Bayern dem Vernehmen nach eigene Kredite unter der ausdrücklichen Bedingung vergibt, daß kein Antrag auf Investitionszulage gestellt wird. Die Vereinbarkeit dieser Parallelzuständigkeit mit dem Sinn der Regelung über die Gemeinschaftsaufgabe sollten Bund und Länder einer genauen Prüfung unterziehen.

9. Die Koppelung mit der Investitionszulage ist nicht die einzige Einflußmöglichkeit des Bundes bei der Planausführung. Im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe können zusätzlich unter im einzelnen festgelegten Voraussetzungen Ausfallbürgschaften von den Ländern gewährt werden, für die der Bund mit einer selbständigen Erklärung dem Land gegenüber in Höhe von 50 % die Garantie übernimmt⁶¹⁾. Zwar können die Bürgschaften von den Ländern ohne vorherige Information des Bundes übernommen werden, aber es kann naheliegen, bei großen

⁵⁸⁾ A. a. O., Teil III, 1, S. 94.

⁵⁹⁾ Söffing, a. a. O. (Anm. 57), S. 35 f.

⁶⁰⁾ Vgl. die vom Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen herausgegebene „Anleitung für die Durchführung des Verfahrens bei Anträgen auf Investitionszulage-Bescheinigungen sowie auf Gewährung von Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe“ vom 17. 5. 1972 (76-2223) — W/I C 1 — 700392/061106 —, S. 7.

⁶¹⁾ Rahmenplan, Teil III, 2, S. 95.

Objekten eine Unbedenklichkeitserklärung des Bundes vor der endgültigen Entscheidung in Zusammenhang mit den anderen Förderungen einzuholen.

Schließlich ergibt sich eine Einflußmöglichkeit des Bundes auf die Planausführung aus seinem gesetzlich festgelegten Kontrollrecht über die Verwendung der Mittel, das die Konsequenz der Rückerstattungspflicht bei Fehlverwendung ist⁶²⁾. Um Streit über die richtige Verwendung zu vermeiden, kann das Land daran interessiert sein, vor Eingang der ersten Vorauszahlung von Seiten des Bundes Klarheit über die Förderungswürdigkeit der Maßnahme zu erhalten. Da die laufenden Zuteilungen von Bundesmitteln als Voraus- und Abschlagszahlungen erfolgen, kann eine etwaige Zurückforderung von einem Land in der Praxis leicht zur Aufrechnung der Beträge mit weiteren fällig werdenden Zahlungen führen. Damit hätte der Bund eine wichtige Möglichkeit der vorläufigen Durchsetzung seiner Auffassung über die Vereinbarkeit von Verwendungen mit dem Rahmenplan. Das entspricht dem Charakter der Gemeinschaftsaufgaben nicht. Interessanterweise enthalten die neueren Gesetze zu Art. 104 a Abs. 4 Regelungen, die eine solche Praxis ausschließen, indem nur ein einfacher Verwendungsnachweis jährlich zu erbringen ist⁶³⁾. Eine entsprechende Regelung sollte auch für die Gemeinschaftsaufgaben eingeführt werden⁶⁴⁾. Bevor der Bund irgendwelche Forderungen auf Rückerstattung stellt, ist es jedenfalls notwendig, Zweifel bei der Ausführung des Rahmenplanes im Bund-Länder-Ausschuß zu erörtern. Die Anwen-

⁶²⁾ § 11 Abs. 2 Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“, ebenso § 11 Abs. 2 des Gesetzes über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“, etwas abweichend aber sinngemäß entsprechend § 12 Abs. 3 Hochschulbauförderungsgesetz.

⁶³⁾ § 9 Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz, §§ 24, 25 Krankenhausfinanzierungsgesetz. Dazu aus der Entstehungsgeschichte BT-Drs. VI/1117 Nr. 7 S. 16, und Zu § 9, S. 11 (Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz).

⁶⁴⁾ Wie stark sich die Einschaltung des Bundes bis in die Abrechnung der Einzelvorhaben auswirkt, ist an einer offenbar einvernehmlich vorgenommenen Zuständigkeitsübertragung von den Ländern auf den Bund zu erkennen. In dem Rundschreiben des Bundesministers für Wirtschaft und Finanzen vom 22. 2. 1972 — W/IC/70 03 92 — heißt es zur Abrechnung unter Bezugnahme auf eine Unterausschußsitzung des Bund-Länder-Ausschusses: „8. Die in § 10 Abs. 1 GA-Gesetz vorgeschriebene (End-)Abrechnung der einzelnen Vorhaben wird im Falle der laufenden Erfassung der Angaben in der GA-Statistik statt von den Ländern vom Bundesamt vorgenommen; die Länder unterrichten das Bundesamt bei der jeweils letzten Zahlung über den Abschluß des einzelnen Vorhabens.“

dung von § 44 Bundeshaushaltsordnung mit seinen besonderen Kontrollrechten scheidet sowohl bei Art. 91 a als bei 104 a Abs. 4 aus⁶⁵).

Auf eine Bundesaufsicht über die Ausführung des Rahmenplanes konnte unter diesen Umständen um so mehr verzichtet werden, als Aufsichtsmaßnahmen förmlicher Art, wie die Erfahrung zeigt, ohnehin nicht mehr in das bundesstaatliche Verhältnis unter dem Grundgesetz passen⁶⁶).

Dem Bund stehen jedenfalls vielgestaltige Einflußmöglichkeiten auf die Ausführung des Rahmenplanes zu, die denn auch zum Vorwurf der unrationellen Mischverwaltung geführt haben⁶⁷). Darauf ist später noch einzugehen⁶⁸).

V. Landesaktivitäten außerhalb des Rahmenplanes

10. Von großer Bedeutung für den Charakter der Gemeinschaftsaufgaben und ihre Folgen für das bundesstaatliche Sy-

⁶⁵) Das folgt daraus, daß hier eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung des Bundes an Landesaufgaben vorhanden ist, die durch die in Art. 91 a und 104 a Abs. 4 vorgesehenen Gesetze ausgestaltet wird. Neben den Verfassungsnormen und diesen Gesetzen können keine anderen Bundesgesetze (noch dazu ohne Zustimmung des Bundesrates) die Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder im Zusammenhang dieser Aufgaben verändern. Zutreffend daher die Auffassung des Bundesrates bei der Beratung des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes, BT-Drs. VI/1117 Nr. 7, S. 16, anders die Bundesregierung, a. a. O., Zu § 9, S. 11. Bei der Beratung der Ausführungsgesetze zu Art. 91 a bestand eine nicht ausgetragene Divergenz der Auffassungen zwischen Bund und Ländern über die Anwendbarkeit der Vorschriften des Bundeshaushaltsrechts gegenüber den Ländern im Rahmen der Gemeinschaftsaufgaben; vgl. BT-Drs. V/4092, S. 17, Zu 10. (Gegenäußerung der Bundesregierung zu Änderungsvorschlägen des Bundesrates).

⁶⁶) Ursprünglich sollte eine derartige Aufsicht geschaffen werden. Siehe den Vorschlag für einen Art. 85 a in dem Gutachten für die Finanzreform, Tz. 139. Art. 85 a Abs. 3 sollte lauten: „Die Bundesregierung übt die Aufsicht darüber aus, daß die Bundesgesetze, Pläne und Richtlinien eingehalten werden. Sie kann zu diesem Zweck Bericht verlangen. Art. 84 Abs. 4 gilt entsprechend“. Es ist interessant festzustellen, daß auch in den USA bei der Durchführung der Bundeshilfsprogramme die hier vorhandenen „Aufsichtsmöglichkeiten“ gegenüber nichtoffiziellen Einwirkungsformen zurücktreten, E. W. Weidner, Decision-Making in a Federal System, in: *Federalism Mature and Emergent*, hgg. von A. W. MacMahon, 1962, S. 363, 378 f.

⁶⁷) Entschließung der Länderkommission Verfassungsreform vom 4. 2. 1972, II 1. Für Abschaffung aus diesen Gründen auch die Konferenz der CDU/CSU Fraktionsvorsitzenden in Kiel im Juni 1972, FAZ 3. 6. 1972.

⁶⁸) Vgl. unten S. 43 f.

stem ist die Wirkung der Rahmenplanung auf Landesaktivitäten außerhalb des Planes. Die Frage ist überwiegend unter dem Stichwort der „Sperrwirkung“ der Gemeinschaftsaufgabe diskutiert worden⁶⁹⁾. Sie ist noch nicht damit beantwortet, daß Art. 91 a eine Mitwirkung des Bundes bei der Erfüllung der Landesaufgaben nur unter den dort genannten Voraussetzungen ermöglicht, woraus zunächst geschlossen werden muß, daß die Zuständigkeit der Länder bei Fehlen dieser Voraussetzungen in keiner Weise berührt wird⁷⁰⁾. Auch folgt aus Art. 91 a Abs. 3, daß die Verweigerung der Zustimmung eines Landes zu der Aufnahme eines Vorhabens in die Rahmenplanung dem Land die völlige Freiheit der alleinverantwortlichen Planung und Durchführung läßt⁷¹⁾. Beides kann wohl nicht ernstlich zweifelhaft sein, geht aber an der Problematik vorbei. Weder ist das Abseitsbleiben eines Landes eine wirklich vorhandene Alternative noch werden sich Schwierigkeiten ergeben, wenn die

⁶⁹⁾ Vgl. dazu Maunz bei Maunz-Dürig-Herzog Art. 91 a Randnr. 23—26, sowie die unterschiedlichen Stellungnahmen von R. Goroncy, Der Mitwirkungsbereich des Bundes bei den Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a und 91 b des Grundgesetzes, DÖV 1970, S. 109, besonders S. 111 f., und B. Tiemann, Gemeinschaftsaufgaben und bundesstaatliche Kompetenzordnung, DÖV 1970, S. 725 ff., sowie dieselben DÖV 1971, S. 85—87.

⁷⁰⁾ Ebenso F. Klein, a. a. O., S. 294, 296. Allerdings ist die Erforderlichkeit nicht für jede Einzelmaßnahme, sondern für die Inangriffnahme bestimmter Aktionen in dem jeweiligen Sektor zu prüfen. So richtig Goroncy, a. a. O., DÖV 1970, S. 111; unklar Tiemann, a. a. O., DÖV 1970, S. 726, der die Voraussetzungen zunächst zutreffend auf „jeden konkreten Teilbereich“ bezieht, dann aber daraus ableitet, daß ein bestimmtes Vorhaben nur gemeinsam geplant und finanziert werden dürfte, wenn es als solches für die Gesamtheit bedeutsam sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Es kommt darauf an, ob der Teilbereich bedeutsam ist, das genügt für die ihm zuzuordnenden Maßnahmen.

⁷¹⁾ G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 287 ff.; F. Klein, a. a. O., S. 296 f.; B. Tiemann, DÖV 1970, S. 727, und DÖV 1971, S. 86 f.; anders Goroncy, DÖV 1970, S. 111. Die Vorstellung, das seine nach Art. 91 a Abs. 3 erforderliche Zustimmung verweigernde Land sei seinerseits daran gehindert, auf den weiten Gebieten der Gemeinschaftsaufgaben tätig zu werden, ist schwer verständlich. Alle drei Gemeinschaftsaufgaben bezeichnen Sachbereiche, auf denen ein Nichthandeln des modernen Verwaltungsstaates undenkbar ist. Die Möglichkeit, daß ein Land seine Zustimmung verweigert, ist praktisch gering, erscheint aber verfassungsrechtlich als Ausdruck der primären Landeszuständigkeit folgerichtig. Allein dadurch wird die Unbestimmtheit der Voraussetzungen in Art. 91 a Abs. 1 und den Umschreibungen der Aufgabenbereiche für jedes Land einzeln erträglich: es weiß, daß es seine divergierende Auffassung über das, was „Verbesserung“ ist, notfalls in seinem Gebiet durchsetzen kann.

fraglichen Landesmaßnahmen solche Bereiche betreffen, für die die Voraussetzungen des Art. 91 a eindeutig fehlen.

Wie ist es aber, wenn parallele Landesmaßnahmen die Wirkungen der Rahmenplanung relativieren oder sogar durchkreuzen? Das sei an zwei Beispielen erläutert. Im Rahmenplan für die regionale Wirtschaftsstruktur heißt es, die Förderungsmittel des Bundes und der Länder würden gemeinsam projektiert und die Planung sichere ein einheitliches Präferenzsystem in den Fördergebieten⁷²⁾. Zu diesem Präferenzsystem gehört es etwa, daß Industrieansiedlungen grundsätzlich nur in sogenannten Schwerpunkttorten gefördert werden⁷³⁾. Wenn ein Land nun nach einem eigenen Förderungsprogramm entsprechende Zuschüsse auch außerhalb der Schwerpunkttorte zur Verfügung stellt, so kann die gewünschte Folge der Rahmenplanung, nämlich die Konzentration des privaten Kapitals an besonders günstiger Stelle, vereitelt werden. Bayern betreibt eine gezielte Mittelstandsförderung und hält aus diesem Grunde, wie der Wirtschaftsminister im Landtag dargelegt hat, das Schwerpunktsystem der Gemeinschaftsaufgabe für zu starr⁷⁴⁾. Ob durch diese Förderung im Einzelfall das Ziel des Rahmenplanes durchkreuzt worden ist, dürfte freilich nur schwer feststellbar sein.

Anders liegt es in dem zweiten Beispielsfall. Für die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ ist dem Vernehmen nach auch deswegen noch kein Rahmenplan verabschiedet worden, weil eine Einigung über das Verhältnis des Planes zu regionalen Förderungsprogrammen, die das Bundesministerium für Landwirtschaft und Forsten abstrakt herbeiführen wollte, nicht erreicht werden konnte. Der baden-württembergische Landwirtschaftsminister hat aber auf eine Anfrage im Landtag schon eindeutig erklärt, daß Baden-Württemberg seine Sonderprogramme für Schwarzwald und Alb weiterführen könne und müsse, weil die Aktionen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe keinesfalls ausreichten⁷⁵⁾. Anders als bei dem ersten Beispiel werden hier nicht Wirkungen des Rahmenplanes durch das Landesprogramm durchkreuzt, sondern im Lande kann auch da geholfen werden,

⁷²⁾ A. a. O., Teil I, 2, S. 7.

⁷³⁾ A. a. O., Teil III, besonders 2, f, S. 94 ff., 96.

⁷⁴⁾ Vgl. dazu die Beantwortung einer Interpellation im Bayerischen Landtag durch den Staatsminister für Wirtschaft und Verkehr, Bayerischer LT 7. Wahlperiode Stenogr. Ber. 7/46, 13. 7. 1972, S. 2444 ff., 2448 ff. mit Anhang.

⁷⁵⁾ Landtag von Baden-Württemberg 5. Wahlperiode, 107. Sitzung am 21. 5. 1971, S. 6285 ff., 6286.

wo die Gemeinschaftsaufgabemittel nicht eingesetzt werden könnten⁷⁶⁾). Ein ähnliches Problem stellt sich im Rahmen des Städtebauförderungsgesetzes, das, obwohl nicht nach Art. 91 a, sondern nach Art. 104 a Abs. 4 ergangen, hier erwähnt werden kann. Die reichen Länder werden neben dem gemäß § 72 aufzustellenden Bundesprogramm fördern. Nordrhein-Westfalen hat für die ersten Anmeldungen von Sanierungsmitteln des Bundes bereits festgelegt, daß nur solche Projekte aufzuführen seien, die nicht durch Landesmittel unterstützt werden⁷⁷⁾).

11. Die Beispiele zeigen, daß die Vereinbarkeit von parallel laufenden Förderungsmaßnahmen mit dem Rahmenplan einer differenzierten Prüfung bedarf. Es muß in jedem Fall eine Pflicht des Landes angenommen werden, im Bund-Länder-Ausschuß bei der Erarbeitung der Rahmenplanung auf seine eigenen Förderungsprogramme und -pläne hinzuweisen, damit die Vereinbarkeit dort erörtert werden kann. Das erscheint auch deswegen wichtig, weil die unterschiedlichen Kapazitäten der Länder bei der Festlegung des Verteilungsschlüssels für die verfügbaren Bundesmittel bedeutsam sein können. Im übrigen ist eine generelle Aussage über das Problem der Vereinbarkeit nicht möglich. Jedenfalls verletzen die Länder Verfassungspflichten, wenn sie es ablehnen, auf die mit der Rahmenplanung festgelegte Zielsetzung bei ihrem Verhalten Rücksicht zu nehmen.

VI Art. 104 a Abs. 4 GG im System der Gemeinschaftsaufgaben

12. Daß die Einflußnahme über Dotationen und mit ihnen verknüpfte Bedingungen zu den wirksamsten Mitteln der Veränderung des bundesstaatlichen Gefüges gehört, ist bekannt⁷⁸⁾). Zwar halten die USA einen einsamen Rekord, wo der Supreme Court sich nicht gescheut hat, die Festlegung der Grenzen politischer Betätigung von Landesbeamten für rechtmäßig zu erklären, die in den Bedingungen von Bundessubventionen enthalten waren⁷⁹⁾). Aber die Durchsetzung politischer Prioritäten

⁷⁶⁾ Das hielt auch die Regierungsbegründung zu Art. 91 a für zulässig, BT-Drs. V/2861, Nr. 275, S. 50: „Aber auch im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben können die Länder außerhalb der gemeinsamen Pläne noch nach eigenem Befinden Aufgaben wahrnehmen“.

⁷⁷⁾ Runderlaß des Innenministers vom 23. 11. 1971, MBl. NW 1971, S. 2133 f.; das Landesprogramm findet sich im Runderlaß des Innenministers vom 23. 3. 1971, MBl. NW 1971, S. 629 ff.

⁷⁸⁾ Es wird plastisch vom „goldenen Zügel“ gesprochen, J. Köble, in: Entwicklung der Aufgaben und Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden, 1971, S. 109.

⁷⁹⁾ Vgl. H. Ehringhaus, Der kooperative Föderalismus in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1971, S. 128; J. Frowein, Die politi-

durch die Förderung von Maßnahmen der Länder ist auch bei uns seit langem bekannt und eingehend gewürdigt worden⁸⁰⁾. Die verfassungsrechtlich im Zwielficht wuchernde Praxis ist durch Art. 104 a Abs. 4 GG in klarere Bahnen gelenkt worden. Damit ist die gemeinschaftliche Finanzierung bestimmter wichtiger Aufgaben anerkannt, auf die der Bund einen gewissen Einfluß ausüben kann. Im weiteren Sinn können diese Landesaufgaben den Gemeinschaftsaufgaben zugerechnet werden⁸¹⁾.

Der erste Eindruck bei Lektüre der für derartige Finanzhilfen festgelegten Voraussetzungen rückt die Maßnahmen in den Bereich der Konjunktur- und Wirtschaftspolitik⁸²⁾. Die bisherige Praxis, die mit Zustimmung des Bundesrates auch die Krankenhausfinanzierung auf dieser Grundlage umfassend mit Bundeshilfen versehen hat, zeigt jedoch, daß alle wichtigen Infrastrukturmaßnahmen hierunter gefaßt werden können⁸³⁾. Sie werden in der Tat wohl immer zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sein; mindestens ist der Beurteilungsspielraum, den diese Begriffe enthalten, weit genug, um einen Gegenbeweis praktisch unmöglich zu machen. Der eingehende Versuch von Vogel und Kirchhof, die Begriffe zu präzisieren, belegt nur das hier Gesagte und stellt den Rich-

sche Betätigung des Beamten, Recht und Staat 341/342, 1967, S. 36; in der Weimarer Zeit hat es allerdings im Rahmen der Gewährung von Zuschüssen des Reiches für die Polizei eine entsprechende Vereinbarung zwischen Reich und Ländern gegeben, E. Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 157 mit Nachweisen.

⁸⁰⁾ Vor allem A. Köttgen, Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, res publica 14, 1965; vgl. auch G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 34 ff.

⁸¹⁾ Ebenso F. Klein, a. a. O., S. 292.

⁸²⁾ So auch J. Seeger, Finanzierung von Länderaufgaben durch den Bund, DÖV 1968, S. 781, 785. Vgl. Vogel/Kirchhof, Bonner Kommentar Art. 104 a Randnr. 113.

⁸³⁾ Vgl. dazu den Berichterstatter im Bundesrat: „Ob der Bund den Ländern auch Finanzhilfen für den Krankenhausbau unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums gewähren kann, erscheint zweifelhaft, weil bei einer so weiten Auslegung die Investitionsmöglichkeiten für eine mittelbare Förderung der Wirtschaft schwer einzugrenzen wären. Wollte man auch eine mittelbare Förderung des Wirtschaftswachstums einbeziehen, so ließen sich schließlich auch Investitionen auf den Sektoren der Berufsbildung, des Schulbaues oder der Erholung als dem Wirtschaftswachstum dienend vertreten.“ Bundesrat 361. Sitzung 29. 1. 1971, S. 3 D. Wie hier auch F. Klein, a. a. O., S. 306, und G. Kisker, a. a. O. (Anm. 80), S. 283 f.

ter vor die Alternative, eine eigene Wirtschaftspolitik zu formulieren oder das Gesetz zu akzeptieren⁸⁴).

In unserem Zusammenhang wesentlich sind die Einwirkungsmöglichkeiten, die dem Bund in Zusammenhang mit Dotationen nach Art. 104 a Abs. 4 gewährt werden können. Die ergangenen Gesetze sehen sehr unterschiedliche Formen des Bundeseinflusses vor⁸⁵). Am weitesten geht das Städtebauförderungsgesetz, nach dessen § 72 Abs. 3 ein Bundesprogramm für den Einsatz der Finanzhilfen des Bundes aufgestellt wird, wonach die Mittel den Ländern zugeteilt werden. Die Aufstellung erfolgt zwar auf Grund einer Beratung über die von den Ländern vorgelegten Programme, aber doch ohne deren entscheidende Mitwirkung. Damit hat der Bund eine starke Einflußmöglichkeit auf die von ihm zu fördernden Projekte, die nach räumlichen oder sachlichen Schwerpunkten gemäß der Bedeutung der Investitionen für die wirtschaftliche und städtebauliche Entwicklung im Bundesgebiet auszuwählen sind⁸⁶). Bayern hat das abstrakte Normenkontrollverfahren für diese Vorschriften eingeleitet⁸⁷).

Beim Krankenhausfinanzierungsgesetz hat der Bundesrat gegen eine dem Städtebauförderungsgesetz entsprechende Regelung verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, und sich durchgesetzt. Allerdings war dort noch weitergehend die Aufstellung eines Gesamtkrankenhausprogramms durch den Bund vorgesehen. Jetzt werden nur die Landesprogramme abgestimmt und die Bundeshilfen werden den Ländern ganz überwiegend nach ihrer Einwohnerzahl zugewiesen. Damit ist eine Einflußmöglichkeit des Bundes auf die Landeskrankenhausplanung über die Steuerung der Mittel praktisch ausgeschaltet⁸⁸). Die Abstimmung der Planung erfolgt allein durch den Ausschuß für Fra-

⁸⁴) *Vogel/Kirchhof*, a. a. O., Randnr. 113 ff.

⁸⁵) Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (BGBl. 1971 I S. 239), Städtebauförderungsgesetz (BGBl. 1971 I S. 1125), Krankenhausfinanzierungsgesetz (BGBl. 1972 I S. 1009).

⁸⁶) § 71 Abs. 3. Vgl. dazu die eingehende Diskussion im Bundesrat, in der sich die Bundesregierung förmlich verpflichtet hat, von ihrer Programmkompetenz in § 72 einen sehr zurückhaltenden Gebrauch zu machen. Der Bundesminister wird danach von der Rangfolge der Landesprogramme ausgehen und Abweichungen mit den Ländern erörtern. Bundesrat 369. Sitzung 9. 7. 1971, S. 176 A, B.

⁸⁷) Das hatte Bayern schon im Bundesrat angekündigt, 370. Sitzung 23. 7. 1971, S. 233 B; Antrag vom 26. 1. 1972 — BvF 1/72, zitiert bei J. Köble, Ist das Institut der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a, 91 b und 104 a Abs. 4 GG reformbedürftig?, DVBl. 1972, S. 702 Anm. 14.

⁸⁸) § 23 Abs. 1 und 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes.

gen der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser, der aber keine Beschlußkompetenzen hat. Hier begegnen wir einer gleichgeordneten Kooperation zwischen Bund und Ländern, die den Einfluß des Bundes bei der Mittelvergabe zurückdrängt. Das Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz liegt zwischen den erwähnten Beispielen und begründet u. a. eine Planungskompetenz des Bundesministers für Verkehr, die den gesamten schienengebundenen Nahverkehr umfaßt⁸⁹⁾.

13. Indem Art. 104 a Abs. 4 vorschreibt, daß das Gesetz oder die Verwaltungsvereinbarung die Arten der zu fördernden Investitionen regelt, legt es eine Möglichkeit der Einflußnahme des Bundes bereits fest. Darüber hinaus können nur Auflagen oder Bedingungen als zulässig angesehen werden, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der Investition stehen⁹⁰⁾. Auch im Rahmen von Art. 104 a gilt das oben betonte Verbot eines Sonderbundes. Der Bund darf nicht die Finanzierung davon abhängig machen, daß eine Länderminderheit seine politischen Vorstellungen hinsichtlich der Ausgestaltung von Einrichtungen übernimmt, für die er Investitionshilfen gewährt⁹¹⁾. Aus denselben Gründen dürfen Verwaltungsvereinbarungen über die Finanzierung mit einzelnen Ländern nur dann abgeschlossen werden, wenn sachliche Gründe für den Ausschluß der anderen sprechen⁹²⁾.

Daß Art. 104 a Abs. 4 die Einrichtung gemeinsamer Planungsgremien verbiete, die die Vergabe der Mittel vorbereiten, kann nicht angenommen werden⁹³⁾. Zur Feststellung der Voraussetzungen für die Förderung liegt es nahe, solchen Gremien Zuständigkeiten zuzuweisen. Die Alternative ist die alleinige Bundesentscheidung, die ebenfalls nicht unzulässig ist, nachdem die Gewährung von Finanzhilfen durch den Bund nunmehr den verfassungsrechtlichen Segen erhalten hat⁹⁴⁾. Wesentlich ist jedoch, daß der Bund nie Einzelmaßnahmen sondern nur Investitionen auf bestimmten Gebieten bezuschussen kann. Hierin liegt die wichtigste Begrenzung des Art. 104 a Abs. 4, die

⁸⁹⁾ § 6 im Zusammenhang mit § 2 des Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetzes.

⁹⁰⁾ Ebenso *Vogel/Kirchhof*, a. a. O., Art. 104 a Randnr. 150.

⁹¹⁾ Ebenso *Vogel/Kirchhof*, a. a. O.; vgl. auch oben S. 20 ff.

⁹²⁾ *F. Klein*, a. a. O., S. 307, führt aus, Verwaltungsvereinbarungen dieser Art könnten nur mit allen Ländern abgeschlossen werden.

⁹³⁾ Vgl. BT-Drs. VI/510 S. 67 f. zu § 56: Art. 104 a Abs. 4 biete keine Grundlage für eine gemeinsame Rahmenplanung.

⁹⁴⁾ Voraussetzung ist jedoch ein Gesetz oder eine Verwaltungsvereinbarung als Grundlage.

aus der Bezugnahme auf den wirtschaftlichen Effekt in der Vorschrift folgt⁹⁵⁾.

VII. Gemeinschaftsaufgaben, Art. 79 Abs. 3 GG und die Alternativen

14. Die verfassungsrechtliche Anerkennung der Gemeinschaftsaufgaben hat eine bedeutsame Änderung des bundesstaatlichen Systems offenbar gemacht, die sich freilich in der

⁹⁵⁾ Von daher muß § 72 Städtebauförderungsgesetz verfassungskonform interpretiert werden. So auch die Regierungsbegründung zum Finanzreformgesetz, BT-Drs. V/2861/Tz. 294 — 297, S. 51 f. — Art. 104 a Abs. 4 muß freilich in Zusammenhang mit der geplanten Verwaltungsvereinbarung über die Finanzierung öffentlicher Aufgaben von Bund und Ländern, dem sogenannten Flurbereinigungsabkommen, gesehen werden. Nach dem Entwurf vom 7. 6. 1971 soll dessen § 1 lauten:

§ 1

(1) Die Bundesregierung und die Regierungen der Länder stimmen überein, daß der Bund Aufgaben in folgenden Bereichen finanzieren kann:

1. Wahrnehmung der Befugnisse und Verpflichtungen, die im bundesstaatlichen Gesamtverband ihrem Wesen nach dem Bund eigentümlich sind (gesamtstaatliche Repräsentation);
2. Förderung von bundeswichtigen Auslandsbeziehungen, insbesondere zu nichtstaatlichen internationalen und ausländischen Organisationen und Einrichtungen (Auslandsbeziehungen);
3. Förderung der Beziehungen im geteilten Deutschland und von Maßnahmen, die erforderlich sind, um den Auswirkungen der Teilung Deutschlands zu begegnen;
4. Vorhaben der wissenschaftlichen Großforschung vornehmlich im Bereich der Kern-, Weltraum-, Luftfahrt- und Meeresforschung sowie auf dem Gebiet der Datenverarbeitung. Zur Großforschung gehören Vorhaben, die wegen ihrer besonderen wissenschaftlichen Bedeutung und ihres außerordentlichen finanziellen Aufwands sinnvollerweise nur vom Gesamtstaat gefördert werden können (Großforschung);
5. Maßnahmen der Wirtschaftsförderung, die sich auf das Wirtschaftsgebiet des Bundes als Ganzes beziehen und ihrer Art nach nicht durch ein Land allein wirksam wahrgenommen werden können;
6. Förderung zentraler Einrichtungen und Veranstaltungen nichtstaatlicher Organisationen im Bereich der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, die für das Bundesgebiet als Ganzes von Bedeutung sind und deren Bestrebungen ihrer Art nach nicht durch ein Land allein wirksam gefördert werden können (nichtstaatliche zentrale Organisationen).

(2) Unberührt bleibt die Befugnis des Bundes, Maßnahmen zu finanzieren, die zur sachgemäßen Erfüllung von Aufgaben der Bundesbehörden notwendig sind (ressortzugehörige Funktionen).

Ohne daß die Problematik dieser Regelung hier erörtert werden könnte, ist darauf hinzuweisen, daß danach nicht der Bund Landesaufgaben bezuschußt, sondern Bund und Länder sich auf die Abgrenzung ihrer Finanzierungszuständigkeit einigen.

Praxis längst angebahnt hatte⁹⁶). Ihre Würdigung muß die Wirkung auf das Gesamtsystem einschließlich etwaiger Alternativen abwägen⁹⁷). Dabei wird es von wesentlicher Bedeutung sein, diese Würdigung weniger an abstrakten Kriterien bundesstaatlicher Konstruktion, als an den verfassungsrechtlich abgestützten Merkmalen der Bundesstaatlichkeit nach dem Grundgesetz vorzunehmen⁹⁸).

Die gern geäußerte Vermutung, daß mit den Gemeinschaftsaufgaben nur eine weitere Verlagerung von Kompetenzen auf den Bund stattgefunden habe, bedarf der Überprüfung⁹⁹). Gewiß hat der Bund Einfluß erhalten, wo er ihn bisher in der Weise nicht hatte. Er ist aber nicht in der Lage, allein zu entscheiden, es bedarf eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern. Die Herbeiführung von Entscheidungen im Zusammenwirken von Bund und Ländern ist qualitativ von der Wahrnehmung von Zuständigkeiten allein durch den Bund deutlich zu unterscheiden und entspricht, wie das Bundesverfassungsgericht, ohne recht gehört zu werden, schon im ersten Band ausgeführt hat, in besonderem Maße der föderalistischen Struktur¹⁰⁰).

Die Vorteile und die Eigenart einer Kooperation im Bundesstaat setzen voraus, daß der Bund nicht in der Lage ist, den Landeswillen zu determinieren. Eine solche Determinierung ist heute vor allem über das Medium der Partei möglich. Hier liegen die Gefahren der einfachen Mehrheit der Länder für die Beschlußfassung der Bund-Länder-Kommissionen, auf die hingewiesen wurde¹⁰¹). Eine Gleichschaltung der Länder über die Gemeinschaftsaufgaben würde das bundesstaatliche System gefährden und die Institution der Gemeinschaftsaufgaben denaturieren.

Damit ist die Frage nach dem Verhältnis der Entwicklung zu Art. 79 Abs. 3 GG gestellt. Von einer Gliederung des Bundes in Länder und von der grundsätzlichen Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung des Bundes im Sinne des Grundgesetzes

⁹⁶) Zu dem damit eingeleiteten Wandel und seinen Folgen U. Scheuner, Kooperation und Konflikt, DÖV 1972, S. 585 ff.

⁹⁷) Dazu grundlegend K. Hesse, Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 141 ff.

⁹⁸) Vor allem dem Argument, auf einer „dritten Ebene“ angesiedelte Gremien gehörten nicht in das Bild des Bundesstaates nach dem GG, ist mit Vorsicht zu begegnen.

⁹⁹) Zu diesem Problem K. Hesse, a. a. O. (Anm. 97), S. 151 ff.

¹⁰⁰) BVerfGE 1, 299, 314 f. und passim.

¹⁰¹) Vgl. oben S. 21 f.

kann nur so lange die Rede sein, wie sich in diesen Ländern eine gewisse eigene politische Potenz verkörpert¹⁰²⁾. Es ist schwierig, hier die Grenze zu markieren. Das Bundesverfassungsgericht hat es jüngst als entscheidend bezeichnet, daß den Ländern ein Kern eigener Aufgaben als „Hausgut“ verbleibt, ohne freilich mehr als die freie Bestimmung über die Landesorganisation und die doch recht unbestimmte Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen hierfür angeben zu können¹⁰³⁾. Immerhin folgt aus dieser Garantie, daß die Gemeinschaftsaufgaben Ausnahme bleiben müssen und im Finanzvolumen nicht den Landeshaushalt entwerten dürfen¹⁰⁴⁾.

Abstrakt kann die Grenze dahin formuliert werden, daß die Gesamtheit der Landeskompetenzen genügend politische Schwerkraft entwickeln muß, um denjenigen, die über sie verfügen, ein politisches Eigengewicht zu geben, das sich auch innerparteilich durchsetzen kann. Die eigentliche Bedeutung des Föderalismus im Parteienbundesstaat kann, wie besonders Herr Hesse einprägsam hervorgehoben hat, ohne die durch ihn eintretende auflockernde und dezentralisierende Wirkung auf

¹⁰²⁾ J. Harbich, *Der Bundesstaat und seine Unantastbarkeit*, 1965, S. 119 ff.; G. Kisker, *Kooperation im Bundesstaat*, 1971, S. 300; M. Bullinger, *Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung*, DÖV 1970, S. 761 f.; K. Hesse, *Bundesstaatsreform und Grenzen der Verfassungsänderung*, vervielfältigtes Gutachten für das Bundeskanzleramt, 1972, vor allem S. 19. ff., 21 ff., jetzt AöR 98 (1973), S. 1, 14 ff.

¹⁰³⁾ BVerfG 26. 7. 1972 — 2 BvF 1/71 —, DÖV 1972, S. 676, 677.

¹⁰⁴⁾ Im ersten Halbjahr 1972 machten die Bundeszuweisungen und -zuschüsse an die Länder genau 20 % ihrer Steuereinnahmen aus. Sie betrugen 6,3 Milliarden DM, während die Steuereinnahmen 31,5 Milliarden DM erreichten (Bulletin der Bundesregierung 1972 Nr. 144, S. 1735). Die Zuweisungen für den Hochschulbau betrugen davon 0,7 Milliarden DM. Von den Gesamteinnahmen sind die Zuschüsse damit etwa 16 %. Naturgemäß sind die Zahlen für die reichen und armen Länder unterschiedlich. Dennoch kann daraus keine Entwertung des Landeshaushaltes abgeleitet werden. Auch das häufig gebrauchte Argument, daß die frei verfügbaren Spitzen des Landeshaushaltes immer weiter zurückgegangen seien, kann nicht gegen die Gemeinschaftsaufgaben verwendet werden, deren Durchführung von den Ländern mitgeplant wird. Wenn es richtig ist, daß die Länderhaushalte hier derartig eingeengt werden, bedürfen die Beteiligungsverhältnisse an den Gemeinschaftssteuern der Überprüfung (Art. 106 Abs. 3 GG). Es mag aber darauf hingewiesen werden, daß die Gesamteinnahmen der Länder im ersten Halbjahr 1972 um 16,9 %, die des Bundes nur um 7,1 % gestiegen sind, was vor allem an der Änderung des Verteilungsschlüssels für die Umsatzsteuer liegt, an der die Länder ab 1. 1. 1972 mit 35 % gegenüber früher 30 % beteiligt sind (Bulletin, a. a. O., S. 1734).

die Parteiorganisation nicht verstanden werden¹⁰⁵). Diese Wirkung ergibt sich mit einer gewissen Automatik, solange die Kompetenzbereiche von Bund und Ländern einigermaßen deutlich getrennt sind. Sie wird gefährdet, wenn Mehrheitsentscheidungen in Bund-Länder-Gremien möglich sind und Verfestigungen der Parteilinie beinahe erzwingen¹⁰⁶). Je schwächer das politische Eigengewicht der Mitglieder von Landesregierungen in ihren jeweiligen Parteien ist, desto stärker können sich die angedeuteten Tendenzen einer Mediatisierung des Bundesstaates über die Parteien bei den Gemeinschaftsaufgaben durchsetzen.

15. Diese Überlegungen zeigen, daß die Gemeinschaftsaufgaben zwar als solche mit dem grundgesetzlichen Bild des Bundesstaates vereinbar sind, daß sie aber eine politische Potenz der Länder voraussetzen, die sie nicht selbst schaffen können. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Gemeinschaftsaufgaben sogar je nach dem vorhandenen politischen Gewicht der Länder entweder verstärkend oder schwächend wirken können. Fragt man sich, wie die Situation des grundgesetzlichen Bundesstaates hier einzuschätzen ist, so trifft man vor allem auf Überlegungen nach dem Umfang der Landesgesetzgebungskompetenzen¹⁰⁷). Sie werden nach dem Übergang einer Reihe von Zuständigkeiten auf den Bund eher skeptisch beurteilt¹⁰⁸). Gewiß stellten die Zuständigkeiten zur Gesetzgebung in dem Bereich, der oft als die Kulturhoheit umschrieben wird, bis zur Verfassungsänderung von 1969 politisch mit die wichtigsten Gesetzgebungsrechte der Länder dar. Sie sind durch die Einfügung der Gemeinschaftsaufgaben und der Rahmenkompetenz für die Hochschulen beschränkt worden. Das bedeutet aber nicht, daß die Hochschulgesetzgebung insgesamt nicht mehr

¹⁰⁵) K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, S. 29 f.; derselbe, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 5. Aufl. 1972, S. 93; aus politologischer Sicht ebenso C. J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, 1968, S. 47—51; vor allem zur amerikanischen Situation D. B. Truman, *Federalism and the Party System*, in: *Federalism Mature and Emergent*, hergg. von A. W. MacMahon, 1962, S. 115 ff.; siehe auch W. Hempel, *Der demokratische Bundesstaat*, 1969, S. 219, und Ch. Aikin, *National Federalism: The Role of Change and Balance*, JöR N. F. 13 (1964), S. 117, 119 ff.; zur Praxis in der Bundesrepublik bis 1959 K. Neunreither, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, 1959.

¹⁰⁶) Vgl. oben S. 17 ff.

¹⁰⁷) Dazu M. Bullinger, *Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung*, DÖV 1970, S. 761 ff. und 797 ff.; vgl. auch K. Hesse, *Gutachten* (Anm. 102).

¹⁰⁸) M. Bullinger, a. a. O., S. 763 f. Allgemein dazu W. Thieme, *Föderalismus im Wandel*, Verwaltungswissenschaftliche Abhandlungen, hergg. von W. Thieme, 1969, S. 20 ff., 24 ff.

zu dem politischen Eigengewicht der Länder beitrüge. Das Gegenteil ist der Fall, wie gerade die gegenwärtigen Auseinandersetzungen über die richtige Hochschulverfassung in den Ländern der Bundesrepublik zeigen. Auch das Hochschulrahmengesetz wird hochschulpolitisch wichtige Entscheidungen den Ländern überlassen.

Vor allem aber muß vor einer allein auf die Gesetzgebungskompetenzen bezogenen Betrachtungsweise der Landeszuständigkeiten gewarnt werden. Es mag an einer deutschen Tradition liegen, daß der Gesetzgebung dieses Gewicht zugemessen wird. Für die Bestimmung der politischen Potenz der Bundesländer in der Epoche des Verwaltungsstaates ist diese Sicht allein unangemessen. Wo liegen die Kompetenzen, die heute das Gewicht der Bundesländer ausmachen? Es sind, kurz zusammengefaßt, die Organisations- und Personalhoheit, die die Verfügung über den Verwaltungsapparat mit der Entscheidungszuständigkeit über eine Fülle von wichtigen Stellen verbinden und die regionale Verwaltungsgliederung umfassen; die Möglichkeit, Standort und Modalitäten von für die Infrastruktur eines Landes entscheidenden Projekten zu bestimmen oder zu beeinflussen und gegebenenfalls das Projekt finanziell zu unterstützen, überhaupt gezielter zu subventionieren als der Bund es meist kann; schließlich, aber nicht von geringer Bedeutung, das Recht der letzten Entscheidung über eine Vielzahl von Dispensen oder Abweichungen von den im Gesetz, meist dem Bundesgesetz, vorgesehenen Regelungen. Es würde sich gewiß lohnen, anhand der Tagesordnungen der Landeskabinette hier einmal Inventur zu machen. Das politische Gewicht dieser Zuständigkeiten kann kaum überschätzt werden¹⁰⁹).

Man sage nicht, all das sei nur Verwaltung, die sich fernab von den demokratisch unmittelbar legitimierten Zentren der Parlamente abspiele und zur politischen Integration des Landes nichts beitrage. Die Tagesordnungen der deutschen Landtage beweisen das Gegenteil. Eine öffentliche und oft sehr politische Erörterung der Fragen findet hier statt, häufig vor der endgültigen Entscheidung. Diese Debatten widerlegen mindestens teilweise die gängige These von der Austrocknung der Land-

¹⁰⁹) Zu dem politischen Gewicht des administrativen Apparates der Länder auch *Thieme*, a. a. O. (Anm. 108), S. 149 f. Hilfreich in diesem Zusammenhang ist der „quantitative“ Begriff des Föderalismus, den *Aubert* eingeführt hat, *J. F. Aubert, Traité de Droit Constitutionnel Suisse*, Bd. 1, 1967, S. 200 ff. Siehe auch *H. Spanner*, Über Finanzreform und Bundesstaat, Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 375, 387 ff.

tage, ebenso wie einige der großen Reformdiskussionen zu Fragen des Bildungswesens in den Landesparlamenten¹¹⁰⁾.

Ist diese Analyse richtig, so haben die Länder das für die gemeinsame Wahrnehmung von Zuständigkeiten mit dem Bund nötige Eigengewicht, und von einer drohenden Überschreitung der Grenzen des Art. 79 Abs. 3 kann nicht die Rede sein¹¹¹⁾. Freilich muß die Situation bei der Einfügung weiterer Gemeinschaftsaufgaben jeweils genau geprüft werden. Die Bundesregierung hat zutreffend in ihrem Jugendbericht dargelegt, daß die Gemeinschaftsaufgaben kein Institut sind, das schlechthin bei finanziellen Engpässen als Lösung zur Verfügung stünde¹¹²⁾. Die Gesamtverantwortung von Bund und Ländern in wichtigen Sachfragen kann aber im Rahmen der grundgesetzlichen Regelung des Art. 91 a angemessen zum Ausdruck kommen, und ihr entspricht durchaus eine Kooperation bis zur Ebene der Entscheidung über große Einzelprojekte. Das Reizwort der Mischverwaltung sollte uns nicht hindern, die Vorteile einer Kooperation zweier unabhängiger Entscheidungsträger hier zu erkennen, in einer Zeit, in der sonst hierarchische Strukturen mehr und mehr denen der Koordination weichen müssen¹¹³⁾.

¹¹⁰⁾ Als Beispiel sei auf die Debatten um die Änderung der Regelungen über Konfessions- und Gemeinschaftsschulen im Landtag von Nordrhein-Westfalen 1968 hingewiesen, vgl. etwa LT NW 6. Wahlper. 31. Sitzung, 29. 2. 1968, Bd. 2, S. 1089 ff. Vgl. auch die interessante Diskussion, Haben die Länderparlamente eine Zukunft? Zeitschrift für Parlamentsfragen 2 (1971), S. 277, und die auf die laufende Kontrolle verweisende Stellungnahme des niedersächsischen Landtagspräsidenten Baumgarten, a. a. O., S. 292.

¹¹¹⁾ Eine bereits eingetretene Überschreitung der Grenzen wird, soweit ersichtlich, auch nirgendwo angenommen. Dazu G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 298 ff., 301; H. Soell, Sind die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a GG ein geeignetes Instrument zur Weiterentwicklung des föderativen Systems? Festschrift für Ernst Forsthoff, 1972, S. 397, S. 428 ff., meint, das Institut der Gemeinschaftsaufgabe befinde sich in der gefährlichen Nähe der durch Art. 79 Abs. 3 GG errichteten Sperre. Vgl. dazu auch die Erörterungen im Bundesrat bei der Schaffung der Gemeinschaftsaufgaben, die zu der Auffassung einer Vereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 führten, Bundesrat 322. Sitzung 5. 4. 1968, S. 46 ff. Der Vorschlag der Troeger-Kommission, eine Generalklausel für die Gemeinschaftsaufgaben festzulegen, wurde dagegen z. T. für verfassungswidrig gehalten, so von G. Konow, Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben, DÖV 1966, S. 368 ff.

¹¹²⁾ BT-Drs. VI/3170 Nr. 19, S. VI.

¹¹³⁾ Vgl. dazu Anm. 11 und W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDSt-RL 30 (1972), S. 245, 293 ff., 296. Sehr grundsätzlich zur Berücksichtigung einer breiten öffentlichen Meinung für gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch Bund und Länder schon A. Köttgen,

16. Dennoch soll hier auch ein Blick auf die angebotenen Alternativen geworfen werden. Die vom Bundestag eingesetzte Enquête-Kommission zur Verfassungsreform hat den Gedanken einer Verbundplanung von Bund und Ländern aufgegriffen und will diese offenbar anstelle der Gemeinschaftsaufgaben setzen¹¹⁴). Die Länderkommission Verfassungsreform hat sich ebenfalls für eine Ablösung der Gemeinschaftsaufgaben durch ein derartiges System ausgesprochen¹¹⁵).

Es kann hier nicht darum gehen, in die allgemeine Planungsdebatte einzutreten. Die Vorstellung aber, eine gemeinsame Rahmenplanung von Bund und Ländern könne einerseits den Föderalismus besser schützen, als die Regelung des Art. 91 a und andererseits zu einer effektiveren Wahrnehmung der Sachaufgaben führen, erscheint verwegen. Nach den Beschlüssen der Enquête-Kommission soll die gemeinsame Rahmenplanung eine Zusammenfügung der integrierten Aufgabenpläne des Bundes und der Länder in den Sachbereichen sein, die für die Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland „von Bedeutung sind“. Die Rahmenplanung soll die allgemeinen Ziele und die Rangfolge ihrer Verwirklichung auf der Grundlage der verfügbaren finanziellen, personellen und sächlichen Mittel bezeichnen. Sie soll nach ihrer Verabschiedung verbindliche Richtlinien für die weiteren Aufgabenplanungen des Bundes und der Länder und für deren Verwirklichung sein. Damit wird über die Planung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgaben weit hinausgegangen, und es ist schwer zu erkennen, wie die hier angenommene Verbindlichkeit sich zur Gesetzgebungs- und Haushaltshoheit der Parlamente verhalten soll, insbesondere nach Neuwahlen. In unserem Zusammenhang wichtiger ist jedoch die Frage, ob ein derartig umfassender Planungsansatz

Fondsverwaltung in der Bundesrepublik, res publica 14, 1965, S. 50 f. Aus der Sicht des Landespolitikers A. Kubel, Reformen der bundesstaatlichen Verfassungsordnung, Zeitschrift für Parlamentsfragen 1 (1969/70), S. 245, 248 f.

¹¹⁴) Bericht darüber bei W. Sandtner, Ein Jahr Enquête-Kommission Verfassungsreform, DVBl. 1972, S. 324, vor allem 327 f.; Protokoll Nr. 8 der Enquête-Kommission und Kommissionsdrucksache Zu 022. Die Kommission hat in ihrem Zwischenbericht die Ersetzung der Gemeinschaftsaufgaben durch die Verbundplanung vorgeschlagen, allerdings die Empfehlung ausdrücklich als vorläufig bezeichnet, BT-Drs. VI/3829, S. 45 f. Dazu E.-W. Böckenförde, Planung zwischen Regierung und Parlament, Der Staat 11 (1972) S. 429 ff., und F. Rietdorf, Die Gemeinschaftsausgaben — ein Schritt zur gemeinsamen Aufgabenplanung von Bund und Ländern? DÖV 1972, S. 513, 518 f. Kritisch zu der Vorstellung des Planungsverbundes B. Tiemann, Buchbesprechung, AöR 97 (1972), S. 451, 458.

¹¹⁵) EntschlieÙung vom 4. 2. 1972, II 1.

realisierbar ist. Daran zu zweifeln besteht gerade nach den jüngsten Erfahrungen aller Anlaß¹¹⁶⁾. Gesamtplanung unter Festsetzung von Prioritäten ist ein kontinuierlicher, von laufend wechselnden Faktoren beeinflusster Prozeß. Das verbietet aber ihre Festschreibung mit Bindungswirkung und Einpassung in das Bund-Länder-Gefüge¹¹⁷⁾. Die Vorstellung, eine Gesamtplanung von Bund und Ländern könne eine Alternative zu der Festlegung bestimmter Gebiete als Gemeinschaftsaufgaben im Sinne von Art. 91 a bieten, beruht danach wohl auf einer unzutreffenden Prämisse über die Möglichkeiten von Planung.

Als Alternative wird weiter die klare Aufteilung der Kompetenzen auf Bund und Länder vorgeschlagen mit einer entsprechenden Finanzausstattung beider Seiten¹¹⁸⁾. Die Befürworter dieser Lösung huldigen der Auffassung, daß nur die getrennte Wahrnehmung von Zuständigkeiten dem Bild des Bundesstaates entspreche. Die hier gemachten Ausführungen sollten zeigen, daß das ein Vorurteil ist, solange die Länder genügend politisches Gewicht haben, um eine gemeinsame Wahrnehmung von Zuständigkeiten wirksam beeinflussen zu können. Abgesehen davon zeigt die Erfahrung bundesstaatlicher Praxis, daß die größere Manövriermasse des Bundeshaushaltes eine Sogwirkung entfaltet, die ihm immer zusätzlichen Einfluß

¹¹⁶⁾ Die gemeinsame Finanzplanung ist bekanntlich durch die Konjunkturlage und die Nichtverabschiedung des Bundeshaushaltes 1972 in erhebliche Schwierigkeiten gekommen. Große Zweifel hinsichtlich der Realisierbarkeit dieser Vorschläge auch bei J. Köble, Ist das Institut der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a, 91 b und 104 a Abs. 4 GG reformbedürftig?, DVBl. 1972, S. 701, 711 f.

¹¹⁷⁾ Wenn man die komplizierten Fortschreibungs- und Anpassungsmechanismen eines Planes in dem stark zentralisierten Einheitsstaat Frankreich betrachtet, wird man zweifeln, ob eine Gesamtplanung im Bundesstaat möglich ist, ohne die Bewegungsfreiheit der Länder völlig einzuengen; vgl. Vle Plan de développement économique et social, Journal Officiel de la République Française 16. 7. 1971 Annexe, S. Pl. 126 f.; zu den mannigfachen Schwierigkeiten der Planung in den USA — ohne Berücksichtigung der bundesstaatlichen Probleme — eindrucksvoll Christoph Böckenförde, Der Staat 10 (1971), S. 289 ff.

¹¹⁸⁾ So vor allem O. Barbarino, Entfaltung der eigenen Angelegenheiten der Länder unter den Aspekten der Aufgabenbereiche und ihrer Finanzierung, in: Entwicklung der Aufgaben und Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden, 1971, S. 81 ff., und wesentlich dezidiierter in: Planung im Bund-Länder-Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsaufgaben, Anlage 1 zu Protokoll Nr. 5 der Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform; grundsätzlich ebenso G. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 304—306.

verschafft, was durch die bloße Mittelverteilung kaum korrigiert werden kann¹¹⁹). Es besteht bei dieser Lösung die große Gefahr, daß die Kompetenzverlagerungen noch mehr zur Einbahnstraße in Richtung des Bundes werden. Auch setzt die voll bedarfsgerechte Finanzverteilung die oben bezweifelte Planungsfähigkeit im Grunde voraus.

Es bleibt der Vorschlag des Abgeordneten Dichgans, eine Ländergemeinschaft zu institutionalisieren, die neben dem Bund zusammengefaßte Landeszuständigkeiten wahrnimmt¹²⁰). So bestechend der Gedanke erscheint, der dem Bund ein Gegengewicht gegenüberstellt, ohne die Vorteile einer einheitlichen Lösung für das ganze Bundesgebiet aufzugeben, so zweifelhaft werden die Folgen bei genauerer Überlegung. Die oben erörterten Gefahren einer Mediatisierung des bundesstaatlichen Systems über die der Bundesregierung politisch nahestehenden Landesregierungen würde sich bei dieser Lösung wohl potenzieren, denn es müßte das natürliche Ziel der auf Kooperation mit dieser Ländergesamtheit angewiesenen Bundesregierung sein, für eine Durchsetzung ihres politischen Standpunktes eine ständige Mehrheit zu erlangen. Auch sprechen die Erfahrungen dafür, daß eine direkte Einschaltung des Bundes in die Kooperation notwendig ist, wenn langfristige Aufgaben mit großen finanziellen Folgen bewältigt werden sollen¹²¹).

17. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst von einer Verantwortung für die kooperative Verwirklichung des Grundrechtsschutzes gesprochen, die daraus folge, daß der einheitlich geltende Grundrechtsschutz gegenüber der Gesetzgebung des Bundes wie der Länder gleichermaßen garantiert sei¹²²). Es hat sich bei dieser Formulierung in der Entscheidung zum Numerus clausus auf das Apothekenurteil bezogen, in dem es schon dargelegt hatte, daß der Gesetzgeber in Bund und Ländern sich als Einheit behandeln lassen müsse, wenn es um den Grundrechtsschutz des Staatsbürgers gehe¹²³). Was im Apothekenurteil allein zur Umschreibung und Sicherung des status negativus diene, wird im Numerus clausus-Fall zu einer Verfassungspflicht der Kooperation um die Teilnahme aller an einem Recht

¹¹⁹) Das gilt für alle industriell entwickelten Bundesstaaten. Vgl. auch J. Köble, *Föderalismus im Wandel*, DÖV 1972, S. 122 f. W. Patzig, AöR 92 (1967), S. 342 ff.

¹²⁰) H. Dichgans, *Vom Grundgesetz zur Verfassung, Überlegungen zu einer Gesamtrevision*, 1970, S. 129 ff.

¹²¹) Zu diesem Vorschlag auch G. Kisker, *Kooperation im Bundesstaat*, 1971, S. 296.

¹²²) BVerfGE 33, 303, 357 f.

¹²³) BVerfGE 7, 377, 443.

des status positivus optimal zu ermöglichen¹²⁴). Die Verschiebung ist charakteristisch, aber durchaus beifallswürdig. Es gibt eine in ihrer Bedeutung unterschätzte Bestimmung des Grundgesetzes, die diese Kooperation und eine Einflußnahme des Bundes in Richtung auf sie zu tragen vermag, die Gewährleistungsklausel des Art. 28 Abs. 3 GG. Sie stammt zwar aus der Schicht unserer bundesstaatlichen Normen, die eine Koordinierung durch die Bundesaufsicht zu erreichen suchte, aber sie kann neue Bedeutung im kooperativen Bundesstaat für alle die Aufgaben erhalten, die einer Zusammenarbeit bedürfen, um den Gehalt der Bundesgrundrechte einer optimalen Verwirklichung zuzuführen¹²⁵). Hierzu sind die Regelungen über die Gemeinschaftsaufgaben im Grundgesetz ein insgesamt tauglicher Beitrag, dem man — bei Verbesserungen in den Einzelheiten — seine Bewährung lassen sollte.

¹²⁴) Das Bundesverfassungsgericht interpretiert das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte nicht nur als Abwehrrecht, sondern als Teilhaberecht, a. a. O., S. 330 ff.

¹²⁵) Das Bundesverfassungsgericht sieht den sozialen Rechtsstaat ausdrücklich in einer Garantenstellung für die Umsetzung des grundrechtlichen Wertsystems in die Verfassungswirklichkeit, a. a. O., S. 331. Die grundsätzliche Anerkennung dieses Prinzips darf nur nicht zu dem Irrtum verführen, damit sei dieser gesamte Vorgang der Umsetzung justiziabel. Das BVerfG will denn auch diese Frage offenbar primär dem Gesetzgeber vorbehalten. Dazu eingehend und überzeugend W. Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 7, 35 ff.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

I.

1. *Eine gemeinschaftliche Planung von Bund und Ländern für die Aufgaben, die heute über Wohlstand und Wohlergehen der Bevölkerung entscheiden, wird in den industriell entwickelten Bundesstaaten allgemein als Forderung erhoben.*

2. *Obwohl schon die Reichsverfassung von 1871 der Sache nach Gemeinschaftsaufgaben kannte (Eisenbahnwesen, Militärwesen), hat die deutsche Staatsrechtslehre von der Kooperation zwischen Bund und Ländern lange unzureichend Kenntnis genommen.*

In Gestalt der selbständigen Aufsicht verfügte das Verfassungsrecht des alten Reiches allerdings über ein weitreichendes Koordinierungsmittel.

II.

3. *Mit der Aufnahme der Gemeinschaftsaufgaben im Sinne von Art. 91 a ist gegenüber den verschiedenen Verpflichtungen zur gemeinsamen Beratung und zur Abstimmung zwischen Bund und Ländern eine neue Stufe erreicht.*

4. *Ein Grundproblem der in Art. 91 a GG institutionalisierten Gemeinschaftsaufgaben ist die Gefahr der politischen Mediatisierung einer Länderminderheit in den Planungsausschüssen. Ihr sollte durch Erhöhung der notwendigen Ländermehrheit auf 2/3 oder 3/4 vorgebeugt werden.*

III.

5. *Die Einfügung des Abschnittes VIII a in das GG zeigt die Sonderstellung der Gemeinschaftsaufgaben zwischen Gesetzgebung und Verwaltung. Art. 83 ff. sind auf ihre Ausführung nicht anwendbar.*

6. *Art. 91 a enthält den Verfassungsauftrag, zielgerichtet die „Verbesserung der Lebensverhältnisse“ anzustreben. Da „Verbesserung“ unbestimmt und judiziell nicht überprüfbar ist, kommt dem Verfahren, in dem die Verbesserung konkretisiert wird, entscheidende Bedeutung zu.*

7. *Die Beteiligung der Parlamente des Bundes und der Länder sollte durch weitgehende Informationen über das Planungs-*

verfahren erleichtert werden. Die Möglichkeit einer gezielten Stellungnahme wird durch die Existenz von Planungsterminen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgaben verbessert. Eine unmittelbare Beteiligung der Parlamente am Verfahren scheidet jedoch aus.

IV.

8. Das Verhältnis von Rahmenplanung und Durchführung, das von der konkreten Ausgestaltung des Planes abhängt, ist entscheidend für die Einschränkung des Spielraumes der Länder.

9. Die bloße Berücksichtigung des Planes kann allerdings über den wirklichen Bundeseinfluß täuschen, wenn andere Bundeszuständigkeiten parallel benutzt werden (Gemeinschaftsaufgabe Regionale Wirtschaftsstruktur — Investitionszulagengesetz). Die Vereinbarkeit seiner solchen Zuständigkeitskombination mit dem Sinn der Gemeinschaftsaufgabe bedarf der Überprüfung.

10. Eine Einflußmöglichkeit des Bundes auf die Planausführung ergibt sich aus seinem Kontrollrecht über die Verwendung der Bundesmittel. Hieraus darf jedoch keine laufende Mitentscheidung werden.

11. Die Vereinbarkeit von eigenen Maßnahmen der Länder im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben bedarf jeweils differenzierter Prüfung. Eine generelle Sperrwirkung besteht nicht. Die Länder verletzen Verfassungspflichten, wenn sie bei ihren Maßnahmen keine Rücksicht auf die Gemeinschaftsaufgabe nehmen.

VI.

12. Art. 104 a Abs. 4 kann im weiteren Sinne den Gemeinschaftsaufgaben zugerechnet werden. Die Umschreibung der Voraussetzungen läßt es zu, daß bei allen wichtigen Maßnahmen zur Verbesserung der Infrastruktur ein Zusammenwirken von Bund und Ländern erfolgt.

13. Auflagen im Rahmen von Finanzhilfen des Bundes müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit der Investition stehen. Die Schaffung von Planungsgremien zwischen Bund und Ländern durch Gesetze nach Art. 104 a Abs. 4 GG ist zulässig.

VII.

14. Der Bundesstaat im Sinne des GG setzt voraus, daß sich in den Ländern eine eigene politische Potenz verkörpert, die

auch innerparteilich zur Wirkung kommen kann. Sie darf durch die Gemeinschaftsaufgaben nicht beeinträchtigt werden.

15. Die politische Potenz der Bundesländer liegt weniger in ihrer Gesetzgebungszuständigkeit als in ihrer Organisations- und Personalhoheit; der Möglichkeit, für die Infrastruktur eines Landes wesentliche Standorte zu bestimmen oder zu beeinflussen und gezielte Subventionspolitik zu betreiben; dem Recht der letzten Entscheidung über eine Vielzahl von Abweichungen vom geltenden Recht. Sie ist ausreichend, um eine Unvereinbarkeit der Regelungen über die Gemeinschaftsaufgaben mit Art. 79 Abs. 3 GG auszuschließen.

16. Weder eine Verbundplanung von Bund und Ländern noch die Rückkehr zur strengen Scheidung der Kompetenzen erscheinen als Alternativen möglich. Dasselbe gilt von dem Vorschlag, einen Länderbund neben dem Bund einzufügen.

17. Den Gemeinschaftsaufgaben sollte — bei Verbesserungen in der Praxis — die Chance der Bewährung gelassen werden.

Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

2. Mitbericht von Professor Dr. Ingo von Münch, Bochum

Inhalt

	Seite
I.	
1. Entstehungsgeschichte und Verfassungsbeständigkeit . . .	52
a) Zur Entstehungsgeschichte	52
b) Ansätze zur Abschaffung oder Änderung der Gemein- schaftsaufgaben	54
c) Verfassungsrückänderung und Verfassungsbeständigkeit .	56
2. Zusammenhang mit Neugliederung und Finanzausgleich . .	58
a) Neugliederung	58
b) Finanzausgleich	59
II.	
3. Systematischer Ansatz der Prüfung	60
4. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Bundesstaatsprinzip	61
a) Begriffliche Einschränkung in Art 91 a I 2. Halbsatz (Bedeutsamkeit- und Erforderlichkeitsklausel)	63
b) Modifizierung der staatlichen Zuordnung der bisherigen Länderaufgabe Hochschulbau	63
c) „Experimentierfelder“ als Hochschuleinrichtungen . . .	64
d) Befassung des Planungsausschusses Hochschulbau mit der inneren Struktur der Hochschulen	67
e) Begrenzung der Einflußnahme des Bundes und finanzielle Schlüsselrolle des Bundes	71
5. Bundesgewicht beim Hochschulbau auf dem Prüfstein des Bundesstaatsprinzips	76
a) Kulturhoheit als „Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“	76
b) Problematik der Kulturhoheit der Länder	78
6. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Demokratieprinzip	79
7. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Sozialstaatsgebot und Rechtsstaatsgebot	82
III.	
8. Problematik des Verhältnisses von Art. 91 a zu Art. 91 b . .	83
IV.	
9. Schlußbemerkung	84

1. Entstehungsgeschichte und Verfassungsbeständigkeit

a) Zur Entstehungsgeschichte

Das 21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes¹⁾, mit dem der Bundestag den Abschnitt VIII a in die Verfassung einfügte, war kein Ergebnis einer parlamentarischen Kampfabstimmung mit knapper Mehrheit oder mit polarisierten Fronten zwischen den beiden großen Fraktionen. Von den 446 vollstimmberechtigten Abgeordneten stimmten 404 mit Ja, 40 mit Nein, 2 enthielten sich der Stimme. Von den Berliner Abgeordneten stimmten 10 mit Ja, einer mit Nein. Der damalige Finanzminister *Franz Josef Strauß* wie der spätere Finanzminister *Alex Möller* waren sich in der positiven Beurteilung einig; in der Bundestagsdebatte am 8. Mai 1968 führte ersterer aus: „Der Gedanke der gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben durch Bund und Länder ist nicht in den Köpfen von Verfassungsjuristen entstanden, sondern aus der Dynamik der tatsächlichen Notwendigkeiten“²⁾. Und sein Nachfolger stellte fest: „Die sozialdemokratische Bundestagsfraktion betrachtet die gemeinsame Finanzierung und Rahmenplanung in diesen Aufgabenbereichen als einen entscheidenden Fortschritt auf dem Wege zu einem kooperativen Föderalismus“³⁾. Auch Bund und Länder fanden sich am Ende in trauter Harmonie: Der Bundesrat stimmte dem Finanzreformgesetz schließlich einstimmig zu.

Auch war jene Grundgesetzänderung nicht der Schlußpunkt eines schnellen Husarenrittes, nahm sie doch einen Legalbegriff auf, der sich bereits seit langem in der Diskussion befand. Schon der Entwurf eines Finanzverfassungs-, Finanzanpassungs- und Länderfinanzausgleichsgesetzes von 1955 operierte mit dem Begriff der Gemeinschaftsaufgaben, die er als Aufgaben definierte, bei denen die Verantwortung für die Wahrnehmung von mehreren Gebietskörperschaften verschiedener Ordnung gemeinsam getragen wird⁴⁾. Auf der Staatsrechtslehrertagung im gleichen Jahre wies *Hettlage* auf die große finanzielle Bedeutung der — wie er sie damals bezeichnen

¹⁾ BGBl. 1969 I, S. 359.

²⁾ BT-Stenogr. Prot. V/9149.

³⁾ BT-Stenogr. Prot. V/9162—9163.

⁴⁾ BT-Drucks II/480. Zur Begriffsgeschichte im einzelnen vgl. *B. Tiemann*, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970, S. 19 ff.; Kommission für die Finanzreform, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1966 (im folgenden zitiert als *Troeger-Gutachten*), Tz. 135.

konnte — „neuen verfassungsrechtlichen Theorie“ der Gemeinschaftsaufgaben hin⁵⁾); 1961 widmete die Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer dem Thema „Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden“ eine Tagung, auf der *Josef Köble* und *Friedrich Klein* den (damals noch viel weiter verstandenen) Begriff der Gemeinschaftsaufgaben systematisierten und aufarbeiteten⁶⁾. Mochte die Kommission für die Finanzreform noch beklagen, es finde sich im juristischen Schrifttum „ein uneinheitlicher, noch tastender Gebrauch des Begriffs“⁷⁾, so konnte die Kommission selbst doch schon auf nicht wenige Vorarbeiten im wissenschaftlichen Schrifttum zurückgreifen⁸⁾, als sie den Entwurf eines Art. 85 a GG vorschlug: „Bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben, deren Ausführung Sache der Länder ist, wirken Bund und Länder zusammen, wenn die Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und einer langfristigen gemeinsamen Planung bedürfen (Gemeinschaftsaufgaben)“⁹⁾.

Schließlich war auch die parlamentarische Beratung alles andere als hektisch. Zwischen der Einbringung der Gesetzesvorlage durch die Bundesregierung und der Verabschiedung des Finanzreformgesetzes lag immerhin mehr als ein Jahr, und in diesem Jahr hatten zusätzlich zu den normalen Beratungen ein Sonderausschuß des Bundesrates und der (zweimal angerufene) Vermittlungsausschuß an dem Entwurf gefeilt. Als der Bundesrat das Gesetz am 9. Mai 1969 angenommen hatte, verkündete sein Präsident *Weichmann* dies mit den stolzen Worten: „Der soeben gefaßte Beschluß des Bundesrates setzt einen Schlußpunkt unter ein mindestens zweijähriges intensives, aber auch ehrlich um eine Lösung bemühtes Ringen zwischen Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat, ja auch innerhalb dieses Hohen Hauses. Die Materie der Finanzreform zeichnet sich nicht eben durch sex appeal aus. Sie erscheint so trocken, daß sie von der breiten Öffentlichkeit unseres Volkes kaum in ihrer Bedeutung verspürt wird. Es geziemt sich daher wohl, auch hier und heute hervorzuheben, daß der Bundesrat soeben den Schlußpunkt hinter ein Gesetzgebungswerk gesetzt hat, das die

⁵⁾ VVDSTRL 14 (1956) S. 19.

⁶⁾ Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 29. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1961. Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 11. 1961. S. 17 ff., S. 125 ff.

⁷⁾ A. a. O., Tz. 136.

⁸⁾ Vgl. die Hinweise oben Fußn. 5 und 6.

⁹⁾ A. a. O., Tz. 139.

tiefgreifendste und weitreichendste Reform unseres Grundgesetzes in den zwanzig Jahren seines Bestehens vollzieht. Wenn ich mir manche Gesichter unserer jungen Freunde auf der Tribüne ansehe, möchte ich Ihnen zurufen: Sie sind soeben Zeugen eines historischen Geschehens gewesen, wenn Sie es auch vielleicht nicht wissen¹⁰⁾.

b) Ansätze zur Abschaffung oder Änderung der Gemeinschaftsaufgaben

Was die „jungen Freunde auf der Tribüne“ sicherlich nicht wußten, war die Tatsache, daß an das so gefeierte Reformbauwerk die Bohrer schon angesetzt waren. Einen Tag vor jener Bundesratspräsidentenrede hatte die Konferenz der Präsidenten der deutschen Länderparlamente auf ihrer Tagung in Husum am 8. Mai 1969 eine „Kommission für Gemeinschaftsaufgaben“ eingesetzt, welche die „Gefahr einer einschneidenden Schmälerung der Rechte der Parlamente“ durch das Institut der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a GG untersuchen sollte¹¹⁾.

Das Unbehagen begann sich zu formieren. Anfangs nur auf die Problematik des Verhältnisses von Parlament und Planung beschränkt¹²⁾, schwoll die Kritik bald an. Es wurden nun nicht mehr nur einzelne Bausteine des Reformwerks angegriffen, sondern die Abschaffung des Instituts der Gemeinschaftsaufgaben schlechthin (oder zumindest derjenigen nach Art. 91 a GG) gefordert.

Die Bedenken gegen diese Einrichtung, die man damals schon gesehen, aber zurückgestellt habe, seien durch die Praxis leider weithin bestätigt worden, beklagte Ministerpräsident *Filbinger*, und meinte, er sehe deshalb auf längere Sicht eine Rückkehr zu einer klaren Aufgabentrennung zwischen Bund und Ländern, bei der Verwaltungskompetenz und Finanzierungszuständigkeit möglichst in einer Hand liegen müßten, als unumgänglich an¹³⁾.

¹⁰⁾ Bundesrat, 338. Sitzung vom 9. Mai 1969, S. 115. (Hervorhebung im Original).

¹¹⁾ Vgl. dazu *Böhringer*, Zur Mitwirkung der Landesparlamente im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben, ZParlR 1970, S. 173 ff.; dort (S. 175 bzw. S. 180) auch der Abdruck des Berichts der „Kommission für Gemeinschaftsaufgaben“ der Konferenz der Präsidenten der deutschen Länderparlamente, gefaßt anläßlich der Konferenz in Wiesbaden am 31. Mai 1970. — Vgl. auch *Liesegang*, Die Beteiligung der Parlamente bei der Aufstellung von Plänen durch die Exekutive, ZParlR 1972, S. 163 Fußn. 6.

¹²⁾ Vgl. die Hinweise unten Fußn. 110.

¹³⁾ Staatsanzeiger für Baden-Württemberg vom 3. Juli 1971, S. 1.

Exakt dies ist auch — allerdings unter Anerkennung der Notwendigkeit einer koordinierten Rahmenplanung mit Richtliniencharakter bei Aufgaben, die für die Gesamtheit, insbesondere für die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse bedeutsam sind — die Forderung der Länderkommission Verfassungsreform in ihrer Entschließung vom 4. Februar 1972, in der es u. a. heißt: „Die Aufgaben, die gegenwärtig von Bund und Ländern gemeinsam finanziert werden (Artikel 91 a, 91 b und 104 a Abs. 4 GG), müssen in die Aufgaben- und Finanzverantwortung der Länder übertragen werden. Für Teilbereiche kann eine Alleinfinanzierung durch den Bund in Betracht gezogen werden“¹⁴).

In der Enquête-Kommission Verfassungsreform ist, ebenfalls von Seiten der Ländervertreter, zunächst energisch die Abschaffung bzw. Ablösung der Gemeinschaftsaufgaben vorgeschlagen worden; im Verlauf der Beratungen, insbesondere nach der Stellungnahme der Bundesregierung vom 13. Januar 1972¹⁵), scheint nunmehr in der Enquête-Kommission die Meinung vorzuherrschen, daß eine ersatzlose Abschaffung der Gemeinschaftsaufgaben nicht für realistisch gehalten werden könne, wohl aber deren Umbildung (Fortentwicklung). Jedoch hat die Kommission ihre endgültige Beratung dieser Frage zurückgestellt¹⁶).

Schließlich sei noch, um zu zeigen, daß die Kritik nicht nur aus dem Bereich der Länder kommt, der Beschluß der Vorsitzenden der CDU/CSU-Fraktionen in den Länderparlamenten sowie im Bundestag auf ihrer Konferenz am 2. Juni 1972 in Kiel zitiert, in dem es u. a. heißt:

„Das Institut der Gemeinschaftsaufgaben hat zu einer Aushöhhlung der parlamentarischen Funktion und zu Mischverwaltung und Mischfinanzierung geführt. Daher sollten die Gemeinschaftsaufgaben durch folgende Regelungen ersetzt werden:

a) Die von den Gemeinschaftsaufgaben angesprochenen Sachgebiete werden — soweit wie möglich — in die alleinige Zuständigkeit von Bund oder Ländern übertragen.

b) Soweit trotz Aufteilung der Zuständigkeiten ein Zusammenwirken von Bund und Ländern erforderlich ist, werden die Planungen von Bund und Ländern in Rahmenplänen koordi-

¹⁴) Protokoll Länderkommission Verfassungsreform Pl. 4/20 — 22 (21).

¹⁵) Kommissionsdrucks. Nr. 023 der Enquête-Kommission.

¹⁶) Vgl. Sandtner, Ein Jahr Enquête-Kommission Verfassungsreform, DVBl. 1972, S. 324 ff. (326-327); Zeh, Perspektiven für eine Grundgesetzreform. Diskussionsstand der vom Bundestag 1970 eingesetzten Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform, ZRP 1972, S. 171 ff. (S. 173).

niert, die für Bund und Länder Richtlinien-Charakter haben. Auf diesen Rahmenplänen aufbauend erstellen Bund und Länder Einzelpläne; die Wahl der Form und der Mittel zur Durchführung der Einzelpläne bleibt Bund und Ländern allein überlassen. Bundestag und Länderparlamente sind bei der Aufstellung der Pläne durch Beschlußfassung zu beteiligen¹⁷⁾.

c) *Verfassungsrückänderung und Verfassungsbeständigkeit*

Wie immer die Reform des Rechtsinstituts der Gemeinschaftsaufgaben aussehen soll, so steht jedenfalls fest, daß eine grundlegende Änderung nur gegen den Preis einer Verfassungsänderung zu erkaufen ist. Ist dieser Preis hoch oder niedrig? Zwölf Verfassungsänderungen allein in der 5. Wahlperiode scheinen die Frage zu beantworten, und Verleger die auf der Höhe der Verfassungszeit sind, bringen nun schon das Grundgesetz allein in Loseblattform. In der Verfassungsrechtslehre ist die Entwicklung, „in der das Grundgesetz seinen Inhalt wie ein Grundbuch wandelt“¹⁸⁾, als Problem erkannt. Im Vorwort zum Kommentar von *Hamann-Lenz*, aus dem das Zitat mit dem „Grundbuch“ stammt, heißt es dazu: „Zahl, Abfolge und Intensität der in den letzten Jahren ergangenen verfassungsändernden Novellen haben nicht nur die Kontinuität der demokratischen Verfassung in Frage gestellt . . . Die juristische Dogmatik des Verfassungsrechts ist entstanden aus dem Bestreben, eine systematische Normkontinuität der staatlichen Grundordnung zu sichern. Die Verfassungsreformen der letzten Jahre scheinen indes von der Maxime bestimmt, die verfassungsrechtlichen Institutionen für das jeweilige Regierungsinstrumentarium tunlichst administrabel zu machen. Summiert sich in der Verfassungsurkunde derart variables Situationsrecht, so verlieren

¹⁷⁾ CDU-Fraktion des Schleswig-Holsteinischen Landtages. Mitteilungen Nr. 52 vom 2. Juni 1972. — Schon ein Jahr vorher hatte sich die CDU/CSU-Fraktionsvorsitzendenkonferenz des Bundes und der Länder auf ihrer Sitzung vom 2.—4. Juni 1971 in Saarbrücken gegen die Beibehaltung der Gemeinschaftsaufgaben ausgesprochen. Von Seiten der FDP hat *Mertes* (Bonner Depesche 2 (1972) Nr. 11 S. 4) ausgeführt: „Die FDP ist der Auffassung, daß sich die 1969 — entgegen unserem Votum — im Grundgesetz verankerten Gemeinschaftsaufgaben des Hochschulbaus und der Bildungsplanung (Artikel 91 a und 91 b GG) in der bisherigen Praxis nicht so bewährt haben, daß sie auf absehbare Zeit unverändert beibehalten werden sollten. Der Wirrwarr der undurchsichtigen administrativen Planung, die für die Parlamente in Bund und Ländern unverbindlich ist, läßt es nicht zu, politische Verantwortung für bestimmtes Handeln oder Unterlassen sichtbar zu machen“.

¹⁸⁾ Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 3. Aufl. 1970, Vorwort S. V.

die Grundordnung und die Verfassungsdogmatik ebenso wie das Verfassungsbewußtsein den Selbststand¹⁹⁾.

Ohne das Wortgeklingel des „Selbststandes“ bemühen zu müssen, wird man nicht bestreiten können, daß eine Verfassung nicht wie ein Plan fortgeschrieben werden kann, sondern eines größtmöglichen Maßes an Vertrauensschutz und damit an Kontinuität bedarf²⁰⁾.

Nicht nur eine Negierung, sondern geradezu eine Umkehrung dieses Postulates liegt vor, wenn in den Protokollen der Unterkommission A der Länderkommission Verfassungsreform zu lesen ist: „Unter Hinweis auf die Gefahr der institutionellen Gewöhnung betont der Vorsitzende Präsident Wurz die Notwendigkeit, die Gemeinschaftsaufgaben möglichst rasch abzuschaffen“²¹⁾.

Dagegen ist in der Enquête-Kommission die Frage gesehen, allerdings wohl auch kontrovers beantwortet worden; der von Carstens ausgesprochenen Warnung vor einer Abschaffung der Gemeinschaftsaufgaben nur zwei Jahre nach ihrer Einführung, weil das Vertrauen des Staatsbürgers in die Richtigkeit parlamentarischer Entscheidungen mit Verfassungsrang durch eine derartige Maßnahme beeinträchtigt werden könne²²⁾, steht die Äußerung des Abgeordneten Dr. Lenz gegenüber, die wie folgt protokolliert worden ist: „Die Änderung der grundgesetzlichen Regelungen über die Gemeinschaftsaufgaben nach nur zwei Jahren sei bei richtiger Motivierung durchaus legitim. Das Grundgesetz befinde sich zudem in einem ständigen Änderungsprozeß. Jedenfalls reiche die Tatsache, daß ein Gesetz erst kürzlich erlassen worden sei, zu seiner Bestandsgarantie nicht aus“²³⁾.

¹⁹⁾ A. a. O., S. V.

²⁰⁾ Zutreffend Kewenig, Verfassungsreform — ein Beruf unserer Zeit? DÖV 1971, S. 524 ff. (S. 528): „Eine andere Eigenschaft (gemeint ist: als zweckmäßig, effektiv, einsichtig und modern zu sein) aber ist sehr viel wichtiger. Eine Verfassung bedarf vor allem anderen des Vertrauens der ihr „Unterworfenen“ in die prinzipielle Richtigkeit und in den Bestand der in ihr getroffenen Entscheidungen. Ein solches Vertrauensverhältnis läßt sich auf der Basis eines größtmöglichen Maßes an Kontinuität herstellen. Ein großes Maß an Rechtssicherheit wird deshalb zur unverzichtbaren Voraussetzung des „Erfolges“ jeder Verfassung. Ständige Veränderungen und Verbesserungen, ein permanenter Drang nach Perfektion, der, wie jeder weiß, doch nie wirklich zu befriedigen ist, sind dem Entstehen dieses Vertrauensverhältnisses abträglich“.

²¹⁾ Niederschrift über die 1. Sitzung am 3. November 1971 in Baden-Baden UK A 1 S. 31.

²²⁾ Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform. Kurzprotokoll der 5. Sitzung am 22. Oktober in Bonn. Prot. Nr. 5/11.

²³⁾ A. a. O., Prot. Nr. 5/12.

Die Problematik von Rückänderungen von Verfassungsänderungen nach kurzer Zeit kann hier nicht ausgelotet werden. Es muß insoweit der Hinweis genügen, daß einerseits Fehler bei der Verfassungsänderung korrigierbar sein müssen (denn auch der Verfassungsgesetzgeber ist nicht unfehlbar), daß andererseits die Verfassung aber auch keine Spielwiese ist, mithin nur sehr gewichtige Gründe die Rückänderung einer Verfassungsänderung rechtfertigen können.

2. Zusammenhang mit Neugliederung und Finanzausgleich

a) Neugliederung

Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben (und zwar in erster Linie die nach Art. 91 a GG, aber — wenn auch in geringerem Umfang — ebenfalls die nach Art. 91 b GG) steht mit der Frage der Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 I-VI GG) in einem Zusammenhang. Nicht ohne Grund beginnt *Gunter Kisker* sein Buch über Kooperation im Bundesstaat mit einer Darstellung der dem Bund durch Art. 29 GG eingeräumten „Möglichkeit, Koordinationsbedürfnisse bei der Aufgabenerfüllung durch die Länder mit Hilfe einer Verschiebung der Landesgrenzen zu befriedigen“²⁴⁾. Auch in der Enquête-Kommission ist jener Zusammenhang immer wieder zur Sprache gekommen; allerdings war man in der Kommission wohl mehrheitlich der Meinung, daß die Frage der Neugliederung nicht die Erörterung der Gemeinschaftsaufgaben blockieren sollte²⁵⁾ — wie mir scheint: mit Recht. Anderenfalls kommt man zunächst in eine Argumentationsschraube ohne Ende: Die Frage der Gemeinschaftsaufgaben kann nicht gelöst werden, ehe Klarheit über die den Ländern nach der Verfassungsreform obliegenden Aufgaben besteht; auch die Neugliederung ihrerseits kann nicht angepackt werden, ehe Klarheit über die den Ländern nach der Verfassungsreform obliegenden Aufgaben besteht; die Verfassungsreform wiederum muß (auch) die Frage der Gemeinschaftsaufgaben lösen — womit der Anfang wieder erreicht ist.

Abgesehen von dieser Schraubenwirkung lassen sich jedoch die folgenden verfassungsrechtlichen Erwägungen anstellen:

Die wechselseitige Beziehung zwischen der Problematik der Gemeinschaftsaufgaben und derjenigen der Neugliederung

²⁴⁾ *Kisker*, Kooperation im Bundesstaat. Eine Untersuchung zum kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 8 ff.

²⁵⁾ Vgl. z. B. Prot. 5/11; 5/12; 8/12.

könnte insbesondere in zwei verschiedenen Richtungen gesehen werden:

a) Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben (eventuell in veränderter Ausgestaltung) erübrigt die Neugliederung; oder

b) die vollzogene Neugliederung erübrigt die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben.

Ad a): Der These, die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben erübrigt die Neugliederung (einer These, die im Zusammenhang mit der Neugliederungsdiskussion von einzelnen Bundesländern vertreten worden ist), steht zunächst der klare Verfassungsauftrag des Art. 29 I GG entgegen²⁶). Hätte der Verfassungsgesetzgeber die Absicht gehabt, mit der Einfügung der Gemeinschaftsaufgaben in das Grundgesetz die Neugliederung obsolet zu machen, so hätte nichts näher gelegen als den Art. 29 I GG — was verfassungsrechtlich durchaus möglich gewesen wäre — durch verfassungsänderndes Gesetz formell aufzuheben. Da dies nicht geschehen ist, besteht der Verfassungsauftrag des Art. 29 I GG also weiter fort. Abgesehen davon kann es aber auch nicht Sinn der Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben sein, die mangelnde Leistungsfähigkeit einzelner Länder permanent und künstlich durch Mobilisierung von Bundesmitteln für bestimmte Länderaufgaben und entsprechende Entlastung der Länderhaushalte auszugleichen²⁷),

Ad b): Umgekehrt ersetzt auch eine optimale Neugliederung *nicht* per se die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben. Hinsichtlich der *Planungsfunktion* der Gemeinschaftsaufgaben ist dies evident; zwar könnte die Planungsfunktion theoretisch durch eine Selbstkoordinierung der Länder erfüllt werden, aber dann eben ohne Beteiligung des Bundes, der abseits stünde, was wiederum der notwendigen überregionalen Bedeutung der Planung im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben nicht gerecht werden würde.

b) *Finanzausgleich*

Ob die *Finanzierungsfunktion* der Gemeinschaftsaufgaben durch eine vollzogene Neugliederung obsolet werden würde, ist zwar eine offene Frage, solange über die Finanzverhältnisse der Länder nach vollzogener Neugliederung keine Klarheit besteht. Immerhin läßt sich wohl jetzt schon mit großer Wahrscheinlichkeit vorhersagen, daß auch eine vollzogene Neugliederung nicht die

²⁶) Zur Rechtsnatur des Art. 29 I GG als eines Verfassungsgebotes vgl. BVerfGE 13, 97.

²⁷) Vgl. dazu Neugliederung des Bundesgebietes. Bericht der Sachverständigenkommission für die Neugliederung des Bundesgebietes. 1973. Bd. I. Tz. 267.

Notwendigkeit eines — wenn auch dann naturgemäß reduzierten — Finanzausgleichs aus der Welt schaffen wird²⁸⁾, und daß überdies auch fraglich ist, ob eine Finanzreform überhaupt politisch realisierbar ist, die den Ländern von vornherein den Anteil am Finanzaufkommen zuweist, der sie in die Lage versetzt, Neubau und Ausbau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken, Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes sowie die Förderung von Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung von überregionaler Bedeutung selbst zu finanzieren. So gesehen ist es durchaus angebracht, die Problematik der Gemeinschaftsaufgaben unabhängig von einem etwaigen Vollzug der Neugliederung und unabhängig von der Möglichkeit einer andersartigen Ausgestaltung des Finanzausgleichs zu erörtern. Dabei soll, um es noch einmal nachdrücklich festzuhalten, der Zusammenhang nicht geleugnet werden — das wäre abwegig angesichts der Tatsache, daß das 21. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes ein Finanzreformgesetz war, und die Einfügung der Gemeinschaftsaufgaben verbunden war mit wichtigen Änderungen des X. Abschnittes des Grundgesetzes (Einfügung des Art. 104 a GG usw.)²⁹⁾. Aber die Aufnahme der Art. 91 a und 91 b GG war nicht nur eine verfassungsrechtliche Festlegung von Finanzierungsmöglichkeiten, sondern ging über diesen — zugegeben: wichtigen — Aspekt hinaus.

II.

3. Systematischer Ansatz der Prüfung

Die „tiefgreifendste und weitreichendste Reform unseres Grundgesetzes“ (Weichmann)³⁰⁾ wird man nicht mit der Elle bloßer Komplizierungen oder Unbequemlichkeiten messen können. Die von den Kritikern der Gemeinschaftsaufgaben beklagte Kompliziertheit des Prozesses der Willens- und Entscheidungsbildung³¹⁾ ist — wie Verwaltungsaufwand überhaupt — gewiß keine quantité négligeable, zumal die Kosten solchen Verwaltungsaufwandes (Kosten im weitesten Sinne verstanden) angesichts der Begrenztheit der Ressourcen (wieder im

²⁸⁾ Vgl. dazu den Bericht der Sachverständigenkommission für die Neugliederung des Bundesgebietes a. a. O. Tz. 262-266. — Vgl. auch die Äußerung von Carstens in der Enquête-Kommission, Prot. 8/12.

²⁹⁾ Vgl. Sturm, Die moderne föderative Kooperation von Bund und Ländern bei der staatlichen Aufgabenerfüllung, Beil. 2/70 zum BANz Nr. 12 vom 20. Januar 1970, sowie die Bibliographie bei Vogel-Kirchhof, BK, Vorbem. zu Art. 104 a — 115.

³⁰⁾ Vgl. oben Fußn. 10.

³¹⁾ Vgl. Filbinger, a. a. O. (Fußn. 13), S. 1.

weiten Sinne) zu Einbußen an anderer Stelle und damit letztlich zu einer Verkürzung der Leistungsansprüche des Bürgers gegen den Staat führen. Immerhin wäre zu diesem Punkt auch die Möglichkeit von Rationalisierungen in Betracht zu ziehen, und jedenfalls handelt es sich dabei nicht um verfassungsrechtlich meßbare Kategorien.

Systematischer Ansatz einer verfassungsrechtlichen Prüfung sollte vielmehr das Verhältnis der Gemeinschaftsaufgaben zu den Staatszielbestimmungen³²⁾ des Grundgesetzes sein. Die Rangfolge der Untersuchung ergibt sich aus der Intensität der Berührung der Gemeinschaftsaufgaben mit den Staatszielbestimmungen, die offensichtlich beim Bundesstaatsprinzip am größten, beim Demokratieprinzip erheblich und beim Sozialstaatsprinzip und Rechtsstaatsprinzip abgestuft vorhanden ist. Nur in Parenthese sei vermerkt, daß die Osmose zwischen diesen Prinzipien des Grundgesetzes dabei nicht verkannt wird, die Beschränkung auf die Untersuchung jeweils einer dieser Staatszielbestimmungen daher nur im Sinne einer Schwerpunktbildung aufzufassen ist.

4. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Bundesstaatsprinzip

Überblickt man das Feld der über den Einfluß der Gemeinschaftsaufgaben auf das Bundesstaatsprinzip besorgten Stimmen, so könnte man fast den Eindruck gewinnen, daß zwischen Bund und Ländern eine militärische Schlacht tobt. Da ist von der „Zitadelle der Eigenstaatlichkeit der Länder“³³⁾ die Rede, von „Land abtreten“³⁴⁾ und von „Lebensfrage der Nation“³⁵⁾. Bei *Leisner* sind's „noch einige Schritte auf diesem Weg, und der deutsche Föderalismus ist tot“³⁶⁾. Das Bild könnte ausgemalt werden mit *Otto Barbarino* als Träger der blauweißen

³²⁾ Zu diesem Begriff neuestens *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 325 ff.

³³⁾ *Spanner*, Über Finanzreform und Bundesstaat. Ab- oder Umbau des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der Gemeinschaftsaufgaben, in: Festschrift für Maunz, 1971, S. 375 ff. (S. 386), im Anschluß an *Hettlage*.

³⁴⁾ *Seeger*, Finanzierung von Länderaufgaben durch den Bund, DÖV 1968, S. 781 ff. (S. 784), der diesen in der „Flurbereinigungskommission“ gefallenem Anspruch referiert.

³⁵⁾ *Rietdorf*, Die Gemeinschaftsaufgaben — ein Schritt zur gemeinsamen Aufgabenplanung von Bund und Ländern? DÖV 1972, S. 513 ff. (S. 513).

³⁶⁾ *Leisner*, Föderalismus als kooperativer Dialog. Vorschläge für eine Effizienzsteigerung der Bundesstaatlichkeit, ZRP 1969, S. 14 ff. (S. 14).

Fahnen und mit dem Spruch auf den Lippen: Der Föderalismus stirbt, aber er ergibt sich nicht³⁷⁾.

Fast friedlich und unterkühlt wirkt im Vergleich dazu eine Feststellung wie die von *Soell*, daß sich „das Institut der Gemeinschaftsaufgaben, so wie es durch Art. 91 a GG und die Ausführungsgesetze konstruiert ist, schon heute in der gefährlichen Nähe der durch Art. 79 Abs. 3 GG errichteten Sperre befindet“³⁸⁾, oder wie die von *Heinze*, das „föderative Element ist durch die Einführung von Gemeinschaftsaufgaben gefährdet“³⁹⁾.

Ist wirklich das Bundesstaatsprinzip durch die Einfügung der Gemeinschaftsaufgaben gefährdet? Diese Frage soll — wie auch bei den folgenden Erörterungen des Einflusses der Gemeinschaftsaufgaben auf die Prinzipien der Demokratie, des Sozialstaates und des Rechtsstaates — am Beispiel des Art. 91 a I Ziff. 1 (Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken)⁴⁰⁾ untersucht werden.

³⁷⁾ Dieses Zitat stammt selbstverständlich nicht von *Barbarino*, sondern soll hier nur — wie im Text gesagt — als Bild verstanden werden; der erste Teil des Bildes ist dabei nur auf dem Hintergrund der Zurückdrängung des Föderalismus durch die Gemeinschaftsaufgaben zu verstehen, dagegen nicht in dem Sinne, daß hier eine natürliche Todesursache vorliegt. Vgl. auch *Barbarino*, Möglichkeiten einer Reform des Grundgesetzes aus bayerischer Sicht, Bayer. Staatszeitung Nr. 38 vom 24. Sept. 1971, S. 5: „Man möchte zweifelhaft werden, ob ein ernsthafter Wille der deutschen Länder, ihre staatlichen Hoheitsrechte zu behaupten, noch vorhanden ist.“

³⁸⁾ Sind die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a GG ein geeignetes Instrument zur Weiterentwicklung des föderativen Systems? In: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 397 ff. (S. 431).

³⁹⁾ „Kooperativer Föderalismus“ und die Umbildung der Verfassung, in: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 119 ff. (S. 137).

⁴⁰⁾ Zum Problembereich Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau vgl. *Böning*, Finanzverfassungsreform und Hochschulwesen, Konstanzer Blätter für Hochschulfragen, H. 24 (Sept. 1969), S. 5 ff.; *Feuchte*, Hochschulbau als Gemeinschaftsaufgabe, DV 5 (1972), S. 199 ff.; *Lichtenberg-Burckhardt-Elchlepp*, Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, 1971; *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Rdnr. 10 ff. zu Art. 91 a; *Schmittner*, Der Bund als Gesetzgeber im Hochschulbereich, WissR 4 (1971), S. 234 ff.; *Stoltenberg*, Der Ausbau und Neubau von wissenschaftlichen Hochschulen als zukünftige Gemeinschaftsaufgabe des Bundes und der Länder, ZRP 1969, S. 185 ff. — Zum Gesamtkomplex der Gemeinschaftsaufgaben allgemein neuestens *Kölble*, Reform der Gemeinschaftsaufgaben? Zur Weiterentwicklung des Instituts der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a, 91 b und 104 a Abs. 4 GG, DVBl. 1972, S. 701 ff.; *Rietdorf*, Die Gemeinschaftsaufgaben — ein Schritt zur gemeinsamen Aufgabenplanung von Bund und Ländern? DÖV 1972, S. 513 ff.; *Soell*, Sind die Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a GG ein geeignetes Instrument zur Weiterentwicklung des föderativen Systems? in: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 397 ff.

Art. 91 a I Ziff. 1 GG grenzt nach seinem Wortlaut die Mitwirkung des Bundes auf dem dort angegebenen Sachgebiet in mehrfacher Weise ein:

a) Begriffliche Einschränkung in Art. 91 a I 2. Halbsatz (Bedeutsamkeits- und Erforderlichkeitsklausel)

Der Bund wirkt (nur) dann mit, wenn die genannten Aufgaben „für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist“. Diese kumulative begriffliche Einschränkung in Art. 91 a I 2. Halbsatz hat jedoch realiter keine einschränkende Wirkung. Angesichts der Weite und Vagheit jener Formel ist die von *Friedrich Klein* getroffene Feststellung völlig zutreffend: „In den aufgeführten Sachgebieten wird man das Vorliegen dieser Voraussetzungen praktisch immer mit allgemeinen Erwägungen bejahen können“⁴¹). Gerade das Sachgebiet „Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken“ ist dafür ein gutes Beispiel.

b) Modifizierung der staatlichen Zuordnung der bisherigen Länderaufgabe Hochschulbau

Unzweifelhaft waren Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken bis zur Einfügung des Art. 91 a eine Aufgabe der Länder. Aus dem Wortlaut des Art. 91 a I 1. Halbsatz GG („... bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder...“) läßt sich entnehmen, daß die in dieser Bestimmung aufgezählten Sachgebiete auch weiterhin an sich „Aufgaben der Länder“ bleiben⁴²). Diese Feststellung hat nicht nur formaljuristischen Charakter, sondern trägt in Verbindung mit aus anderen Bestimmungen des GG herzuleitenden Argumenten auch durchaus materiellrechtliche Feststellungen; z. B. erhärtet Art. 91 a I GG die Rechtslage, daß der Bund — abgesehen von Hochschulen, die ausschließlich den Bedarf eines Zweiges der Bundesverwaltung oder der Bundeswehr decken sollen (Stichwort: Bundeswehrhochschulen) — keine bundeseigenen Hoch-

⁴¹) Die Regelung der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern im Grundgesetz. Eine kritische Würdigung, *Der Staat* 11 (1972), S. 294. — Vgl. auch *Tiemann*, a. a. O. (Fußn. 4), S. 222, und — schon für Art. 85 a des Entwurfs im Troeger-Gutachten — *Konow*, *Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben*, DÖV 1966, S. 368 ff. (S. 369).

⁴²) Das ist unbestritten; vgl. *Maunz*, a. a. O. (Fußn. 40), Rdnr. 3 zu Art. 91 a; *Sturm*, a. a. O. (Fußn. 29), S. 7; *Tiemann*, a. a. O. (Fußn. 4), S. 223. — Vgl. aber auch Art. 74 Ziff. 13 GG, wonach der Bund sich zur „Förderung der wissenschaftlichen Forschung“ beteiligen konnte.

schulen errichten darf⁴³⁾. Dagegen halte ich die in einem für die Bundesassistentenkonferenz erstatteten Rechtsgutachten vertretene Auffassung für nicht richtig, derzufolge aus der Einführung der Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a GG sich eine Reduzierung der Fachaufsicht über die Hochschulen ergeben könne⁴⁴⁾. Jedoch läßt sich nicht bestreiten, daß die in Art. 91 a I Ziff. 1—3 aufgezählten Länderaufgaben, denen der Bedeutsamkeits- und Erforderlichkeitsstempel des Art. 91 a I GG aufgedrückt ist, Aufgaben sind, die sich von den normalen, reinen Länderaufgaben unterscheiden. Indem der Verfassungsgesetzgeber den Terminus „Gemeinschaftsaufgaben“ nicht nur als Überschrift des Abschnittes VIII a, sondern im Art. 91 a I GG selbst verwendet, gebraucht er nicht nur ein Kürzel, sondern modifiziert er — wie sich schon aus dem Begriff „Gemeinschaftsaufgabe“ selbst, aber auch aus der Regelung des Art. 91 a III GG ergibt — die Zuordnung dieser Aufgaben.

c) „Experimentierfelder“ als Hochschuleinrichtungen

Art. 91 a I Ziff. 1 GG erklärt den Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der *Hochschulkliniken* zu einer Gemeinschaftsaufgabe. Die jetzige Fassung ist gegenüber der Fassung des Regierungsentwurfes insofern erweitert, als die in ihm nicht vorgesehen gewesenen Hochschulkliniken hinzugekommen sind (übrigens auf Betreiben der Länder) und durch das 27. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 31. Juli 1970⁴⁵⁾ die Beschränkung auf „wissenschaftliche“ Hochschulen fallengelassen worden ist; damit wurde die Möglichkeit eröffnet, auch die Fachhochschulen und die Kunst-, Musik- und Sporthochschulen in die Gemeinschaftsaufgaben einzubeziehen

⁴³⁾ Zur Frage der bundeseigenen Hochschulen vgl. M. Erhardt, Stiftungsuniversität des bürgerlichen Rechts? WissR 3 (1970) S. 97 ff. (S. 111 ff.); Liesegang, Der praktische Fall. Öffentliches Recht: Die bundeseigenen Universitäten, JuS 1972, S. 40 ff. (S. 41); H. H. Rupp, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit bundeseigener wissenschaftlicher Hochschulen, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für H. Kaufmann, 1972, S. 327 ff. — Vgl. auch die Stellungnahme der 94. WRK vom 25. Januar 1972 und der 98. WRK vom 4. Juli 1972 zur Neuordnung der Ausbildung und Bildung in der Bundeswehr.

⁴⁴⁾ Lüthje, Hochschulreform als Bundesaufgabe, Gutachten zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Hochschulwesen, in: Bundeskompetenz und Bildungsplanung, Schriften der Bundesassistentenkonferenz 10, 1971, S. 10: „Verstärkt der Bundesgesetzgeber einerseits den staatlichen Einfluß im Hochschulwesen durch ein bisher nicht vorhandenes wirkungsvolles Planungsinstrumentarium, so ist er auch befugt, das Gleichgewicht zwischen Hochschule und Staat durch Beseitigung oder Einschränkung der Fachaufsicht wieder herzustellen“.

⁴⁵⁾ BGBl. 1970 I, S. 1161.

(zu Einzelheiten vgl. § 4 Hochschulbauförderungsgesetz vom 1. September 1969 (HSchBFG)⁴⁶⁾. Nach der 4. Verordnung zur Ergänzung der Anlage zum HSchBFG vom 31. August 1972⁴⁷⁾ umfaßt die Liste der Hochschulen im Sinne von Art. 91 a I Ziff. 1 GG insgesamt 160 Hochschulen, von der Fachhochschule in Aalen über die Fachhochschule in Buxtehude („Nordostniedersachsen“) bis zur Pädagogischen Hochschule in Weingarten und zur Fachhochschule in Weihenstephan⁴⁸⁾. Auch für die Fachhochschulen in Zwiesel und Selb besteht die Verpflichtung, sie zu Hochschulen auszubauen. Da der Verfassungsgesetzgeber diese Erweiterung durch die erwähnte Änderung des Art. 91 a I Ziff. 1 GG im Jahre 1970 gewollt und erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, ist sie verfassungsrechtlich unbedenklich.

Wie leicht aber die im Begriff Hochschulen liegenden Schranken des Art. 91 a I Ziff. 1 GG in der Praxis übersprungen werden können, zeigen die Beispiele Bielefelder Laborschule und Bielefelder Oberstufenkolleg.⁴⁹⁾ Unter „Laborschule“ wird dabei das Projekt einer beschränkten Gesamtschule verstanden, die von 660 Schülern im Alter zwischen 5 und 16 Jahren besucht werden soll⁵⁰⁾, unter Oberstufenkolleg ein besonderer Typ eines Oberstufen- oder hochschulbezogenen Kollegs, das die Oberstufe bisheriger Gymnasien und integrierter Gesamtschulen (d. h. das 11. bis 13. Schuljahr allgemeinbildender Vollzeitschulen) mit der Grundstufe wissenschaftlicher Hochschulen zu einer eigenen Einrichtung der „Tertiärstufe“ zusammenfaßt⁵¹⁾. Die Idee der Laborschule und des Oberstufenkollegs,

⁴⁶⁾ BGBl. 1969 I, S. 1556; Änderungsgesetz vom 3. September 1970, BGBl. 1970 I, S. 1301. — Zum HSchBFG allgemein (vgl. auch oben Fußn. 40): Schmittner, Gedanken zum Hochschulbauförderungsgesetz, DUZ 1969, H. 17/18, S. 19 ff.; ders., das Hochschulbauförderungsgesetz auf dem Prüfstand, DUZ 1970, H. 12, S. 8 ff.; ders., Die Gemeinschaftsaufgabe „Ausbau und Neubau von Hochschulen“, BayVBl. 1970, S. 421 ff.

⁴⁷⁾ BGBl. 1972 I, S. 1659.

⁴⁸⁾ Vgl. die Übersicht im Zweiten Rahmenplan für den Hochschulbau nach dem Hochschulbauförderungsgesetz (hrsg. vom BMBW), 1972, S. 42 ff.

⁴⁹⁾ Vgl. H. v. Hentig, Gedanken zur Neugestaltung der Oberstufe, in: Neue Sammlung, 3. Sonderheft, 1966; ders., Universität und Höhere Schule, 1967, passim, insbes. S. 81 ff.; ders., (in Zusammenarbeit mit A. Harnischfeger, D. Hopf, L. Huber, Chr. Dehler, H.-H. Wilhelmi), Das Bielefelder Oberstufen-Kolleg, Begründung, Funktionsplan und Rahmen, Flächenprogramm, 1971; ders., Die Bielefelder Laborschule, Allgemeiner Funktionsplan und Rahmenflächenprogramm, 1971.

⁵⁰⁾ Vgl. H. v. Hentig, Das Bielefelder Oberstufen-Kolleg, S. 11.

⁵¹⁾ H. v. Hentig, a. a. O., (Fußn. 50), S. 18. Die Rechts- und Verwaltungsform des Oberstufenkollegs ist bisher — soweit ich sehe —

sog. „Curriculum-Werkstätten“, geht davon aus, daß „die Erziehungswissenschaft, wenn die Kluft zur praktischen Pädagogik sich nicht ständig erweitern soll, auf ein Erprobungsfeld in einer ihr unmittelbar verbundenen Schule angewiesen ist“⁵²⁾. Beide Schulprojekte „dienen als Instrumente der Forschung, und zwar der Universität insgesamt, der Pädagogik insbesondere, den beteiligten Verhaltenswissenschaften und den Disziplinen, die hier ihre fach- und stufenbezogenen Didaktiken entwickeln können: „von der Vorschule bis zur Habilitation“. An diesen Einrichtungen und an ihren Entwicklungsprozessen gewinnt die Hochschule die Anlässe, das Interesse und die Beobachtungs- und Experimentiermöglichkeiten für eine neue Lern- und Vermittlungsökonomie“⁵³⁾.

Juristisch interessant ist nun die Tatsache, daß beide Einrichtungen durch Erlaß des Ministers für Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen⁵⁴⁾ zu Einrichtungen der Universität erklärt worden sind:

„Die bei der Universität Bielefeld zu errichtende Laborschule und das zu errichtende Oberstufenkolleg werden Einrichtungen der Universität. Sie dienen der Erforschung und Entwicklung von Curricula in den Bereichen der Primar-, Sekundarstufe I und II und des Grundstudiums. In Anwendung dieser Curricula erfüllen sie zugleich schulische Aufgaben, haben schulischen Charakter und unterliegen der Schulaufsicht des Kultusministers.

Die Universität wird ein Kuratorium errichten, in dem auch der Kultusminister und der Minister für Wissenschaft und Forschung vertreten sind. Es dient der Beratung und der Koordination sowie der Erörterung von ggf. zu klärenden Fragen der Abgrenzung des schulaufsichtlichen Bereichs von Forschung und Lehre. Die Einzelheiten hierzu regelt die Universität durch Satzung, die der Genehmigung des Ministers für Wissenschaft und Forschung und des Kultusministers bedarf“.

In der Praxis bedeutet dies, daß Einrichtungen, die — wie die Laborschule zweifellos und das Oberstufenkolleg zumindest überwiegend — zumindest auch dem schulischen Bereich angehören, als Neubau oder Ausbau von Hochschulen deklariert und, wenn sie nach Landesrecht einer Hochschule ein- oder

nur von H.-H. *Wilhelmi* (in H. v. *Hentig*, a. a. O. Fußn. 50), S. 54 f. erörtert worden; *Wilhelmi* schlägt als gemäße Form Personalkörperschaft mit Satzungsbefugnis vor.

⁵²⁾ H. v. *Hentig*, a. a. O. (Fußn. 50), S. 12.

⁵³⁾ H. v. *Hentig*, a. a. O. (Fußn. 50), S. 14 f.

⁵⁴⁾ Erlaß III B 3 48 — 18/4/1/18 Nr. 788/71 vom 11. Juni 1971.

angegliedert sind, damit zu einer Gemeinschaftsaufgabe i. S. des Art. 91 a I Ziff. 1 GG werden können⁵⁵⁾. Weitere Schritte liegen dann nicht mehr fern: Mit der Begründung, die Erziehungswissenschaft brauche Experimentierfelder, könnten logischerweise auch Kindergärten als Einrichtungen der Hochschulen an der Bundesfinanzierung teilhaben.⁵⁶⁾

d) Befassung des Planungsausschusses Hochschulbau mit der inneren Struktur der Hochschulen

Art. 91 a I Ziff. 1 GG beschränkt die Mitwirkung des Bundes auf den „Ausbau und Neubau“ von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken.

„Ausbau und Neubau“ sind bei wörtlicher Auslegung Begriffe des Bauens in engerem Sinne, d. h. der Erweiterung und der Errichtung von Gebäuden einschließlich all dessen, was in der Sprache der Architekten unter Anlagen der Be- und Entsorgung zu verstehen ist. Art. 91 a II GG sieht jedoch vor, daß die Gemeinschaftsaufgaben durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates näher bestimmt werden, und daß dieses Gesetz „allgemeine Grundsätze“ für die Erfüllung der Gemeinschaftsaufgaben enthalten soll. Diese „allgemeinen Grundsätze“ sind in § 2 HSchBFG wie folgt umschrieben worden: „Die Gemeinschaftsaufgabe soll so erfüllt werden, daß die Hochschulen als Bestandteil des gesamten Forschungs- und Bildungssystems künftigen Anforderungen genügen. Bund und Länder haben bei der Erfüllung der Gemeinschaftsaufgaben darauf hinzuwirken, daß

1. die Hochschulen nach Aufgabenstellung, Zahl, Größe und Standort ein zusammenhängendes System bilden, durch das

⁵⁵⁾ Ein Zwang zur Einbeziehung in die Gemeinschaftsaufgaben besteht allerdings nicht; in der Praxis geht man wohl davon aus, daß es einen verfassungsrechtlich geschützten Hochschulbegriff materieller Art nicht gibt; vgl. dazu aber *Maunz in Maunz-Dürig-Herzog*, Rdnr. 13 und 14 zu Art. 91 a. — Ein ähnliches Problem wie bei dem für Laborschule und Oberstufenkolleg genannten stellt sich übrigens auch bei den Schulen für medizinisch-technische Assistentinnen und den Schwesternschulen.

⁵⁶⁾ Eine ganz andere — in der Praxis höchst wichtige — Frage ist die nach der Finanzierung des Studentenwohnheimbaus; hier bestehen gemeinsame Richtlinien von Bund und Ländern auf der Grundlage von Art. 104 a GG; vgl. Pressemitteilung BMBW 7/72 vom 6. März 1972, 24/72 vom 22. Juni 1972 und 46/72 vom 30. Juni 1972. Derzeit läuft eine Initiative im Bundesrat. — Die Frage, ob Studentenwohnheime vom Regelungsgegenstand des Art. 91 a I Ziff. 1 GG erfaßt werden, ist schon mehrfach parlamentarisch diskutiert worden; vgl. den Antrag der CDU/CSU-Fraktion BT-Drucks. VI/2465 und Stenograph. Protokoll der 63. Sitzung des Rechtsausschusses am 11. November 1971.

ein ausreichendes und ausgeglichenes Angebot an Ausbildungs- und Forschungsplätzen gewährleistet wird;

2. an den Hochschulen nach Maßgabe ihrer jeweiligen Aufgabenstellung Forschungsschwerpunkte unter Berücksichtigung der hochschulfreien Forschungseinrichtungen gefördert werden;

3. die baulichen Voraussetzungen für ein ausgewogenes Verhältnis von Forschung und Lehre und für eine funktionsgerechte Hochschulstruktur und Neuordnung des Studiums geschaffen werden;

4. eine möglichst günstige Ausnutzung der vorhandenen und neuen Einrichtungen unter Berücksichtigung der voraussehbaren Nachfrage nach Studienplätzen und des langfristig zu erwartenden Bedarfs gewährleistet ist“.

Die Bestimmung des § 2 HSchBFG greift also ganz offenkundig über den Bereich des Bauens im engen Sinne hinaus. Mit dem Postulat, die Hochschulen sollen „nach Aufgabenstellung, Zahl, Größe und Standort ein zusammenhängendes System bilden“ (Ziff. 1), sind rechtliche Grundlagen für die Errichtung von Gesamthochschulen getroffen worden, wenn auch wegen der zwischen Regierungsparteien und Opposition bestehenden Meinungsverschiedenheiten (Stichwort: integrierte oder kooperative Gesamthochschule) in einer weiten, die Rahmenpläne für beide erfassenden Formulierung. Angesprochen sind auch in Ziff. 3 eine „funktionsgerechte Hochschulstruktur“ und die „Neuordnung des Studiums“. Dennoch wäre eine Auslegung des § 2 HSchBFG überdehnt, die aus dieser Bestimmung dem Bund die Befugnis zur Gestaltung der inneren Struktur der Hochschulen einräumen würde. Eine derartige Gestaltungsbefugnis kann der Bund nur aus Art. 75 I Ziff. 1 a GG (Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes für „die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens“ — Stichwort: Entwurf eines Hochschulrahmengesetzes⁵⁷⁾) in Anspruch nehmen. Fehlt das Rahmengesetz, so dürfen wegen des Verhältnisses von Art. 91 a GG zu Art. 75 I Ziff. 1 a GG die Art. 91 a I Ziff. 1, Art. 91 a II GG und das HSchBFG nicht als Vehikel benutzt werden, um

⁵⁷⁾ BT-Drucks. VI/1873. — Dazu *Brauns*, Zum Entwurf eines Hochschulrahmengesetzes, ZRP 1972, S. 43 ff.; *Denninger*, Das Hochschulrahmengesetz — Kernstück einer Bildungsreform? 1972. — Allgemein zur Hochschulrahmenkompetenz: *Kuhn*, Die Rahmenkompetenz des Bundes für das Hochschulwesen, DVBl. 1969, S. 727 ff.; *Martin*, Überlegungen zu einem Hochschulrahmengesetz des Bundes, DUZ 1969, H. 14, S. 1 ff.

die ausgebliebene Regelung nach Art. 75 I Ziff. 1 a GG im Wege der Gemeinschaftsaufgabe einzuführen⁵⁹⁾.

Die Praxis sieht allerdings keineswegs so aus, daß der Planungsausschuß für den Hochschulausbau Erörterungen über die innere Struktur aus seiner Arbeit ausspart. Der vom Planungsausschuß aufgestellte „2. Rahmenplan für den Hochschulbau 1973—1976“ nennt in den Zielvorstellungen des Planungsausschusses „die Hochschulstruktur“ an erster Stelle, und erst danach folgen „die zu schaffenden Studienplätze“, der „überregionale Ausgleich bei den Ausbauplanungen der einzelnen Länder“ und schließlich „die Planung, Ausführung und Nutzung von Hochschulbauten“⁶⁰⁾.

Die Aussagen des Planungsausschusses sind allerdings allgemein gehalten, wenn er z. B. formuliert:

„In engem Zusammenhang mit der Neuordnung des Hochschulbereiches steht die Neuordnung der Personalstruktur; sie ist eine wichtige Voraussetzung dafür. Die Neustrukturierung im Personalbereich wird nur gelingen, wenn gleichzeitig eine ausreichende Zahl von Stellen für Professoren und Assistenzprofessoren (vor allem durch Umwandlung vorhandener Stellen) geschaffen wird, wobei Art und Umfang der mit diesen Stellen verbundenen Aufgaben in Forschung und Lehre differenzierter als bisher festgelegt werden müssen“⁶¹⁾. Oder: „Die zeitliche Gliederung des akademischen Jahres führt dazu, daß ein Teil der Räumlichkeiten und Einrichtungen etwa 5/12 des Jahres nicht genutzt wird“⁶²⁾. Oder: „Der Planungsausschuß unterstreicht die Notwendigkeit gerade auch solcher Maßnahmen zur Studienreform, durch die den Studenten die Einhaltung angemessener Regelstudienzeiten ermöglicht wird“⁶³⁾. Schließlich: Es muß „besonders für eine qualitativ und quantitativ ausreichende Nachwuchsförderung, vor allem durch eine

⁵⁹⁾ Zutreffend Kuhn, a. a. O. (Fußn. 57), S. 731; Schmittner, DUZ 1969, H. 17/18, S. 23. — Problematisch ist daher die Feststellung von Waldau, Das Deutsche Bundesrecht, hrsg. von Köible, VIII A 25 S. 10, Erl. zu § 2 HSchBFG: „Im übrigen ist die ursprüngliche Befürchtung der Länder, der Bund wolle über die Rahmenplanung beim Hochschulbau in Kompetenzen der Länder eingreifen und versuchen auf allgemeine Reformmaßnahmen an den Hochschulen einzuwirken, dadurch ausgeräumt, daß der Bund noch vor Verabschiedung des Hochschulbauförderungsgesetzes die Rahmengesetzgebungskompetenz für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens erhalten hat.“

⁶⁰⁾ A. a. O., S. 7.

⁶¹⁾ A. a. O., S. 9.

⁶²⁾ A. a. O., S. 22.

⁶³⁾ A. a. O., S. 24.

volle Ausschöpfung der Möglichkeiten des Graduiertenförderungsgesetzes, gesorgt werden⁶³⁾.

Erheblich detaillierter sind dagegen die Vorschläge, die der Bundesminister für Bildung und Wissenschaft in seinem langfristigen Zeitplan für die Verwirklichung von Reformschritten („Reformkalender“) gemacht hat⁶⁴⁾. Nach diesem „Reformkalender“ sollen u. a. folgende Ziele in dort jeweils genannten Fristen verwirklicht werden:

„Die Hochschulen müssen sicherstellen, daß die erforderlichen Lehrveranstaltungen tatsächlich angeboten werden (ab 1974); daß Nebentätigkeiten der Hochschullehrer nicht die Erfüllung der Lehrverpflichtungen unmöglich machen (1974); die Hochschullehrer müssen von unnötigen Verwaltungsarbeiten entlastet werden (1974)⁶⁵⁾; „generelle Einführung des Studienjahres mit neunmonatigem Lehrbetrieb (ab 1976)“; grundsätzliche Einhaltung der Regelstudienzeit für diejenigen Studienanfänger, die ab 1977/78 ihr Studium beginnen⁶⁶⁾.

In der Pressemitteilung des Bundesministeriums für Bildung und Wissenschaft heißt es dazu: „Der Bund legt diesen Vorschlag dem Planungsausschuß nach dem Hochschulbauförderungsgesetz zur Beratung vor“. Und zur verfassungsrechtlichen Begründung kann man dort lesen: „Der Bund kann derartige innere Reformen auf der Grundlage seiner Rahmenkompetenz für das Hochschulwesen und im Rahmen der gemeinsamen Bauplanung von Bund und Ländern unterstützen⁶⁷⁾. Es zeigt sich hier, daß der Planungsausschuß nach dem HSchBFG sich durchaus mit mehr als nur dem äußeren Vorgang des Ausbaus und Neubaus von Hochschulen befaßt.

Die Praktiker auf dem Gebiet des Hochschulwesens plagt dabei kein schlechtes Gewissen; sie berufen sich auf § 2 Ziff. 1, 3 und 4 HSchBFG. Einschlägig könnte davon m. E. allenfalls Ziff. 4 sein, wonach Bund und Länder bei der Erfüllung der Gemeinschaftsaufgaben darauf hinzuwirken haben, daß „eine

⁶³⁾ A. a. O., S. 26. — Trotz der Allgemeinheit aller dieser Formulierungen kann ihnen eine (zumindest) mittelbarer Einflußnahme nicht abgesprochen werden, zumal wenn die Erfüllung zur Voraussetzung für die Aufnahme in den Rahmenplan gemacht wird. — Beispiele weiterer derartiger Forderungen könnten sein: Zentrale Raumverteilung, zentrale Stundenplanverteilung, zentrale Gerätekartei, Erlaß von Studienordnungen, Einrichtung einer Studienberatung.

⁶⁴⁾ Pressemitteilung des BMBW Nr. 72/72 vom 15. September 1972.

⁶⁵⁾ A. a. O., S. 5.

⁶⁶⁾ A. a. O., S. 4.

⁶⁷⁾ A. a. O., S. 5, S. 3.

möglichst günstige Ausnutzung der vorhandenen und neuen Einrichtungen... gewährleistet ist". Jedoch erscheint eine solche Sicht höchst bedenklich.

Wäre oder ist § 2 Ziff. 4 HSchBFG tatsächlich ein so weit geöffnetes Tor, durch das man unbeschränkt auf Reformen der inneren Struktur der Hochschulen losmarschieren kann, dann erstaunt auch nicht der Auftrag des Bundesministers für Bildung und Wissenschaft an die Kienbaum Unternehmensberatung, eine „Untersuchung zur intensiveren Nutzung der räumlichen Kapazität an Hochschulen“ anzustellen⁶⁸⁾, die als „hauptsächlich festgestellte organisatorische Schwachstellen“ an den juristischen Instituten, Seminaren und Lehrstühlen in Münster und Bochum das Fehlen von Funktions- bzw. Geschäftsverteilungsplänen und Arbeitsplatzbeschreibungen rügt⁶⁹⁾, und die des weiteren beklagt, daß die Schreibtische der Ordinarien in der Rechtswissenschaftlichen Abteilung Bochum — wiewohl „Funktionsmöbel“ — „nicht immer funktionsgerecht eingesetzt werden“⁷⁰⁾.

e) Begrenzung der Einflußnahme des Bundes und finanzielle Schlüsselrolle des Bundes

Verlassen wir die nur wegen ihrer Komik erwähnenswerte Frage der Hängeregistratur in Ordinarienschreibtischen im besonderen und die ernste Frage nach dem Einfluß des Bundes auf die innere Struktur der Hochschulen im allgemeinen (Zweifel bleiben: Kann man überhaupt sinnvolle Bauplanung und Kapazitätenberechnung betreiben, ohne vorher die Frage der inneren Struktur der Hochschulen zu klären?)⁷¹⁾ und wenden wir uns der Planung des eigentlichen Ausbaues und Neubaus zu.

⁶⁸⁾ Kienbaum Unternehmensberatung, Bericht über eine Untersuchung zur intensiveren Nutzung der räumlichen Kapazität an Hochschulen vom 22. November 1971.

⁶⁹⁾ A. a. O., S. 113-114.

⁷⁰⁾ A. a. O., S. 132. — Mit der Wiedergabe dieses Zitates, das keiner Persiflage bedarf, soll nicht bestritten werden, daß das Gutachten in anderen Punkten durchaus einzelne bedenkenswerte Anregungen gibt.

⁷¹⁾ Im Schrifttum wird mit Nachdruck darauf hingewiesen, daß a) Art. 91 a GG dem Bund keine Befugnis zur Einflußnahme auf die innere Struktur gibt (vgl. Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdnr. 10 zu Art. 91 a; wohl auch Lüthje, a. a. O. (Fußn. 44, S. 22), und daß b) Hochschulbau (Hochschulfinanzierung) Ausstrahlungen auf andere Bereiche des Hochschulwesens, ja auf das ganze Bildungswesen überhaupt hat (insoweit zutreffend auch Feuchte, a. a. O. (Fußn. 40), S. 215 ff., S. 221.) Damit wäre die Quadratur des Kreises notwendig; jedenfalls ist diese Frage im Schrifttum bisher noch nicht geklärt.

Hier bleibt zunächst festzustellen, daß gemäß § 8 I HSchBFG⁷²⁾ die Initiative zu den Bauvorhaben (allein) von dem jeweiligen Land ausgeht. Die Länder — und nur sie — können Vorhaben zur Aufnahme in den gemeinsamen Rahmenplan nach § 5 HSchBFG anmelden („Anmeldungsmonopol“).

Auf die Entscheidung über die Behandlung im Planungsausschuß kann der Bund im Vorfeld nur über seine Beteiligung im Wissenschaftsrat bei dessen Empfehlungsbefugnis (§ 9 II, III HSchBFG)⁷³⁾ Einfluß nehmen, jedoch ist dieser Einfluß wegen der bekannten Zusammensetzung des Wissenschaftsrates nur sehr verdünnt⁷⁴⁾. Zu den Anmeldungen der Länder hat der Wissenschaftsrat bisher fast immer eine positive Empfehlung abgegeben; nur ganz selten hat der Wissenschaftsrat eine Zurückstellung empfohlen⁷⁵⁾. Der Planungsausschuß nach dem HSchBFG selbst ist zwar formell nicht an die Empfehlung des Wissenschaftsrates gebunden, jedoch scheint das Sachverständigengewicht des Wissenschaftsrates so schwer zu wiegen, möglicherweise auch die informelle Vorabklärung so gut zu funktionieren, daß der Planungsausschuß in seiner bisherigen Praxis im Prinzip den Empfehlungen des Wissenschaftsrates und damit im Ergebnis auch fast immer den Anmeldungen der Län-

⁷²⁾ § 8 I HSchBFG lautet: „Bis zum 1. Februar jeden Jahres gibt jedes Land seine allgemeinen und langfristigen Ziele auf dem Gebiet des Hochschulbaus dem Bundesminister für wissenschaftliche Forschung bekannt und meldet dabei die in § 6 Nr. 2 und 3 genannten Vorhaben zur Aufnahme in den Rahmenplan an. Mit der Anmeldung gilt die Zustimmung des Landes gemäß Artikel 91 a Abs. 3 Satz 2 des Grundgesetzes als erteilt. Die Zustimmung kann bis zur Beschlußfassung über den Rahmenplan widerrufen werden“.

⁷³⁾ § 9 HSchBFG lautet: „(1) Die Unterlagen nach § 8 sind zunächst dem Wissenschaftsrat zu übersenden. (2) Der Wissenschaftsrat soll unbeschadet seiner übrigen Aufgaben bis zum 15. April jeden Jahres Empfehlungen für den Rahmenplan aussprechen. (3) Empfehlungen nach Absatz 2 sind Beratungsgrundlage des Planungsausschusses. Der Planungsausschuß gibt dem Vorsitzenden des Wissenschaftsrates Gelegenheit zur Stellungnahme, soweit er von den Empfehlungen abweichen will. (4) Der Planungsausschuß übersendet dem Vorsitzenden des Wissenschaftsrates eine Ausfertigung des aufgestellten Rahmenplans“.

⁷⁴⁾ In der Verwaltungskommission haben der Bund 6 Mitglieder mit zusammen 11 Stimmen, die Länder 11 Mitglieder mit ebenfalls zusammen 11 Stimmen. Von der Wissenschaftlichen Kommission (22 Mitglieder) werden die 6 Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens auf gemeinsamen Vorschlag der Bundesregierung und der Länderregierungen ernannt (§ 4 II, III des Abkommens zwischen Bund und Ländern über die Errichtung eines Wissenschaftsrates vom 5. September 1957 (BGBl. 1957, I S. 553), zuletzt verlängert durch das Abkommen vom 26. August 1968 (BGBl. 1968, I S. 133).

⁷⁵⁾ Ein Beispiel für die Empfehlung einer Zurückstellung ist das Projekt Hagen.

der gefolgt ist. Es kann also keine Rede davon sein, daß der Bund im Planungsausschuß seine große Stimmenzahl⁷⁶⁾ regelmäßig oder auch nur häufig dazu benutzt, unter Zuhilfenahme einiger anderer Länder Planungsvorhaben abzulehnen. Nicht zu belegen, aber auch nicht auszuschließen ist die Richtigkeit der Vermutung, daß der Planungsausschuß sogar von den Ländern selbst nicht ungern als „Filter“ angesehen wird, auf den man verweisen kann, um dem Druck einzelner Kommunen oder einzelner mächtiger Politiker auf Ausbau und Aufwertung von Hochschuleinrichtungen in ihrem Raum zu widerstehen.

Keines besonderen Hinweises bedarf — weil in Art. 91 a III S. 2 GG ausdrücklich statuiert⁷⁷⁾ — schließlich die wichtige Tatsache, daß kein Land gegen seinen Willen zu einem Hochschulbauvorhaben in seinem Landesgebiet gezwungen werden kann.

Nicht *expressis verbis* in Art. 91 a GG angeschnitten, aber m. E. aus dem Sinn dieser Vorschrift zu beantworten ist auch die Frage nach der sog. *Sperrwirkung*⁷⁸⁾. Eine absolute Sperrwirkung in der Weise, daß die Länder außerhalb der Abwicklung über das Institut der Gemeinschaftsaufgaben keinen Ausbau oder Neubau von Hochschulen mehr vornehmen dürfen, kann nicht angenommen werden. Deshalb darf ein Land „auf eigene Faust“ (sprich vor allem: auf eigene Kosten) zusätzlich bauliche Maßnahmen zur Lösung des *numerus clausus*-Problems ergreifen. Allerdings kann aus dem Sinn der Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben ohne weiteres die Rechtspflicht entnommen werden, daß derartige eigenständige Maßnahmen des Landes nicht dem Rahmenplan zuwiderlaufen und seine Zwecke vereiteln dürfen. Eines Rückgriffes auf die große Münze der Bundestreue bedarf es zur Begründung dieser Feststellung m. E. nicht⁷⁹⁾.

⁷⁶⁾ Gemäß § 7 II S. 2 HSchBFG entspricht die Stimmenzahl des Bundes der Zahl der Länder; gemäß § 7 II S. 3 hat der Bund also 11 Stimmen.

⁷⁷⁾ „Die Aufnahme eines Vorhabens in die Rahmenplanung bedarf der Zustimmung des Landes, in dessen Gebiet es durchgeführt wird“.

⁷⁸⁾ Zu dieser Frage vgl. *Goroncy*, Der Mitwirkungsbereich des Bundes bei den Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91 a und 91 b des Grundgesetzes, DÖV 1970, S. 113; *ders.*, Mitwirkungsbereich und Zusammenwirken bei den Gemeinschaftsaufgaben, DÖV 1971, S. 85; *Kisker*, a. a. O. (Fußn. 24), S. 288 ff.; *F. Klein*, a. a. O. (Fußn. 41) S. 297; *Liesegang-Plöger*, a. a. O. (Fußn. 110), S. 232; *Maunz in Maunz-Dürig-Herzog*, Rdnr. 23-25 zu Art. 91 a; *Schmittner*, WissR 4 (1971), S. 240 f.; *Schmidt-Bleibtreu-Klein*, Komm. zum GG, 2. Aufl. 1970, Rdnr. 15 zu Art. 91 a; *Soell*, a. a. O. (Fußn. 40), 419 ff.

⁷⁹⁾ Anders insoweit, d. h. mit Berufung auf das Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens, *Kisker*, a. a. O. (Fußn. 24), S. 288.

Schließlich braucht auch nicht näher ausgeführt zu werden, daß der Bund keine Befugnis hat, über die Planung und Mitfinanzierung des Ausbaues und Neubaus von Hochschulen auf den Inhalt von Forschung und Lehre Einfluß zu nehmen⁸⁰⁾. Die einschlägigen parlamentarischen Debatten über die Finanzie-

⁸⁰⁾ Man könnte auf den ersten Blick meinen, daß dies dem Bund (wie auch dem Land) ja überhaupt nicht möglich ist, selbst wenn er dies wollte. Abgesehen davon, daß Maßnahmen gegen überlange Studien bzw. allgemein solche zur Hebung der „Effektivität“ des Studiums nicht ohne Einfluß auf Forschung und Lehre bleiben werden, interessiert sich schon heute jedenfalls der Landesgesetzgeber durchaus um den Inhalt von Forschung und Lehre; vgl. die Kleine Anfrage im nordrh.-westf. Landtag vom 29. November 1972, Drucks. 7/2233:

„Die Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft hat am 3. April 1972 eine Erklärung herausgegeben (vgl. Zuschrift 7/1101), aus der hervorgeht, daß bei der Ausbildung des akademischen Nachwuchses der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften weder die Funktionen noch die speziellen volkswirtschaftlichen, betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Probleme öffentlicher Einrichtungen und Unternehmen sowie anderer Unternehmen mit gemeinwirtschaftlicher Aufgabenstellung ausreichend berücksichtigt werden. Die Probleme dieser Bereiche seien schon dadurch unzureichend berücksichtigt, daß die Unternehmenslehre im Rahmen der Wirtschaftstheorie am Modell des gewinnorientierten Unternehmens ausgerichtet sei. Die Hochschulen werden so zu Nachwuchsproduktionsstätten allein zum Nutzen der Privatwirtschaft. Dies steht jedoch im Widerspruch zu der wachsenden Bedeutung öffentlicher Einrichtungen und öffentlicher und gemeinwirtschaftlicher Unternehmen für die Verbesserung der Lebensverhältnisse. Wir fragen die Landesregierung:

1. Was gedenkt die Landesregierung zu tun, damit das oben beschriebene Mißverhältnis der Ausbildungsbereiche privatwirtschaftlicher und öffentlich- oder gemeinwirtschaftlicher Unternehmen an den Hochschulen in Nordrhein-Westfalen beseitigt wird?
2. Wie soll eine notwendige Intensivierung der Ausbildung des akademischen Nachwuchses in allen Fragen, die die Aufgabengebiete dieser Einrichtungen und Unternehmen berühren, erreicht werden?
3. Ist die Schaffung geeigneter Einrichtungen für Forschung und Lehre beabsichtigt, z. B. durch:
 - a) Einrichtung neuer Lehrstühle an den rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten und Fachbereichen (z. B. für Betriebslehre öffentlicher Unternehmen, Rechtsprobleme öffentlicher Unternehmen etc.),
 - b) stärkere Berücksichtigung dieser Fachgebiete bei den akademischen Prüfungen und
 - c) stärkere Berücksichtigung des Faches Finanzwissenschaft für Volkswirte, um die ökonomischen Probleme der einzelnen Zweige der öffentlichen Verwaltung, öffentlicher Einrichtungen und öffentlicher Unternehmen zu erreichen?“

rung der Universität Bremen sind bekannt⁸¹). Ohne hier auf die Probleme im einzelnen eingehen zu können, spricht vieles dafür, daß mindestens mit der durch Bundesgesetz bzw. Rechtsverordnung⁸²) der Bundesregierung erfolgten Aufnahme einer Hochschule in das Hochschulverzeichnis ein Vertrauenstatbestand geschaffen ist, der nicht einfach durch Einstellung der Finanzierung rückgängig gemacht werden kann, jedenfalls nicht aus Gründen, die schon bei der Entscheidung über die Aufnahme in das Hochschulverzeichnis abschließend geprüft worden sind.

Nicht zu bestreiten ist allerdings die Tatsache, daß der Bund wegen der Regelung des Art. 91 a IV S. 1 GG eine finanzielle Schlüsselrolle hat. In diesem Zusammenhang ist von der „Angebotsdiktatur“ des Bundes gesprochen worden, der die Länder, um der finanziellen Zuwendungen des Bundes teilhaftig zu werden, sich beugen müßten⁸³). Dies sei um so bedenklicher als der Bund nur die Investitionskosten, nicht dagegen die Folgekosten trage, durch welche letztere eine erhebliche Haushaltsbindung für die Zukunft eintrete⁸⁴).

Dem ist entgegenzuhalten, daß — wie der Run auf die Aufnahme in das Hochschulverzeichnis zeigt — die Länder sich der „Angebotsdiktatur“ höchst willig unterwerfen, und daß die Belastung mit den Folgekosten nicht ihre Ursache in der Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben hat, sondern in der schlichten Notwendigkeit, mehr Studienplätze zu schaffen⁸⁵). Nur neben-

⁸¹) Überblick über den Verlauf bei *Feuchte*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 215 ff.

⁸²) Vgl. § 4 I bzw. § 4 II HSchBFG.

⁸³) *Kisker*, a. a. O. (Fußn. 24), S. 290; *Seeger*, Möglichkeiten der Beteiligung des Landtags an den Planungen der Landesregierung, Gutachten, erstattet im Auftrag des Präsidenten des nordrh.-westf. Landtags, 1970, S. 16; *Soell*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 406 f.; *Tiemann*, a. a. O. (Fußn. 4), S. 260 ff., und *ders.*, Die neuen Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a, b GG) im System des Grundgesetzes, DÖV 1970, S. 166.

⁸⁴) *Feuchte*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 217 ff.; *Soell*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 405.

⁸⁵) Schätzungen des Wissenschaftsrates besagen, daß mit einem Anstieg der Zahl der Studenten von derzeit rd. 480 000 auf 1 Million im Jahre 1980 zu rechnen ist; der Wissenschaftsrat empfiehlt den Bau von 30 (!) neuen Hochschulen (Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Struktur und zum Ausbau des Bildungswesens im Hochschulbereich nach 1970, 1970). — Vgl. auch allgemein *Hitpass-Mock*, Studenteneskation, Expansion der Studentenzahlen bis zum Jahre 2000. Studienwünsche der Gymnasiasten und ihre Motive, 1969; *Mock*, Bildungsboom. Prognosen, Projektionen, Pläne bis zum Jahr

bei sei beim Stichwort Folgekosten hier vermerkt, daß auf den Bund seinerseits möglicherweise Ansprüche der Hochschulstädte aus Art. 106 VIII GG auf Ausgleich der Folgekosten zukommen werden, die durch die Errichtung neuer und den Ausbau bestehender Hochschulen bei Finanzierung nach Art. 91 a GG verursacht werden⁸⁶). Auf die Probleme der Gemeinden, die sich u. a. auch im Zusammenhang mit der neuen Einrichtung der „Akademischen Lehrkrankenhäuser“ ergeben, kann hier im übrigen nicht eingegangen werden⁸⁷).

5. Bundesgewicht beim Hochschulbau auf dem Prüfstein des Bundesstaatsprinzips

Will man die angeführten, das Bundesgewicht unterstreichen- den Feststellungen — nämlich a) keine eingrenzende Wirkung der Begriffe in Art. 91 a I 2. Halbsatz⁸⁸); b) Modifizierung der staatlichen Zuordnung der bisherigen Länderaufgabe Hochschulbau⁸⁹); c) Überspringen der Beschränkung auf Hochschulen⁹⁰); d) Befassung des Planungsausschusses Hochschulbau mit der inneren Struktur der Hochschulen⁹¹); e) Finanzielle Schlüsselrolle des Bundes⁹²) — auf den Prüfstein des Bundesstaatsprinzips legen, so kann man zwei unterschiedliche Ausgangspositionen beziehen.

a) Kulturhoheit als „Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“

Man kann die Kulturhoheit⁹³) als „Kernstück der Eigenstaatlichkeit der Länder“ verstehen, und manchen Zeugen für den

2000, 1970. — Zu den finanziellen Aufwendungen vgl. *Grellert*, Die Wissenschaftsausgaben des Bundes in den Jahren 1967 bis 1974, WissR 4 (1971), S. 141 ff.

⁸⁶) Dazu *Friauf*, Gemeindliche Ausgleichsansprüche bei Hochschulbauten, in: *Schriften zum Bildungswesen in Osnabrück*, Reihe A, Wissenschaftliche Arbeiten Bd. VI, 1972. — BMBW und BMF lehnen die Berechtigung solcher Ansprüche jedoch ab — ob zu Recht oder Unrecht kann hier nicht erörtert oder gar entschieden werden. — Allgemein zum Thema Die Gemeinschaftsaufgaben und die Gemeinden vgl. die gleichnamige Abhandlung von *Hölzl*, in: *Recht und Staat*, Festschrift für G. Küchenhoff, Bd. II, 1972, S. 485 ff.; *Henrichs*, Gemeinschaftsaufgaben, Bundesstaatsprinzip, kommunale Selbstverwaltung, 1968; *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, RdNr. 26 zu Art. 91 a; *Tiemann*, Gemeinschaftsaufgaben und Bundesfinanzhilfen im Verhältnis zur gemeindlichen Selbstverwaltung, Bayer-Bgmstr. 1970, S. 61 ff.

⁸⁷) § 3 Abs. 2 BÄrzteO (BGBl. 1970, I S. 237).

⁸⁸) Oben S. 63.

⁸⁹) Oben S. 63.

⁹⁰) Oben S. 64.

⁹¹) Oben S. 67.

⁹²) Oben S. 71.

⁹³) Zum Gebrauch dieses Begriffs vgl. *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, 1969, S. 556 Fußn. 19.

Nutzen dezentralisierter Bildung anrufen, der nicht übertriebener Freundschaft zum Föderalismus verdächtigt werden kann, etwa Otto v. Bismarck: „Dieser Partikularismus ist die Basis der Schwäche, aber auch nach einer Richtung hin die Basis der Blüte Deutschlands. Die kleinen Zentren haben ein Gemeingut von Bildung und Wohlstand in allen Teilen Deutschlands verbreitet, wie man es in zentralistisch organisierten Ländern schwer findet“⁹⁴). Oder Heinrich v. Treitschke: „Die einzig wirkliche Gefahr, welche der Einheitsstaat in seinem Schoße birgt, ist die Centralisation der Bildung“⁹⁵). Man kann auch — wie das Bundesverfassungsgericht jüngst in seinem Urteil vom 26. Juli 1972 betreffend die Besoldung der hessischen Lehrer, Schulräte, der beamteten Kammermusiker und der Akademischen Direktoren⁹⁶) — zu Art. 79 III GG darauf abstellen, ob die Länder „die Qualität von Staaten oder ein Essentiale der Staatlichkeit einbüßen“⁹⁷), und meinen, daß die Länder im Bundesstaat nur dann Staaten sind, „wenn ihnen ein Kern eigener Aufgaben als „Hausgut“ unentziehbar verbleibt“⁹⁸). Eine solche Sicht — noch dazu in Zusammenschau der Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben mit anderen inzwischen erfolgten oder geplanten Kompetenzverlagerungen auf den Bund⁹⁹) oder gar mit der Erwägung, nach der Ablehnung der Generalklausel für die Sachgebiete der Gemeinschaftsaufgaben den nun enumerativen Katalog des Art. 91 a I Ziff. 1—3 GG in Zukunft zu erweitern (Stichworte: Umweltschutz; Strafvollzug et alia)¹⁰⁰) — eine solche Sicht also mag den Vorgang des „Abpflügens“¹⁰¹) der Existenzgrundlagen der Länder als bedenklich weit vorangeschritten ansehen.

⁹⁴) Die gesammelten Werke, 1924—1932, Bd. 11, S. 44.

⁹⁵) Historische und politische Aufsätze, 5. Aufl., Bd. 3, 1886, S. 526—527.

⁹⁶) ZBR 1972, S. 248 ff. (S. 250).

⁹⁷) A. a. O., S. 250.

⁹⁸) A. a. O., S. 250.

⁹⁹) Über den (Gesetzgebungs)-Raum, der den Ländern verbleibt, vgl. *Bullinger*, DÖV 1970, S. 761 ff.; vgl. auch *ders.*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, AÖR 96 (1971), S. 237 ff.

¹⁰⁰) Vgl. die von *Soell*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 400 Fußn. 15 zitierten Autoren, sowie *Kölble*, Entwicklung der Bundesaufgaben und ihrer Finanzierung im Hinblick auf das Grundgesetz, in: Entwicklung der Aufgaben und Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 47, 1971, S. 41 ff. (S. 72).

¹⁰¹) So die Formulierung des konservativen Abg. *Kreth* im Reichstag vom 3. Mai 1912, die Existenzgrundlage der Bundesstaaten werde auf dem Wege des „Abpflügens“ laufend geschmälert, ohne daß vorerst ihr rechtlicher Status formell angetastet werde (Sten.-Ber.Dt.Reichstag 1912, S. 1683).

b) Problematik der Kulturhoheit der Länder

Man kann aber auch die Dinge von einer anderen Seite betrachten. So wäre zunächst zu fragen, ob sich gerade der Kulturbereich für staatliche Potenzteste eignet. Es wäre weiter darauf hinzuweisen, daß es eine Kulturhoheit der Länder¹⁰²⁾ in Reinkultur unter dem Grundgesetz nie gegeben hat (Stichwort: Auslandsschulen usw.)¹⁰³⁾; es müßte konstatiert werden, daß Kultur mit dem Bereich Bildung und Wissenschaft mehr ist als Museen, Theater und bildende Künste (Stichwort: Technik und Wissenschaft sind zur ersten Produktivkraft geworden [Habermas]¹⁰⁴⁾); man kann schließlich überhaupt unsicher werden, ob die Erörterungen über „Staatlichkeit“ oder Nichtstaatlichkeit der Länder weiterführen, wenn man sich z. B. erinnert, daß seit Jahren auf Betreiben des Generalsekretärs der Vereinten Nationen eine Arbeitsgruppe an eben dieser Frage (Stichwort: Ministstaaten) brütet¹⁰⁵⁾. Es wäre vermessen, hier en passant Sinn und Problematik des Föderalismus behandeln zu wollen; hierzu kann auf die umfangreiche, in wenigen Sätzen nicht adäquat referierbare Literatur verwiesen werden, z. B. auf die Arbeiten von Konrad Hesse¹⁰⁶⁾ Peter Lerche¹⁰⁷⁾, Walter Rudolf¹⁰⁸⁾ und Ulrich Scheuner¹⁰⁹⁾. Ich würde hier der Linie folgen, die Hesse vorgezeichnet hat, und meinen, daß — von Komplexen wie dem formellen Verfassungsrecht u. ä. abgesehen — den Ländern durch Art. 79 III GG grundsätzlich *nicht*

¹⁰²⁾ Gegen den Ausdruck „Kulturhoheit der Länder“ Scheuner, Bildungsplanung und ihre Grundlagen, DÖV 1965, S. 541 ff. — Zur Abgrenzung der Bereiche vgl. Maunz, Die Abgrenzung des Kulturbereichs zwischen dem Bund und den Ländern, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 257 ff.

¹⁰³⁾ Zu Fragen auswärtiger Kulturpolitik allgemein vgl. Auswärtiges Amt, Leitsätze für die auswärtige Kulturpolitik, Bonn, 1970; Mikat, Gedanken zur auswärtigen Kulturpolitik, in: Konkretionen politischer Theorie und Praxis (hrsg. von Ad. Arndt, Ehmke, Fetscher und Massing), 1972, S. 297 ff.; Oppermann, a. a. O. (Fußn. 93), S. 604 ff. m. w. N.

¹⁰⁴⁾ Habermas, Technik und Wissenschaft als „Ideologie“, 1969, S. 79 f.

¹⁰⁵⁾ Vgl. die Hinweise bei v. Wedel, Der sogenannte „Mikrostaat“ im internationalen Verkehr, VRÜ 1972, S. 303 ff.

¹⁰⁶⁾ Der unitarische Bundesstaat, 1962; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., 1972, S. 88 ff.; Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 141 ff.

¹⁰⁷⁾ Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen, 1968.

¹⁰⁸⁾ Bund und Länder im aktuellen deutschen Verfassungsrecht, 1968.

¹⁰⁹⁾ Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AÖR 95 (1970), S. 353 ff. (S. 390 ff.); Wandlungen im Föderalismus der Bundesrepublik, DÖV 1966, S. 513 ff.

bestimmte Kompetenzen zu ausschließlicher oder eigener Wahrnehmung gewährleistet sind. In der Mitwirkung des Bundes nach Art. 91 a I GG kann deshalb jedenfalls noch keine Gefährdung des bundesstaatlichen Prinzips gesehen werden.

6. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Demokratieprinzip

Die Berührung der Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben mit dem demokratischen Prinzip wird gemeinhin in der sog. „Entmachtung“ der Parlamente bei der Planung nach Art. 91 a GG gesehen¹¹⁰). Kaum behandelt ist dagegen — so weit ich sehe — ein anderer Aspekt, nämlich derjenige der Partizipation¹¹¹) der Hochschulen an der Planung auf dem Gebiet des Hochschulbaues¹¹²).

Die Geschäftsordnung des Planungsausschusses¹¹³) sieht lediglich vor, daß der Vorsitzende „weitere Personen“ zu den (nichtöffentlichen) Sitzungen zulassen kann (§ 12 II S. 2), und daß zu einzelnen Beratungsgegenständen Sachverständige zugezogen und Berichterstatter bestellt werden können (§ 12 IV)¹¹⁴). Eine Gastrolle wird also ermöglicht, eine institutionalisierte Form der Partizipation ist dagegen nicht vorgesehen¹¹⁵).

Aus den Reihen der Organisationen und Verbände, die daran interessiert sein müßten (z. B. WRK, Hochschulverband) ist darüber bisher kein Murren vernehmlich geworden. Das mag daran liegen, daß der Entscheidungsprozeß im Planungsausschuß nicht als die interessante Weichenstellung angesehen wird, sondern erst die Durchführung des Rahmenplans, die gemäß § 11 I HSchBFG den Ländern obliegt¹¹⁶). Sitzt der Teu-

¹¹⁰) Vgl. zu diesem Fragenkreis *Gorony*, Gemeinschaftsaufgaben und Parlamente, ZRP 1972, S. 61 ff.; *Liesegang-Plöger*, Schwächung der Parlamente durch den kooperativen Föderalismus? DÖV 1971, S. 228 ff. (§ 232 ff.); *Liesegang*, Die Beteiligung der Parlamente bei der Aufstellung von Plänen durch die Exekutive, ZParl. 1972, S. 162 ff.; *ders.*, Zum Entwurf eines Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle der Regierungsplanung, ZRP 1972, S. 259 ff.; *Soell*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 419 ff.

¹¹¹) Zum Begriff der Partizipation und seiner rechtlichen Verortung vgl. die Referate von *Walter* und *Schmitt-Glaeser*.

¹¹²) Ansätze einer solchen Untersuchung bei *Denninger*, a. a. O., (Fußn. 57) S. 56 ff.; vgl. auch *Brauns*, a. a. O. (Fußn. 57) S. 45.

¹¹³) Text in: Zweiter Rahmenplan für den Hochschulbau 1973—1976, S. 47 ff.

¹¹⁴) Es handelt sich also nur um eine Kann-Bestimmung.

¹¹⁵) Seit dem Frühjahr 1972 kann allerdings ein Sachverständiger teilnehmen.

¹¹⁶) Zur Durchführung der Hochschulplanung auf der Landesebene (am Beispiel Nordrhein-Westfalens) vgl. *Gieseke* in: *Besch*, *Gieseke*, Das Hochschulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, 2.

fel im Detail, und liegt die Detailarbeit nicht im Planungsausschuß, so mag dieses Gremium verbandspolitisch verhältnismäßig unwichtig erscheinen.

Möglicherweise liegt der Grund des Schweigens aber auch darin, daß jeder Verband, der die Forderung nach Partizipation im Planungsausschuß erheben würde, damit rechnen müßte, daß hochschulpolitisch konkurrierende Verbände (Hochschulverband — Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft — Verband der deutschen Studentenschaften) dann mit Sicherheit sich diese Forderung zu eigen machen würden und ihrerseits in den Planungsausschuß drängen würden. Aus diesem Chor des Schweigens ist bisher nur die Bundesassistentenkonferenz herausgetreten; sie hat sich auf ihrer Vollversammlung im März 1972 wie folgt geäußert: „Der Rahmenplan ruft die Selbstverwaltungsorgane der Hochschulen verbal zu einer intensiveren Beteiligung vor allem an den Kapazitätsfeststellungen und -planungen auf. Der gesetzlich weithin vorgeschriebene Ablauf der Rahmenplanung aber verweist die Hochschulen in die einmalige Rolle anfänglicher Bittsteller und überläßt die hochschulübergreifende Koordination der Anforderungen, die Formulierung bildungspolitischer Ziele als Entscheidungskriterien, die Vorbereitung und Entscheidung der Rahmenplanung allein dem Zusammenspiel von Bundes- und Länderverwaltungen... Die Bundesassistentenkonferenz weist deshalb die Suggestion zurück, es könne sich bei einer Mitwirkung der Hochschulen unter diesen Umständen um etwas anderes handeln als um pazifizierende Akklamation...“

Die Bundesassistentenkonferenz fordert, die Kompetenz für bildungs- und hochschulpolitische Ziel-, Struktur- und Prioritätenentscheidungen in dem sich hier als außerparlamentarischer Kompetenzwildwuchs entpuppenden „kooperativen Föderalismus“ endlich transparent zu machen und — vor allem — im Ablauf und in der Legitimation zu demokratisieren¹¹⁷⁾.

Aufl., 1973, Einführung 2.2 und (für die Auswirkungen auf die Hochschulebene) Einführung 2.3 — Vgl. auch §§ 11, 12 des Entwurfs eines Hochschulrahmengesetzes (oben Fußn. 57).

¹¹⁷⁾ Zur Hochschulplanung vgl. H. Braun-Chr. Oehler (Hrsg.), Aufgaben der Hochschulplanung, Beiträge zur gegenwärtigen Planung des Hochschulwesens in der Bundesrepublik, 1972. — Umfangreiches Tatsachenmaterial in: Hochschulplanung in Nordrhein-Westfalen, Antwort der Landesregierung vom 19. 10. 1971 auf die Große Anfrage 3 der Fraktion der CDU (Drucks. 7/986), Landtag NRW, Drucks. 7/1162. — Zur Bildungsplanung vgl. H. Becker, Bildungsforschung und Bildungsplanung, 1971; Bildungsplanung und Bildungspolitik (Hrsg. von Schorb), 1972; Bericht der Länder über den

Es kann hier nicht der Ort sein, das ungeheuer vielschichtige Problem der Planung im einzelnen zu sezieren¹¹⁸⁾. Ein Problemknäuel, an dem schon viele große Geister in vielen Bänden Planung¹¹⁹⁾ entwirrt haben, kann nicht mit einem eleganten Kaiserschnitt gelöst werden. Auch wäre es ein ebenso regelwidriges wie hoffnungsloses Unterfangen, den Gegenstand der morgigen Beratungen auch nur teilweise vorwegnehmen zu wollen. Es muß die Andeutung einer Position genügen, die aus der Überzeugung, daß das Demokratiegebot keine „Modeformel“, kein „Wundermittel“ oder „Zauberspruch“ ist¹²⁰⁾, sondern — jedenfalls für den staatlichen Bereich, zu welcher die Hochschulplanung nach Art. 91 a GG und dem HSchBFG ohne Zweifel gehört — ein Verfassungsgebot ist, das Öffnung des Planungsprozesses und Konsensbildung mindestens erst nach Anhörung der Betroffenen erheischt. Mir ist dabei klar, daß Planung in einem — wie *Fritz Scharpf*¹²¹⁾ es ausdrückt — besonderen Spannungsverhältnis zur partizipativen Demokratie steht, und daß für die rechtliche Betrachtung der bisher wohl noch nicht völlig eindeutige Standort der Planung im verfassungsrechtlichen System (Besondere Gewalt? Sache der Exekutive? Regierung und Parlament zur gesamten Hand?) auch die Verständigung über Möglichkeiten der Partizipation erschweren muß. Jedenfalls aber ist es m. E. schon im Ansatz verfehlt, eine Alternative „„Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung?“¹²²⁾ aufzubauen; ein solches Bemühen wäre ebenso fruchtlos wie die Fragestellung, ob das Sozialstaatsgebot vor dem Rechtsstaatsgebot oder umgekehrt das Rechtsstaatsgebot vor dem Sozialstaatsgebot Vorrang besitzt.

Schließlich kann doch kein Zweifel darüber auftauchen, daß die Staatszielbestimmungen der Art. 20, 28 GG kumulativ und motorisch ineinander wirken, nicht alternativ und als Status

Stand der Maßnahmen auf dem Gebiet der Bildungsplanung, 1967; *Edding*, Bildungsforschung als Grundlage der Bildungsplanung, 1964; *Widmaier*, Bildungsplanung, 1966.

¹¹⁸⁾ Planung (hrsg. von *J. H. Kaiser*), zuletzt Bd. VI (Neue integrierte Systeme der Planung und Budgetierung), 1972. — Umfangreiche Schrifttumnachweise zum Thema „Demokratisierung der Planung“ bei *Blümel* (Fußn. 122) S. 11, Fußn. 16; vgl. auch *Harnischfeger*, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie, 1969.

¹²⁰⁾ Ausdrücke von *Blümel* (Fußn. 122) S. 19, S. 10, S. 12.

¹²¹⁾ Planung als politischer Prozeß, DV 4 (1971), S. 1 ff., S. 5.

¹²²⁾ So der Titel der Abhandlung von *Blümel*, in: Festschrift für Forsthoff, 1972, S. 9 ff. — Vgl. dagegen *Dienel*, Partizipation in Planungsprozessen als Aufgabe der Verwaltung 4 (1971), S. 151 ff., und *Frfr. von Schrötter*, Pluralistische Planungsvorstellungen — ein Weg zur Demokratisierung der Planung? DV 4 (1971), S. 127 ff.

quo-Mörtel nebeneinanderbestehen. Zwischen Demokratiegebot und Rechtsstaatsgebot gibt es keinen Kompensationseffekt; demokratische Teilnahme und individueller Rechtsschutz sind — weil inkommensurabel — nicht austauschbar, und beide Prinzipien sind auf Optimierung angelegt. Einer Partizipation, die ihrerseits nicht selbst Entscheidung ist und damit Regierungsfunktion wie Parlamentsfunktion auflöst, stehen keine tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen, zumal wenn es sich um eine Partizipation der Hochschulen selbst an dem sie selbst betreffenden Planungsvorgang handelt, der immerhin die Hochschulautonomie berührt.

7. Verhältnis der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau zum Sozialstaatsgebot und zum Rechtsstaatsgebot

Hochschulplanung geschieht nicht um ihrer selbst willen. Soweit durch die Planung und Finanzierung bisher nicht vorhandene Ausbildungskapazitäten geschaffen werden sollen, dient sie der Verwirklichung des Rechts auf freie Wahl der Ausbildungsstätte, das konkret mit dem BVerfG im *numerus clausus*-Urteil zu verstehen ist als „Recht des die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen erfüllenden Staatsbürgers auf Zulassung zum Hochschulstudium seiner Wahl“¹²³). Es bedarf keines speziellen Nachweises, daß das Hochschulproblem Nr. 1 — die Schaffung ausreichender Kapazitäten — eines Kraftaktes bedarf, den — schon wegen der finanziellen Lasten — nur Bund und Länder gemeinsam tragen können. Allein mit finanziellen Aufwendungen ist es aber nicht getan. Vielmehr gehört dazu z. B. die Ermittlung geeigneter Kapazitätskriterien¹²⁴), eine Aufgabe, die schwieriger ist als ursprünglich angenommen und die im Zusammenwirken von Bund und Ländern besser erfüllt werden kann. Tatsächlich läßt sich nicht bestreiten, daß schon vor Einführung der Gemeinschaftsaufgaben die Länder mit finanzieller Unterstützung des Bundes große Anstrengungen zum ausreichenden Ausbau der Hochschulen gemacht haben, entscheidende Schritte mit Aussicht auf Erfolg jedoch erst seit der gemeinsamen Rahmenplanung nach Art. 91 a GG zu erwarten sind. Deshalb läßt sich die These formulieren, daß Sozialstaatsgebot und Rechtsstaatsgebot wegen des Zusammenhanges von Hochschulbau und -ausbau und Art. 12 I S. 1 GG eher für die

¹²³) BVerfG JZ 1972, S. 686 ff. (S. 690) mit Anm. *Kimminich* (S. 696 ff.).

¹²⁴) Vgl. *Denninger*, a. a. O. (Fußn. 57), S. 34 f.; *Feuchte*, a. a. O. (Fußn. 40), S. 210. — Dazu auch BVerfG JZ 1972, S. 692. — Bsp. aus der Praxis: Leitfaden zur Kapazitätsermittlung in Engpaßfächern. Ruhr-Universität Bochum. 3. Überarbeitete Fassung. 1972.

Einrichtung der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau als dagegen sprechen.

Ein Pferdefuß ist allerdings dabei: Indem bei den Kapazitätsplanungen zugleich Bedarfserwägungen angestellt werden, läßt sich nicht ausschließen, daß dabei Bedarfsanalysen, und Schritte zur Bedarfssteuerung einfließen, was wiederum an die Mauer des Art. 12 I S. 1 GG klopft¹²⁵).

8. Problematik des Verhältnisses von Art. 91 a zu Art. 91 b

Während Art. 91 a GG — wie gezeigt — im Kreuzfeuer der Kritik steht, wird Art. 91 b GG vergleichsweise geschont. Jedoch bedeutet dies keineswegs Frieden an dieser Front; denn in der Enquête-Kommission ist ganz klar gesagt worden, daß jedenfalls die Vertreter der Länder *verfassungspolitisch* gesehen auch den Art. 91 b GG ablehnen. Zahlreiche Fragen zum Art. 91 b GG sind bereits behandelt worden¹²⁶), vor allem in den Monographien von *Grawert*¹²⁷) und *Tiemann*¹²⁸).

Einer Vertiefung bedarf m. E. noch die Frage, ob auf die Dauer sich Reibungen aus der Anwendung beider Normen vermeiden lassen. Nachdem auf Grund des Bund-Länder-Abkommens vom 25. Juni 1970¹²⁹) die Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung gebildet worden ist, erfolgt hier weitgehend eine Parallelarbeit. Vom Sachgebiet (Bildungsplanung — Hochschulplanung; Stichwort: Bildungsgesamtplan — Bildungsbudget) her ist das ganz natürlich. Jedoch: Wer setzt die Präze-

¹²⁵) Damit spannt sich der Bogen vom Thema dieser Tagung der VDSTRL zu dem vorjährigen Thema Grundrechte im Leistungsstaat; vgl. die Referate von *Martens* und *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 7 ff., S. 43 ff. — Zum Verhältnis Nachfrage-Bedarf vgl. auch den Zwischenbericht der Bund-Länder-Kommission, Teil II b.

¹²⁶) Vgl. *Maunz* in *Maunz-Dürig-Herzog*, Randnr. 1—9 zu Art. 91 b GG m. w. Nachw.; ferner die Hinweise auf neueres Schrifttum oben Fußn. 40. Wichtig insbesondere *Kölble*, a. a. O. (Fußn. 100), S. 56 ff., und *Oppermann*, Hochschul-Informationssystem — eine Gemeinschaftsaufgabe von Bund und Ländern. Zur Frage einer Trägerschaft der HIS GmbH durch Bund und Länder auf Grund eines Verwaltungsabkommens nach Art. 91 b GG, HIS Brief 27, 1972, sowie *ders.*, Gemeinsame Bildungs- und Forschungsfinanzierung durch Bund und Länder nach Art. 91 b und Art. 104 a Grundgesetz, DÖV 1972, S. 591 ff.

¹²⁷) Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern. Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Staatspraxis mit einer Zusammenstellung der zwischen Bund und Ländern geschlossenen Abkommen, 1967.

¹²⁸) Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht, 1970.

¹²⁹) BAnz. Nr. 126 vom 15. Juli 1970, S. 3; auch abgedr. bei *Kisker*, a. a. O. (Fußn. 24) S. 340 f.

denzentscheidungen für wen? Und: kann der Bund über Art. 91 b GG eine Detailplanung vornehmen, die ihm nach Art. 91 a GG verwehrt ist? Und: Kann der Planungsausschuß im Vertrauen auf nachträgliche Einsegnung durch die Bildungskommission seine Beratungen auf Gegenstände erstrecken, die nicht seiner Beschlußkraft unterliegen? Und: könnte der Bund aufgrund des Art. 91 b GG Folgekosten übernehmen, wenn ihm dies aufgrund von Art. 91 a GG verwehrt ist?¹³⁰⁾

IV.

9. *Schlußbemerkung*

Nach einer Zeit der Planungsphobie und einer Zeit der Planungseuphorie ist ein Stadium eingetreten, in dem eine nüchterne Betrachtung Platz gegriffen hat. Daß ein moderner Bundesstaat eines weitreichenden und elastischen Instrumentariums bedarf, um die Planungs- und Finanzierungsprobleme von Bildung und Wissenschaft, insbesondere auch die Setzung von Prioritäten, zu meistern, kann nicht bezweifelt werden. Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben ist ein solcher Versuch mit Licht- und Schattenseiten. Noch verdrängen die Schatten das Licht nicht. Die „Chance der Bewährung“¹³¹⁾ sollte einstweilen noch gelassen werden*).

¹³⁰⁾ In diesem Zusammenhang wäre auch Art. 74 Ziff. 13 zu prüfen.

¹³¹⁾ Formulierung von Innenminister *Genscher* bei der Anhörung auf der 8. Sitzung der Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform in Gras-Ellenbach am 16. Februar 1972, Protokoll der Kommission Nr. 8 S. 6.

*) Bei der Materialsammlung hat mich Herr *Helmuth Liesegang* tatkräftig unterstützt.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

I.

1. Die bereits kurze Zeit nach Einführung der Gemeinschaftsaufgaben erhobene Forderung nach Abschaffung oder zumindest Änderung des Art. 91 a GG berührt den Grundsatz der Verfassungsbeständigkeit. Eine Rückänderung der „tiefgreifendsten und weitreichendsten Reform unseres Grundgesetzes in den zwanzig Jahren seines Bestehens“ ist nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe zu rechtfertigen.

2. Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben erübrigt eine Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 I GG) genausowenig wie umgekehrt eine vollzogene Neugliederung die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben.

II.

3. Systematischer Ansatz einer verfassungsrechtlichen Prüfung der Gemeinschaftsaufgaben sollte deren Verhältnis zu den Staatszielbestimmungen des GG sein.

4. Hinsichtlich der (hier als Beispiel gewählten) Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau sind für das Verhältnis zum Bundesstaatsprinzip folgende Feststellungen von Belang:

a) Die kumulative begriffliche Einschränkung in Art. 91 a I 2. Halbsatz GG hat realiter keine eingrenzende Wirkung.

b) Die staatliche Zuordnung der bisherigen Länderaufgabe Hochschulbau wird durch Art. 91 a GG modifiziert.

c) Die Beschränkung auf Hochschulen wird übersprungen, wenn „Experimentierfelder“ zu Hochschuleinrichtungen deklariert werden.

d) Der Planungsausschuß Hochschulbau befaßt sich auch mit der inneren Struktur der Hochschulen (arg. aus der „möglichst günstigen Ausnutzung der vorhandenen und neuen Einrichtungen“ — § 2 Ziff. 4 HSchBFG), obwohl das Rahmengesetz des Bundes nach Art. 75 I Ziff. 1 a GG fehlt.

e) Die Einflußnahme des Bundes wird rechtlich begrenzt durch das Anmelde-monopol der Länder, durch die Regelung des Art. 91 a III S. 2 GG und durch das Fehlen einer absoluten Sperrwirkung. Finanziell gesehen hat er eine Schlüsselrolle.

5. Verstellt man sich nicht die Sicht durch fruchtlose Debatten über „Eigenstaatlichkeit“ und „Hausgut“ der Länder, so kann — angesichts der modernen gesamtstaatlichen Bedeutung des Sachgebiets Hochschulbau — in der Mitwirkung des Bundes nach Art. 91 a GG keine Gefährdung des bundesstaatlichen Prinzips gesehen werden.

6. Das Demokratiegebot ist im Bereich der Gemeinschaftsaufgaben nicht nur für die oft behandelte Frage des Verhältnisses von Parlament und Regierung von Bedeutung, sondern auch für die bisher nicht abschließend geklärte Frage der Partizipation anderer Betroffener, insbesondere der Hochschulen selbst. Einer Erweiterung dieser Partizipation stehen keine tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen.

7. Sozialstaatsgebot und Rechtsstaatsgebot sprechen wegen des Zusammenhanges von Hochschulbau und Art. 12 I S. 1 GG eher für die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau als dagegen.

III.

8. Das Zusammenwirken nach Art. 91 b GG hat — weil unproblematischer — bisher nicht die heftige Kritik erfahren, die gegen Art. 91 a GG vorgebracht worden ist. Jedoch stellt sich die Frage, ob auf Dauer eine Normenharmonie zwischen Art. 91 b GG und Art. 91 a GG zu erreichen sein wird.

IV.

9. Ein moderner Bundesstaat bedarf eines weitreichenden und elastischen Instrumentariums, um die Planungs- und Finanzierungsprobleme von Bildung und Wissenschaft zu meistern. Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben hat positive und negative Seiten. Solange kein besseres Instrumentarium erarbeitet worden ist, erscheint die Abschaffung oder wesentliche Änderung der Gemeinschaftsaufgaben verfrüht („Chance der Bewährung“).

3. Aussprache und Schlußworte

Gemeinschaftsaufgaben im Bundesstaat

Lerche (Diskussionsleiter):

Wie angekündigt wird zunächst Herr *Rill* das Referat über die Situation des Gastlandes halten, anschließend Herr *Saladin* über die schweizerische Rechtslage berichten. Dann soll die allgemeine wissenschaftliche Aussprache anschließen. Zur Erleichterung hat sich der Vorstand im Einklang mit den Referenten bemüht, die Ihnen vor Augen stehende ungefähre Gliederung, aber bitte nicht zu verstehen als integrierte Rahmenplanung, zu entwerfen, um die Fülle der schon eingegangenen Wortmeldungen einigermaßen bändigen zu können. Immerhin sind wir ein wenig unter Zeitdruck. Ich darf daher bereits jetzt um Nachsicht ansuchen, wenn wir die Diskussionsredner bitten müssen, sich kurz zu fassen.

Rill: Meine Herren!

Der österreichischen Rechtsordnung ist ein Gesetzesbegriff der Gemeinschaftsaufgaben fremd. Wir befinden uns in Österreich in einer ähnlichen Situation, wie Sie in der Bundesrepublik Deutschland vor Einführung der Art. 91 a und b ins Grundgesetz. Zwei Unterschiede sind aber zu betonen. Erstens: Es gibt in Österreich im Schrifttum keine Diskussion über Gemeinschaftsaufgaben. Zweitens: Eine Institutionalisierung der Gemeinschaftsaufgaben nach dem Muster der Art. 91 a und b GG ist in Österreich derzeit nicht in Aussicht genommen; lediglich eine allgemeine Ermächtigung zum Abschluß von Bund-Länder-Verträgen ist geplant, sie ist in einer Regierungsvorlage vorgesehen, die dem Parlament zur Behandlung vorliegt. Angesichts dieser Ausgangslage sehe ich mich bei der Abgrenzung des Begriffes Gemeinschaftsaufgaben österreichischerseits nicht unterstützt. Wenn ich in die Bundesrepublik Deutschland blicke und die Situation vor Einführung der Art. 91 a und b betrachte, so finde ich eine Vielzahl von Anregungen, mich befällt aber auch die Qual der Wahl, weil verschiedene Definitionen angeboten werden. Mein Gemeinschaftsaufgabenbegriff, der sich freilich an den Erwägungen orientiert, die im deutschen Schrifttum bereits vorgetragen wurden, ist folgender: Gemeinschaftsaufgaben sind solche Aufgaben, die entweder dem Bund und den Ländern zur gemeinschaftlichen Erfüllung übertragen sind,

oder die von Bund und von Ländern gemeinsam erfüllt werden, indem diese Rechtsträger die Ausübung ihrer Verbandskompetenzen koordinieren und die erforderlichen Kosten für die Aufgabenerfüllung gemeinsam tragen.

Wenn ich nun versuche, vor Ihnen ein skizzenhaftes Bild der solcherart umschriebenen Kooperation zwischen Bund und Ländern zu entwerfen, so möchte ich die kompetenzrechtlichen Regelungen unserer Bundesverfassung als Hintergrund für dieses Bild wählen und diesen Hintergrund dreifach gliedern. Ich gehe dabei von der Auslegung der Kompetenzartikel durch die herrschende österreichische Lehre aus. Dies deshalb, weil dies für den Rechtsvergleich m. E. sinnvoll ist und zum anderen, weil ich in diesem Punkte mit der herrschenden Lehre einer Meinung bin.

Zuerst sei die Bund-Länder-Kooperation vor dem Hintergrund jener bundesverfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung betrachtet, die sich, das Finanzwesen ausgenommen, auf die Gesetzgebung und die obrigkeitliche Vollziehung bezieht. Abgesehen von der für wenige Angelegenheiten vorgesehenen paktierten Gesetzgebung weist die Bundesverfassung in diesem Bereich nach bestimmten Verteilungsschlüsseln unter freilich massiver Bevorzugung des Bundes, entweder dem Bund oder den Ländern grundsätzlich selbständig auszuübende Gesetzgebungs- oder auch Vollziehungskompetenzen zu. Eine rechtliche Notwendigkeit zur Kooperation von Bund und Ländern besteht sonach in diesem Bereich nur insoweit, als paktierte Gesetzgebung vorgesehen ist, es also zu einer gesetzlichen Regelung übereinstimmender Gesetze des Bundes und des betroffenen Landes oder der betroffenen Länder bedarf. Dieses erschwerte Gesetzgebungsverfahren ist für Änderungen der Bundesländergrenzen und für Regelungen des land- und forstwirtschaftlichen Schulwesens, des Volksbildungswesens, und einzelner Angelegenheiten des Erziehungswesens vorgeschrieben. So gut sich juristisch betrachtet diese durch paktierte Gesetze zu regelnden Agenden als Gemeinschaftsaufgaben qualifizieren lassen, wäre es verfehlt, die sub specie „kooperativer Föderalismus“ in den Mittelpunkt zu stellen. Denn zum einen dürfen die Materien, die durch paktierte Gesetze zu regeln sind, in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden. Zum anderen darf nicht verschwiegen werden, daß die Notwendigkeit paktierter Gesetze auf dem Schulsektor vor allem verhindern oder doch erschweren soll, daß eine Großpartei in Österreich der anderen eine Lösung aufzwingt. Der Gedanke des kooperativen Föderalismus ist, wenn ich es richtig sehe, bei diesen Regelungen nicht Pate gestanden.

Viel interessanter und aktueller als die paktierten Gesetze ist die Bund-Länder-Kooperation die nicht rechtlicher Notwendigkeit sondern praktischen Bedürfnissen folgt. Diese praktischen Bedürfnisse bestehen, obgleich — wie betont — die österreichische Verfassung eine stark zentralistische Tendenz aufweist. Warum? Einmal, weil eine wachsende Interdependenz der Kompetenzausübung durch Bund und Länder auch in Österreich festzustellen ist. Zum anderen — und das ist viel wichtiger — muß folgendes beachtet werden: Im Zuge der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung treten Aufgaben an den Staat heran, die durchaus nicht ganz neu sind, die man aber bisher nicht als Einheiten gesehen oder anerkannt hat. Paradebeispiele sind die Raumordnung, der Umweltschutz, die umfassende Landesverteidigung. Konfrontiert man diese neuen Aufgaben mit der österreichischen Kompetenzverteilung, dann zeigt sich, daß die zur Erfüllung dieser Aufgaben notwendigen Maßnahmen trotz des Übergewichts der Bundeskompetenzen teils in die Zuständigkeit des Bundes, teils in die Zuständigkeit der Länder fallen. Will man die Verfassung nicht ändern und dennoch diese Aufgaben erfüllen, so muß man sinnvollerweise kooperieren. Das tut man denn auch. Wie steht es aber nun um die rechtlichen Wege einer solchen Kooperation? Nicht allzu gut! Eine ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluß hoheitlicher Verträge zwischen Bund und Ländern enthält die österreichische Verfassung nicht. Sie ermächtigt nur zum Abschluß hoheitlicher Verträge der Länder untereinander. Daraus schließt die herrschende Lehre m. E. zu Recht, daß für verbindliche Bund-Länder-Verträge hoheitlicher Natur kein Platz in der österreichischen Rechtsordnung ist. Angesichts dieser prekären Situation ist einer der beiden Wege der Kooperation, die ich Ihnen hier vorführen möchte, das gentlemen's agreement. Man schafft durch solche, rechtlich nicht bindende Absprachen Konsultationsgremien unter der Devise: „Reden wird man ja noch dürfen! Also darf man das Reden auch institutionalisieren.“ Das aktuellste Beispiel eines solchen institutionalisierten Gespräches ist die sog. ÖROK, die Österreichische Raumordnungskonferenz. Sie funktioniert auf Grund einer, wie gesagt, durch gentlemen's agreement geschaffenen Geschäftsordnung. Dieser Konferenz, der noch ein Beamten- und Expertenkollegium beigeordnet ist, gehören der Bundeskanzler, einige Bundesminister, soweit ernannt: zwei Staatssekretäre, die Landeshauptmänner und je zwei Vertreter des Gemeinde- und des Städtebundes an. Das sind ideelle Vereine, die die Interessen der Gemeinden bzw. der Großgemeinden und Städte vertreten. Diese Konferenz kann Empfehlungen

beschließen; und zwar einstimmig. Verbindliche Beschlüsse kann sie nicht fassen. Die ÖROK verfügt überdies noch über eine Geschäftsstelle mit zwei gleichberechtigten Geschäftsführern. Der eine ist der Vertrauensmann des Bundes, der andere der Vertrauensmann der Länder. Auf derselben Linie, wie diese Österreichische Raumordnungskonferenz, deren Aufgabe es ist, ein Raumordnungskonzept für Österreich zu erarbeiten, liegen andere Bund-Länder-Gremien. Ich erwähne den sog. „Arbeitsausschuß Z“ beim Bundesministerium für Inneres. „Z“ steht für Zivilschutz. Auch hier beraten Bund und Länder über Fragen, die kompetenzrechtlich nicht einheitlich gestaltet sind. Ein anderes Beispiel ist das „Interministerielle Komitee für Umwelthygiene“.

Ein anderer Weg, der in Ermangelung einer Ermächtigung zum Abschluß hoheitlicher Bund-Länder-Verträge beschritten wird, besteht in der Bildung ideeller Vereine, an denen sich Bund und Länder beteiligen und die dazu berufen sind, Entscheidungsgrundlagen für eine abgestimmte Kompetenzausübung von Bund und Ländern zu liefern. Ein Beispiel hierfür ist das Österreichische Institut für Raumforschung.

De lege ferenda bedürfte es angesichts dieses Befundes einer bundesverfassungsrechtlichen Ermächtigung zum Abschluß hoheitlicher Bünd-Länder-Verträge. Dadurch würde eine vertragsweise Abstimmung der Kompetenzausübung möglich. Ebenso wäre es möglich eine rechtlich verbindliche Institutionalisierung der Konsultationsgremien vorzunehmen. Eine Grundlage für die Schaffung von Bund-Länder-Gremien mit der Befugnis der Setzung verbindlicher Akte wäre damit noch nicht gegeben. Denn dafür bedürfte es auch einer Änderung der organisationsrechtlichen Grundsätze unserer Verfassung. Eine solche Änderung ist nicht in Aussicht genommen; vorerst ist also nur geplant, Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern in Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereiches zuzulassen.

Lassen Sie mich nun zur zweiten Gruppe kompetenzrechtlicher Regelungen kommen, die den Hintergrund für meine Darstellung bilden sollen. Diese zweite Gruppe umfaßt die finanzverfassungsrechtliche Kompetenzverteilung. Obgleich nach österreichischem Verfassungsrecht der einfache Bundesgesetzgeber die Besteuerungsrechte und Abgabenerträge auf Bund und Länder verteilen darf und grundsätzlich jede Gebietskörperschaft die Kosten der Erfüllung ihrer Abgaben selbst zu tragen hat, sieht unsere Finanzverfassung auch gemeinsame Finanzierungen vor. Zum einen darf der einfache Bundesgesetzgeber abweichend vom eben erwähnten Kostentragungs-

grundsatz auch Länder und Gemeinden zum Tragen von Kosten heranziehen, die dem Bund zur Erfüllung seiner Aufgaben erwachsen. Zum anderen sieht die Finanzverfassung Zweckzuschüsse des Bundes an die Länder vor, wobei der Bund den Ländern zur Sicherung der Zweckerreichung Bedingungen auferlegen kann. Freilich handelt es sich bei diesen gemeinsamen Finanzierungen nicht um eine Kooperation auf der Ebene der Gleichberechtigung, jedenfalls nicht im rechtlichen Lichte. Dennoch werden Verhandlungen gepflogen, bevor die Entscheidungen des Bundesgesetzgebers getroffen werden. Beispiele für gemeinsame Finanzierungen bilden die Heranziehung der Länder Oberösterreich, Tirol und Kärnten zur Finanzierung von drei Fonds, die ihrerseits bestimmte Kosten für die Errichtung neuer Hochschulen bzw. einer neuen Fakultät zu tragen haben. Hier werden also Kosten des Hochschulwesens, das Bundesaufgabe ist, teilweise auf die Länder überwält, die sich aber, bevor diese gesetzlichen Regelungen getroffen wurden, zu dieser Übernahme bereiterklärt haben. Aus dem Bereich der Zweckzuschüsse ist auf die finanziellen Zuschüsse des Bundes für die Wohnbauförderung 1968 und auf die im § 18 des Finanzausgleichsgesetzes vorgesehenen Zweckzuschüsse zu verweisen. Diese betreffen unter anderem die Förderung entwicklungsbedürftiger Regionen, den Ausbau des Zivilschutzes, Förderung des Sports, Bekämpfung des Lärms und der Luftverunreinigung. Alle erwähnten Zweckzuschüsse werden unter Bedingung einer entsprechenden Grundleistung der Länder gewährt.

Die dritte und letzte Gruppe der Kompetenzregelungen, die als Hintergrund für meine Darstellung der Bund-Länder-Kooperation dienen, bildet die Kompetenzrechtslage auf dem Gebiete der sog. Privatwirtschaftsverwaltung. Sogenannte Privatwirtschaftsverwaltung deshalb, weil darunter nach österreichischem Sprachgebrauch jede Form der Verwaltung in Formen des Privatrechts verstanden wird, also nicht bloß die rein fiskalische Verwaltung. Für die Privatwirtschaftsverwaltung sieht die Verfassung eine Kompetenzverteilung nicht vor. Die Verfassung garantiert vielmehr den Ländern, daß sie in Ausübung ihrer Funktion als Privatrechtssubjekte grundsätzlich auf allen Gebieten tätig werden können. Das ist gewiß keine sehr sinnvolle Regelung. Das wird an Hand der Subventionsverwaltung in Formen des Privatrechts besonders deutlich. Warum die Subventionen, die ja heute ein wirtschaftspolitisches Gewicht haben und über Almosen und Spenden bei weitem hinausgehen, einer Kompetenzverteilung nicht unterworfen sind, ist nicht einzusehen. Aber wie immer diese Verfassungsrechts-

lage de lege ferenda zu beurteilen ist, sie gibt zu einer Kooperation zwischen Bund und Ländern Anlaß. Es gibt auch hier eine Reihe von Zusammenarbeitsformen. Im Vordergrund steht die Kooperation über das Instrument der Kapitalgesellschaft und des ideellen Vereins. Ein Beispiel ist die Österreichische Rundfunkgesellschaft mbH. An dieser sind der Bund mit 99%, die Länder mit einem Prozent beteiligt. Die Länder haben aber als Gesellschafter Rechte, die weit über ihre Beteiligungsquote hinausgehen. Ein anderes Beispiel sind die Straßenbaugesellschaften zur Errichtung und Finanzierung von Autobahnen die nach österreichischem Recht Bundesstraßen sind. Hier haben der Bund und die betroffenen Länder Aktiengesellschaften gegründet. Sinn und Zweck dieser Kooperation ist es, den Bau dieser Autobahnen zu beschleunigen. Die Länder sind ja daran interessiert, daß die Autobahnen möglichst bald gebaut werden. Überlassen sie die Finanzierung allein dem Bund, dann dauert es bis zur Fertigstellung länger, als wenn die Länder zuschießen. Ein anderes Beispiel wäre die jetzt in heftiger politischer Diskussion befindliche IAKW-AG, die „Internationale Amts- und Konferenzzentrum Wien Aktiengesellschaft“. Hier haben sich der Bund und das Land Wien in einer Aktiengesellschaft vereint, um für die in Wien ansässigen internationalen Organisationen eine entsprechende Unterkunft zu errichten. Als Beispiel für eine Kooperation auf Vereinsebene sei der Verein „Österreichische Fremdenverkehrswerbung“ genannt, dessen Aufgabe die gesamte Auslandswerbung für den österreichischen Fremdenverkehr ist. An ihm sind auch Bund und Länder beteiligt.

Zuletzt darf ich nicht unerwähnt lassen, daß auch über die Beratungsorgane, die auf gentlemen's-agreement-Basis arbeiten, eine Kooperation auf dem Gebiet der Verwaltung in den Formen des Privatrechtes erfolgt. Gerade die schon erwähnte ÖROK und das Interministerielle Komitee für Umwelthygiene koordinieren ja nicht nur hoheitliche, sondern auch nicht-hoheitliche Aktivitäten. Das ist von entscheidender Bedeutung. Lassen Sie mich das kurz am Beispiel der Raumordnung beleuchten. Bei der Raumordnung ist es ja mit hoheitlichen Planungen allein nicht getan. Es bedarf auch der entsprechenden Investitionen und insbesondere der Investitionen der öffentlichen Hand. Daher ist es also durchaus sinnvoll, sowohl die hoheitliche Kompetenzausübung als auch die Aktivität von Bund und Ländern als Privatrechtssubjekte zu koordinieren. Ich betone das mit besonderem Nachdruck, weil ich nicht wollte, daß die dreifache Gliederung meiner Ausführungen diesen Zusammenhang verdeckt.

Lassen Sie mich nun zum Ende kommen. Wenn auch manche Schweizer uns nicht als Bundesstaat anerkennen, so gibt es in Österreich, wie ich Ihnen zeigen konnte, doch Erscheinungsformen eines kooperativen Föderalismus. Rechtlich markierte Wege für die Kooperation gibt es noch wenige. In Aussicht genommen ist vorerst nur das Instrument des hoheitlichen Vertrages zwischen Bund und Ländern. Man ist vorsichtig mit der Einführung eines gemeinsamen Gremiums von Bund und Ländern das verbindliche Akte setzen darf. Wenn ich recht sehe, befinden wir uns bei dieser Vorgangsweise in der glücklichen Situation zu sehen, welche Erfahrungen Sie mit Ihren Gemeinschaftsaufgaben in der Bundesrepublik Deutschland machen. Danach können wir uns ja in der Folge richten.

Saladin: Sehr geehrte Herren Kollegen!

Die Idee der föderativen Staatsstruktur ist in ernste Bedrängnis geraten, in der Schweiz noch mehr als in der Bundesrepublik. Das wird sofort offenkundig, wenn man bedenkt, daß deutsche Autoren gelegentlich die unzureichende Größe der Länder rügen; in der Schweiz aber teilen sich in ein sehr viel kleineres Staatsgebiet nicht nur elf, sondern 25 ganze und halbe Kantone. Überdies weisen die Kantone die größten Unterschiede auf, in ihrer flächenmäßigen Ausdehnung, in ihrer Bevölkerungszahl, in ihrer Finanz- und Wirtschaftskraft, abgesehen von allen topographischen, sprachlichen, kulturellen und soziologischen Besonderheiten. Eine *Koordinationskrise* hat, wie es in der deutschen Lehre ausgedrückt worden ist, den schweizerischen Bundesstaat befallen. Aber nicht nur das. Noch gravierender ist die Gefahr einer *Leistungskrise* — die Gefahr nämlich, daß wichtige Staatsaufgaben überhaupt nicht oder nur ganz unzureichend erfüllt werden, weil eben die Verantwortlichkeits-Zuweisung im Verhältnis von Bund und Kantonen unzulänglich geworden ist. In dieser Situation verdient der Gedanke der Gemeinschaftsaufgaben gerade in der Schweiz größtes Interesse.

Der Mechanismus für die Ausscheidung von Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen ist nach schweizerischem Bundesverfassungsrecht — dies noch kurz zur Einleitung — grundsätzlich derselbe wie nach dem Grundgesetz und ähnlich dem österreichischen System. Den Kantonen steht nach Art. 3 der Verfassung ein subsidiär umfassendes Gesetzgebungsrecht zu, und die Bundeskompetenzen lassen sich gliedern in ausschließliche, konkurrierende und Rahmengesetzgebungsbefugnisse. Freilich wird zwischen ausschließlichen und

konkurrierenden Kompetenzen in der Verfassung nicht ausdrücklich unterschieden. Nach herrschender Lehre ist die Mehrzahl der eidgenössischen Zuständigkeiten als konkurrierend zu betrachten. Für die Rahmenkompetenzen fehlt eine einheitliche Terminologie. In der Regel wird der altertümliche und durchaus mißverständliche Ausdruck „Oberaufsichtsrecht des Bundes“ gebraucht. In manchen Bereichen wird die Bundesgesetzgebung von den Kantonen ausgeführt, und überaus reichhaltig ist der Katalog der Bundessubventionen zugunsten der Kantone. Man hat vor wenigen Jahren versucht, diesen Katalog systematisch abzubauen; das Resultat war äußerst dürftig. Selten sind dagegen Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Kantonen; ich werde daher auf diese Erscheinungsform der Zusammenarbeit nicht näher eingehen.

In neuester Zeit hat sich nun in einzelnen Verfassungsbestimmungen, zum Teil erst in der ausführenden Gesetzgebung, die Idee ausgeprägt, daß eine bloße *Aufteilung der Kompetenzen* für die Regelung komplexer Materien nicht genügt, sondern daß Bundes- und Landestätigkeiten institutionell zu verzahnen, aufeinander zuzuordnen, ja eigentlich zu verbinden sind. Zuerst setzte sich diese Auffassung in der Regelung des *Nationalstraßenbaues* durch. Anders als in Österreich wurde nicht irgendein Umweg über privatrechtliche Vereinbarungen gewählt, sondern es fällt hier dem Bund nach dem Nationalstraßengesetz von 1960 die Festsetzung der allgemeinen Linienführung und des Bauprogrammes sowie die generelle Projektierung zu. Zu den von der Bundesverwaltung ausgearbeiteten generellen Projekten haben sich die Kantone in einem ausgedehnten Vernehmlassungsverfahren zu äußern und Vorschläge zu formulieren. Die Kantone konsultieren ihrerseits die betroffenen Gemeinden, sogar Private — ein außerordentlich langwieriges und sehr ernst genommenes Verfahren. Auch zum Bauprogramm selbst sind die Kantone anzuhören. Sache der Kantone ist ferner die Erarbeitung der Ausführungsprojekte. Diese Projekte müssen aber wiederum von einer Bundesstelle genehmigt werden. Der Bund trägt entsprechend seinen weitreichenden Verwaltungskompetenzen auch die finanzielle Hauptlast: An den Bau der Straßen richtet er, je nach Interesse und Finanzkraft der betreffenden Kantone, Beiträge in der Höhe von 55 bis 95 % der Aufwendungen aus. Und auch an die Betriebskosten wird er voraussichtlich sehr substantielle Beiträge leisten. — Eine enge Verflechtung eidgenössischer und kantonaler Kompetenzen ist sodann für die *Landesplanung* vorgesehen. Art. 22 quater BV lautet wie folgt:

„Der Bund stellt auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmäßigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung.

Er fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit ihnen zusammen.

Er berücksichtigt in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung“.

Nach dem Entwurf des Bundesrates für ein Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972 ist es Aufgabe der Kantone, Gesamt- und Detailrichtpläne für ihr Gebiet zu erstellen. Der Bund erläßt hierfür gewisse Grundsatzbestimmungen. Überdies erarbeitet er unter anderem einen Gesamtverkehrsplan und schützt Landschaften und Objekte von nationaler Bedeutung. In Art. 2 Abs. 1 des Entwurfes heißt es allgemein:

„Kantone und Bund sind für eine ständige und durchgehende Planung im Sinne des Gesetzes besorgt und stimmen sie aufeinander ab. Sie treffen die hierfür nötigen Vorkehrungen“.

Während also im Bereich des Nationalstraßenbaues der Bund alle Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung trifft, beschränkt er sich nach dem Entwurf des Raumplanungsgesetzes auf die Aufstellung materieller Grundsätze für die Planung, auf Einzelplanungen und auf eine allgemeine Förderungstätigkeit. Das landesplanerische Grundgerüst aufzustellen, bleibt also Aufgabe der Kantone. Ob damit das eigentliche Anliegen der Landesplanung, nämlich die Koordinierung der regionalen und lokalen Planungen auf nationaler Ebene erreicht werden kann, ist allerdings fraglich.

Wenn somit der Gedanke einer Kompetenzverflechtung in der Bundesverfassung bereits seinen Niederschlag gefunden hat, so ist doch von Gemeinschaftsaufgaben erstmals im bundesrätlichen Entwurf zu neuen *Bildungs- und Forschungsartikeln* der Verfassung die Rede. Art. 27^{bis} dieses Entwurfes wird durch folgenden Absatz eingeleitet:

„Das Bildungswesen ist eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kanton“.

Das Parlament hat diesem Absatz zugestimmt. Umfassender als in der Bundesrepublik wird damit das Bildungswesen in die gemeinsame Verantwortung von Bund und Gliedstaaten gestellt. Freilich folgt der Einleitungsformel eine detaillierte Kompetenzausscheidung für jede einzelne Bildungsstufe—eine Ausscheidung, welche überdies deutliche Zeichen des politischen Kompromisses, der Verbeugung vor einem in die Defensive gedrängten „Kantonalismus“ trägt. Ich komme darauf noch zurück. Gleichwohl entbehrt die Formel nach der Auffassung des

Bundesrates nicht der rechtlichen Relevanz. Sie wird vor allem als Rechtsgrundlage für die Einsetzung gemeinsamer Organe der Bildungspolitik dienen. Gedacht wird etwa an einen Bildungsrat — auch hier werden wir uns wohl vom deutschen Beispiel inspirieren lassen — und an eine zentrale Fachstelle für Fragen der Hochschulplanung (vielleicht später allgemeiner: der Bildungsplanung) „Gemeinsame“ Instanzen mit Entscheidungskompetenzen sind freilich heute noch nicht vorgesehen. Sodann wird erwogen, aus der „gemeinsamen Verantwortung“ die Pflicht der Hochschulträger (Bund und Kantone) zu einer harmonisierten Hochschulplanung abzuleiten. Aber auch gewisse Einzelelemente der Bildungs- und Forschungsartikel sind vom Gedanken der Verantwortungsgemeinschaft geprägt: so die Bestimmungen über eidgenössische Subventionen an die kantonalen Bildungsaufwendungen, oder auch der Passus, wonach der Bund kantonale Hochschulen ganz oder teilweise übernehmen kann. (Ich möchte beifügen, daß der schweizerische Wissenschaftsrat für Teile der kantonalen Universitäten eine gemeinsame Trägerschaft von Bund und Kantonen vorgeschlagen hat, allerdings keine eigentliche Übernahme.) Insgesamt werden also der verfassungsmäßigen Statuierung einer Gemeinschaftsaufgabe etwa die gleichen Rechtswirkungen zgedacht wie in der Bundesrepublik. (In Klammern möchte ich ergänzen, daß derselbe Artikel 27^{bis} an einem anderen Ort nach meiner Auffassung sehr viel weniger gelungen ist. Im Absatz 2 wird nämlich den Kantonen umfassende Zuständigkeit für das Bildungswesen auf der Vorschulstufe und auf der Stufe des obligatorischen Unterrichts zugewiesen, während an einem anderen Ort der Bund die Befugnis erhält, Grundsätze für die Gestaltung des Mittelschulwesens und der höheren Bildungsstufen zu erlassen. Diese beiden Kompetenzbereiche werden einander zwangsläufig überschneiden. Niemand weiß, wie die Kompetenzen auszuscheiden sein werden, wenn sich einmal, wofür Ansätze bestehen, der Gesamtschulgedanke auch in der Schweiz durchsetzt. Hier haben wir es, meiner Ansicht nach, mit einem unglücklichen Beispiel von Kompetenzverzahnung zu tun; hier werden die Zahnräder knirschen, und es zeigt sich — Herr von Münch hat heute darauf hingewiesen —, daß der Verfassungsgeber in der Bundesrepublik wie in der Schweiz mit dem rasanten Tempo der Bildungswissenschaften und der Bildungspolitik nicht Schritt halten kann).

Anhangweise möchte ich noch auf ein anderes Phänomen hinweisen. In der Schweiz sind für die Neuregelung der Verantwortlichkeitszuweisung im Bildungs- und Forschungswesen neuerdings Modelle entwickelt worden, welche das rechtliche

Zwischenfeld zwischen Bund und Kantonen, zwischen Bundes- und Kantonalstufe aufwerten möchten. So wurde vorgeschlagen, es sei der Bund zu ermächtigen, interkantonale normsetzende Vereinbarungen — wir nennen das in der Regel *Konkordate* — für *allgemeinverbindlich* zu erklären und so auf diesem Weg widerspenstige Kantone in den kooperativen Föderalismus hineinzuzwingen. Überdies liegen Vorschläge vor, welche auf die Schaffung *neuer rechtlicher Gebilde mit Entscheidungskompetenzen* in jenen Zwischengebieten zielen: so etwa die Idee einer schweizerischen öffentlich-rechtlichen Hochschulstiftung, an welcher Bund und Kantone partizipieren sollten und welche sämtliche schweizerischen Hochschulen zu betreuen hätte. Herr Kisker und Herr Frowein haben mit Recht vor ähnlichen apokryphen Versuchen in der Bundesrepublik gewarnt. Nur ein einziger, mehr politischer als rechtlicher Einwand sei hier angebracht. Das bundesstaatliche Normengefüge ist gerade in der Schweiz schon heute höchst kompliziert mit seinen drei, manchmal vier, manchmal fünf Normsetzungsstufen, wenn man nämlich die Stufen der Bezirke und Gemeinden, sowie diejenige der Konkordate mit einrechnet. Weitere Zwischenstufen lassen sich mit den Geboten der Transparenz und Kontrollierbarkeit staatlicher Entscheidungsstrukturen und mit der Forderung nach Harmonisierung verschiedener Entscheidungsebenen in meiner Sicht nicht vereinbaren.

Gemeinsames Kennzeichen der drei genannten Gemeinschaftsaufgaben ist der Umstand, daß die zum Teil verfassungsunmittelbare Pflicht zur Zusammenarbeit die Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen in keiner Weise ersetzt, sondern *ergänzt*. Ja im Falle des Nationalstraßenbaues liegt das Verbindende gerade in der engen Verzahnung der Einzelkompetenzen. Man hat sich darum schon gefragt, ob der Formulierung von Gemeinschaftsaufgaben nicht doch nur scheinbare rechtliche Relevanz zukomme. Indessen sind Bund und Kantone im Bereich der Landesplanung, wie in dem des Bildungs- und Forschungswesens verpflichtet, die Ausführung ihrer jeweiligen Kompetenzen sinnvoll, nach Maßgabe von Gesamtvorstellungen aufeinander abzustimmen. Ob und wie sich diese Verpflichtung konkretisieren und realisieren läßt, vor allem ob — was richtig wäre — die Verpflichtung zur gemeinsamen Rahmenplanung daraus abgeleitet wird, muß sich erweisen. Jedenfalls erscheint, wie verschiedentlich dargetan wurde, eine komplementäre Verpflichtung zur gemeinsamen Lösung gewisser Aufgaben, zusammen mit einer gewissen Neuverteilung der Kompetenzen, als die einzige Alternative zu einer immer weiter fortschreitenden Zentralisierung. Das gilt für die Schweiz

in noch ausgeprägterem Maße als für Deutschland oder für Österreich. Freilich erschwert das ausgesprochene und noch immer tief verwurzelte Staatsbewußtsein der Kantone das Verständnis für die Einführung von Gemeinschaftsaufgaben, welche mehr als nur eine freiwillige Zusammenarbeit implizieren. Ja auch bei dieser freiwilligen Zusammenarbeit zeigen sich die Kantone oft mehr frei als willig. — Gravierend ist die Problematik, welche in der Spannung zwischen der Setzung und Ausführung von Gemeinschaftsaufgaben einerseits und der *partiell direkt-demokratischen Struktur der Kantone* andererseits liegt. Institutionelle Lösungen für dieses Problem werden sich bis zu einem gewissen Grad, aber nicht vollständig finden lassen. Schließlich ist offenkundig, daß eine Statuierung von Gemeinschaftsaufgaben für sich allein noch nicht hinreicht, um die Krise des Bundesstaates, vor allem seine Leistungskrise, zu beheben. Vielmehr wird hierfür eine gewisse *Neuverteilung* eine Neu-Ausscheidung der Verantwortlichkeiten unerlässlich sein. Diese Ausscheidung wird — hier stimme ich völlig mit Herrn Hesse und Herrn Kisker überein — meh nach funktionalen als nach sektoriellen Kriterien erfolgen müssen. Dem Bund werden vermehrt Rahmengesetzgebungskompetenzen zuzuweisen sein, womit sich auch ein beträchtlicher, wenngleich limitierter Raum für eigenverantwortliche gesetzgeberische Tätigkeit der Gliedstaaten in manchen Gebieten bewahren lassen wird.

Lerche: Wollen Sie die Liebenswürdigkeit haben, nochmals einen Blick auf unsere vorgeschlagene Gliederung zu werfen, bevor wir mit der allgemeinen Diskussion beginnen: Wir dachten in einem ersten größeren Abschnitt mehr allgemeinere Fragen zu behandeln, etwa unter dem Stichwort „verfassungsrechtlicher Standort und Zukunft der Gemeinschaftsaufgaben“, einschließlich der ihnen anhaftenden Problematik und der Frage nach den möglichen Alternativen, insbesondere einschließlich der Probleme der Verbundplanung, eingebettet in die allgemeineren bundesstaatlichen Fragen, die ja in beiden Referaten wesentlich angesprochen worden sind. Anschließend könnte der Frage der Gemeinschaftsaufgaben im europäischen Rahmen gedacht werden; eines Komplexes, den beide Referate bewußt ausgeklammert haben, wozu aber bereits Wortmeldungen vorliegen. Dann beabsichtigen wir, einen zweiten größeren Abschnitt unter dem Gesamt-Stichwort „Rahmenplanung“ zu erfassen. Hierzu ist eine Reihe von Wortmeldungen ebenfalls schon vorhanden und zwar zu den Unterpunkten „Beteiligung der Parlamente“ und „Mediatisierung der Länder“. Auch das Problem „andere Beteiligte“ wird voraussichtlich eine Rolle

spielen. Endlich ein dritter und letzter Abschnitt: „Spezialfragen“, der sicher in den verschiedensten Richtungen noch aus-
geweitet werden könnte.

Hetttlage: Meine Herren Kollegen!

Als erster Redner in der Aussprache möchte ich einige Bemerkungen zu der besonderen verfassungsgeschichtlichen und verfassungspolitischen Problematik der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern machen. Ich kann mich darauf um so eher beschränken, weil die besondere verfassungsrechtliche Problematik der Gemeinschaftsaufgaben von den beiden Referenten so besonders sorgfältig untersucht worden ist. Ich knüpfe dabei teilweise an Gedanken an, die ich vor elf Jahren als Referent der damaligen Jahresversammlung unserer Vereinigung über die Finanzverfassung als Teil der politischen Verfassung vorgetragen habe. Inzwischen habe ich manche wissenschaftliche und politische Erfahrung zu unserem heutigen Thema in der vorbereitenden Sachverständigen-Kommission für die Finanzreform und vor allem als Staatssekretär des Bundesministeriums der Finanzen bei der Vorbereitung und Verwirklichung der Finanzverfassungsreform von 1969 sammeln können. In den damaligen Beratungen über die Einführung und Ausgestaltung der Gemeinschaftsaufgaben ist deren besondere verfassungsrechtliche Problematik nicht in vollem Umfang erkannt und gewürdigt worden.

Zunächst eine Bemerkung zur Namensgebung als „Gemeinschaftsaufgaben“. Dieses Etikett für eine bestimmte Form der gemeinsamen Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Bund und Länder ist von der vorbereitenden Sachverständigen-Kommission, der Troeger-Kommission, übernommen worden. Damals und gelegentlich auch heute noch wird dieses Wort auch verwendet, um die öffentlichen Aufgaben als Aufgaben der Gesellschaft von den privaten Aufgaben und Interessen zu unterscheiden. In diesem Sinne ist ja jeden Tag neu die Rede von der Notwendigkeit der Erweiterung der Gemeinschaftsaufgaben, z. B. beim Umweltschutz. Damals wurde die Bezeichnung „Gemeinschaftsaufgaben“ einfach deshalb gewählt, weil Bund und Länder künftig bestimmte Aufgaben gemeinschaftlich erfüllen, d. h. gemeinschaftlich planen und finanzieren sollten. Der tragende Grundgedanke für diese neue Verfassungsinstitution war die Idee eines „kooperativen Föderalismus“. Dieser „kooperative Föderalismus“ ist ebenfalls kein sonderlich sauberer Begriff, denn eine ständige Kooperation zwischen dem Gesamtstaat und den Gliedstaaten gehört zum Wesen jeder föderalen Ordnung, und ein nicht-kooperativer Föderalismus wäre schon begrifflich kein Föderalismus. Ich habe mich deshalb

auch gewundert, daß ein bayerischer Staatsminister kürzlich das Wort vom kooperativen Föderalismus und von den Gemeinschaftsaufgaben als ein böses Schlagwort und eine Teufels-erfindung bezeichnete.

Welches war nun die treibende Kraft, die nach jahrelanger Erörterung schließlich zur Verwirklichung der Gemeinschaftsaufgaben als neuer Verfassungsinstitution im Rahmen einer umfassenden Verfassungsreform führte? Nach meiner Meinung war es der seit langem zunehmende Wunsch nach einer stärkeren Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse, d. h. einer gleichmäßigeren Verbesserung der öffentlichen Einrichtungen und Leistungen innerhalb des gesamten Bundesgebietes. Dieser elementare Wunsch konnte an den mittelbaren Verfassungsauftrag aus Artikel 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG anknüpfen. Zwar ist dort die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse formal nur als ein Teilziel zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit neben anderen Zwecken als Anlaß zur Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes genannt. Aus dieser Kompetenznorm kann und muß man einen Verfassungsauftrag zur Förderung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im gesamten Bundesgebiet ableiten. Die allgemeine Sozialstaatsklausel in Artikel 20 GG weist in die gleiche Richtung. Dieser Verfassungsauftrag kann sinnvollerweise nicht bedeuten, daß an jedem Ort innerhalb des Bundesgebietes eine gleiche oder auch nur gleichwertige Erfüllung aller öffentlichen Aufgaben gewährleistet sein soll. Gewisse Unterschiede ergeben sich aus unabänderlichen regionalen und örtlichen Besonderheiten von Bevölkerung, Landschaft, Siedlungsform, Verkehrswesen und vor allem Wirtschafts- und Steuerkraft. Aber eine Tendenz zur Annäherung mit dem Ziel einer überall *gleichwertigen* Erfüllung der wichtigsten öffentlichen Aufgaben ist deutlich vorgezeichnet. Der Verwirklichung dieses Zieles dienen in unserem Bundesstaat vor allem drei Verfassungsinstitutionen: ein stärkerer Finanz- und Lastenausgleich zugunsten der finanzschwachen Länder (Artikel 107 GG), die gemeinsame Planung und Finanzierung von drei großen Gemeinschaftsaufgaben (Artikel 91 a GG) sowie die Finanzhilfen des Bundes für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und der Gemeinden (Artikel 104 a Abs. 4 GG).

Ähnliche Entwicklungstendenzen zur Annäherung der Wirtschaftsstrukturen und der Lebensverhältnisse zeigen sich übrigens auch im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften. So halte ich z. B. die Einrichtungen des gemeinsamen Agrarmarktes der EWG, und insbesondere die beiden großen Agrarfonds, für europäische Gemeinschaftseinrichtungen, deren Einwirkun-

gen auf die Agrarstrukturen in den Mitgliedstaaten vielfach nicht geringer sind als vergleichsweise etwa die Auswirkungen einer gemeinsam geplanten und finanzierten Agrarstruktur im Bundesgebiet gemäß Artikel 91 a Abs. 1 Ziff. 3 GG.

Die Gemeinschaftsaufgaben sind nach der eindeutigen Definition der Verfassung tatsächlich keine gemeinschaftlichen Aufgaben von Bund und Ländern, an denen alle Beteiligten gleichwertig mitwirken, vielmehr handelt es sich nur um eine begrenzte Mitwirkung des Bundes bei der Erfüllung von Länderaufgaben, nämlich nur dann, „wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist.“ Wir haben vorhin gehört, daß die schweizerische Verfassung den Begriff der Gemeinschaftsaufgaben breiter spannt und darunter die Erfüllung echter gemeinsamer Aufgaben der Eidgenossenschaft und der Kantone versteht.

Die Gemeinschaftsaufgaben sind und bleiben also reine Länderaufgaben und unter Umständen auch Gemeindeaufgaben, an denen der Bund nach näherer Bestimmung der Durchführungsgesetze nur planend und finanziell mitwirkt. Diese begrenzte Mitwirkung ist aber praktisch nicht möglich, ohne daß der Bund dabei zugleich auch bei der konkreten Inhaltsbestimmung der Aufgaben und der Maßnahmen zu ihrer Verwirklichung im einzelnen mitbestimmt. Nach meiner Meinung stellen die Mitwirkungsrechte und -pflichten des Bundes die unterste Grenze einer sinnvollen Mitwirkung dar, die nicht weiter heruntergesetzt werden kann. Gemeinschaftsaufgaben, die jedes Land im Rahmen eines lockeren Planungsverbundes grundsätzlich allein plant und zu deren Verwirklichung der Bund nur Finanzhilfen gewähren darf, wie das kürzlich von Länderseite gefordert wurde, sind nun wirklich keine gemeinsame Aufgabenerfüllung durch Bund und Länder mehr.

In der Enquête-Kommission für eine Verfassungsreform ist die gesamte Problematik gemeinschaftlicher Aufgabenerfüllung durch Bund und Länder erneut aufgeworfen worden mit dem Ziele, die Mitwirkung des Bundes auf Finanzhilfen mit einer zusätzlichen Finanzausgleichswirkung zu beschränken. Eine solche Entwicklung wäre ein verhängnisvoller Rückschritt und ein klarer Verstoß gegen den umfassenden Verfassungsauftrag zur Schaffung gleichwertiger und damit in gewissen Grenzen notwendig auch gleichartiger, aber nicht völlig gleicher Lebensverhältnisse im gesamten Bundesgebiet.

Nach einer knapp dreijährigen Erfahrung scheint mir das besondere Problem bei der Verwirklichung der Gemeinschaftsaufgaben in den praktischen Schwierigkeiten einer Rahmen-

planung, im Unterschied zur Detailplanung, zu bestehen. Die bekannten Verfassungsprobleme einer mehrjährigen Aufgaben- und Finanzplanung, insbesondere hinsichtlich der mittelbaren Bindung der Parlamente bei der jährlichen Haushaltsentscheidung, treten natürlich auch bei der Rahmenplanung von Gemeinschaftsaufgaben auf. Das ist aber keine Besonderheit einer gemeinschaftlichen Aufgabenplanung, vielmehr handelt es sich hier um die unabänderliche Problematik jeder mehrjährigen Aufgaben- und Finanzplanung der Exekutive. Die bisherigen Erfahrungen in der praktischen Handhabung der neuen Verfassungsinstitution Gemeinschaftsaufgaben rechtfertigen es nicht, die Institution als solche rückwärts zu revidieren; bestenfalls wären die instrumentale Ausstattung und die Verfahrensregelungen in den Planungsausschüssen überprüfungsbedürftig.

Schließlich ist zu bedenken, daß die neue Verfassungsinstitution der Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern im Laufe der Jahre auch deshalb unabweisbar geworden war, weil eine Verfassungsreform in anderen Bereichen nicht vom Fleck kam und kommt. Ich sehe drei solcher steckengebliebener Verfassungsentwicklungen: Erstens die nichtverwirklichte Neugliederung des Bundesgebietes gemäß Artikel 29 GG, zweitens die nach meiner Meinung unzureichende Intensität des Finanzausgleichs zwischen Bund und Ländern und vor allem unter den Ländern und drittens die unzureichende Finanzausstattung der Gemeinden durch die Länder bei der Erfüllung gesamtstaatlich wichtiger Investitionsaufgaben.

In den Referaten wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine Neugliederung des Bundesgebietes zwar finanziell leistungsfähigere Länder schaffen könnte, daß damit aber die Gemeinschaftsaufgaben nicht überflüssig würden. Ein besserer territorialer Zuschnitt der Länder könnte neben anderen Zielen zwar zu einer gleichmäßigeren Steuerkraft führen, das besondere Bedürfnis nach einer vertikalen Verknüpfung von Bund und Ländern bei bestimmten gesamtstaatlichen Aufgaben würde dadurch nicht berührt.

Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern und insbesondere unter den Ländern ist in unserem Grundgesetz zum Nachteil der finanzschwachen Länder wesentlich schlechter geregelt als in der Weimarer Reichsverfassung. Das Grundgesetz versteht unter dem Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern und unter den Ländern nur einen begrenzten Ausgleich unterschiedlicher Steuerkraft, ohne daß dabei auch die unterschiedliche Aufgabenlast, z. B. infolge der unterschiedlichen Hochschulstruktur, berücksichtigt wird. Bei der parlamentari-

schen Beratung der Gemeinschaftsaufgaben konnte ich im Finanzausschuß des Bundestages eine Verfassungsermächtigung erreichen, nach der künftig auch die Aufgabenlast der Länder neben ihrer Steuerkraft in die Ausgestaltung des Finanzausgleichs einbezogen werden durfte. Das Plenum des Bundestages stimmte dieser Erweiterung des Finanzausgleichs zu einem umfassenden Steuerkraft- und Lastenausgleich mit großer Mehrheit zu, was übrigens nur zur Zeit der großen Koalition politisch möglich war. Auf diesem Wege hätte der Bund z. B. auch zu den laufenden Lasten des Hochschulwesens, und nicht bloß wie heute zu den Bauten, finanziell ausgleichend beitragen können. In einer zweimaligen Beratung des Vermittlungsausschusses wurde diese Möglichkeit zur Intensivierung des Finanz- und Lastenausgleichs zwischen Bund und Ländern von den Ländern schließlich zu Fall gebracht. Dabei wurde von den Ländern u. a. hervorgehoben, daß es einer solchen Intensivierung des Finanzausgleichs nicht bedürfe, weil ja die neuen Gemeinschaftsaufgaben für bestimmte Länderaufgaben schon eine Kostenbeteiligung des Bundes vorsähen.

Das gesamtstaatliche Interesse an bestimmten Investitionen der Gemeinden und Gemeindeverbände führte schließlich zu einer besonderen Ermächtigung für Finanzhilfen des Bundes im neuen Artikel 104 a Abs. 4 GG. Danach kann der Bund den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden gewähren, die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder — und das scheint mir besonders wichtig — zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. Hierbei ist in erster Linie an Verkehrsinvestitionen, z. B. den Bau von Untergrundbahnen in Großstädten, gedacht. Diese Bundeshilfen für Gemeindeinvestitionen sind gezielte Maßnahmen zur Beseitigung von Finanzschwierigkeiten, die in dem nur auf einen Steuerkraftausgleich ausgerichteten allgemeinen Finanzausgleich nicht ausreichend berücksichtigt werden können.

Die Vorgeschichte der Gemeinschaftsaufgaben und ihre praktische Durchführung bestätigen die alte Erfahrung, daß die Kasse immer wichtiger wird als die Kompetenz. Die Anziehungskraft des größeren Haushalts, der gezielte Finanzhilfen zur Durchführung wichtiger Gemeinschaftsaufgaben gewähren kann, ist im politischen Kraftfeld zwischen Bund und Ländern wirksamer als eine verfassungsrechtliche Kompetenzregelung.

Sollte die gewählte Form der gemeinsamen Erfüllung wichtiger Aufgaben sich in der Zukunft nicht bewähren, so wäre eine

Rückkehr zur alleinigen Aufgabenträgerschaft der Länder und zu dem ungezielten Steuerkraftausgleich, wie ich schon sagte, ein Rückschritt. In diesem Falle würde der unverminderte Drang zur gleichwertigeren Erfüllung wichtiger öffentlicher Aufgaben eher zu einer Erweiterung der Bundesauftragsverwaltung, z. B. im Hochschulbereich, führen. Eine Bundesauftragsverwaltung im Hochschulbereich würde von der Verfassung her dazu führen, daß der Bund alle Hochschullasten, also die laufenden Aufwendungen ebenso wie die Bauten, allein zu tragen hätte, was einen vollständigen Finanzausgleich durch Aufgabenübernahme darstellen würde. Viele der heutigen Finanzierungsprobleme würden dann entfallen.

Die neue Verfassungsinstitution der Gemeinschaftsaufgaben steht noch vor ihrer Bewährung. Ein abschließendes Urteil und eine Vorhersage über die künftige Entwicklung scheinen mir noch nicht möglich. Eindeutig ist nur die wachsende Tendenz zur Sicherung der langfristigen Planung und Finanzierung gesamtstaatlich besonders wichtiger Aufgaben.

Partsch: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen!

Die Enquêtekommission des Deutschen Bundestages zur Verfassungsreform ist heute sehr schlecht weggekommen und ich befinde mich in einer gewissen Verlegenheit, da ich nicht in der Lage bin, den Referenten die von der Kommission in ihrem Zwischenbericht nur sehr vorläufig skizzierte Lösung als in jeder Hinsicht überzeugende Alternative entgegenzuhalten, zumal ich gegenüber dieser Lösung erhebliche Vorbehalte anzumelden habe.

Andererseits scheint es mir doch aber notwendig zu sein, etwas über den *Hintergrund* zu sagen, vor dem die Enquêtekommission zu arbeiten hatte. Sonst könnte leicht der Eindruck entstehen, sie sei nicht nur verwegen, sondern sogar unbedacht vorgegangen, als sie auf ihrer Abschlußsitzung in Bergneustadt bei Gummersbach vor drei Wochen den Vorschlag formulierte, die Gemeinschaftsaufgaben durch eine Verbundplanung zwischen Bund und Ländern abzulösen.

Anders als die seinerzeit eingesetzte Kommission zur Regierungsreform in Bayern, deren Arbeiten sich in einer ganz dünnen Luft der Abstraktheit vollzogen und dann auch keinen großen praktischen Einfluß auszuüben vermochten, ist die Enquêtekommission ein Organ des Bundestages und daher darauf angewiesen, *politische Willenserklärungen* nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern auch ihren Arbeiten zugrunde zu legen. Der Herr Korreferent hat diese politischen Willenserklärungen schon erwähnt. Von den sieben Ländervertretern

waren jedenfalls sechseindrittel ganz entschieden der Auffassung, die Beratungen hätten davon auszugehen, daß die Gemeinschaftsaufgaben aufgegeben und von einer anderen Form der Zusammenarbeit abgelöst werden müßten. Ich spreche dabei von sechseindrittel Ländervertretern, da einer von ihnen persönlich eine sehr freie Haltung einnahm. Die anderen hielten sich sehr stark an die Beratungen der *Länderkommission*. Dieses Gremium hat Herr *Hettlage* als Unterkommission der Enquêtekommision bezeichnet. Das ist sie freilich nicht, sondern vielmehr eine föderale Fraktion, welche die Ländervertreter stark steuert. Ich möchte sogar sagen, daß sie die einzige sichtbar effektive Fraktion darstellt, die zudem von dem Vorteil profitiert, daß die Länder überwiegend Herren entsandten, die sich dieser Arbeit ausschließlich widmen und sich daher auf die Sitzungen sorgfältig und in aller Ruhe vorbereiten können. Von den Bundestagsabgeordneten sind hingegen mehrere Vorsitzende oder Mitglieder wichtiger Ausschüsse. Unser Vorsitzender ist gleichzeitig Vorsitzender des Innenausschusses. Auch der Vorsitzende des Rechtsausschusses gehört der Kommission an. Sie können sich vorstellen, daß diese Mitglieder in keiner so glücklichen Lage sind wie die Ländervertreter.

Dazu kam nun die Haltung der *CDU-Fraktionen* in Bund und Ländern. Es ist schon geschildert worden, welche Stellung sie zu den Gemeinschaftsaufgaben einnahmen, obwohl sie seinerzeit an der Einführung dieser Institution nicht ganz unbeteiligt waren. Wir standen also vor der Tatsache, daß eine ganz eindeutige Mehrheit der Mitglieder der Kommission nicht bereit war, die Gemeinschaftsaufgaben beizubehalten, sondern nur zur Diskussion stand, durch welche Alternative sie zu ersetzen seien.

Man entschied sich für die Alternative einer *Verbundplanung*, die freilich nicht der Zustimmung aller Länder bedürfen soll, sondern nur einer qualifizierten Mehrheit in beiden Häusern. Dabei ist freilich zunächst eine ganz entscheidende Frage offen geblieben: Nämlich die Relevanz der Verbundplanung für die finanzielle Seite. Unter diesen Umständen könnte man sogar bezweifeln, ob ein diskussionsfähiges Gegenmodell vorliegt.

Einige Mitglieder der Kommission sind in der Tat der Auffassung gewesen, die Verbundplanung solle finanziell keine Auswirkungen haben, und weder einen horizontalen noch vertikalen *Finanzausgleich* binden. Persönlich bin ich der Auffassung, daß dieses Projekt dann einem Glasperlenspiel gleich-

kommt. Ohne bindende Wirkung für den Finanzausgleich muß eine Verbundplanung theoretisch bleiben.

Dann ist die Frage angeschnitten worden, wie es die Enquêtekommision mit der Frage der *Gebietsgliederung* halte. Insbesondere Herr von Münch hat danach gefragt, ob eine Neugliederung das ganze Problem wesentlich verändert. Sie wissen, daß die Ernst-Kommission noch am Arbeiten ist und erst im April nächsten Jahres ihre Ergebnisse vorlegen wird. Das ist abzuwarten. Dennoch ist die Enquêtekommision bei ihren Überlegungen überwiegend davon ausgegangen, Lösungen auch für einen Bundesstaat mit 5 oder 6 Ländern zu entwickeln. Die weitgehend besatzungsadministrativ bestimmte gegenwärtige Ländergliederung mit ihren Widersprüchlichkeiten wurde nicht als unabänderliche Gegebenheit zugrunde gelegt.

Die wichtigsten Fragen bei unseren Überlegungen darf ich jetzt noch nicht behandeln, das ist die Frage der parlamentarischen Beteiligung. Für mein Gefühl ist dieses Problem, das uns am meisten beschäftigt hat, in dem heutigen Referat etwas zu kurz gekommen. Aber das steht erst später an.

Zum Schluß möchte ich doch wenigstens andeuten, warum ich gegenüber der gefundenen Lösung, die Planung im Grundgesetz zu regeln, so skeptisch bin. Das hat ganz andere Gründe als die hier in den Vordergrund gerückten. Dabei gerate ich wieder in Gefahr, die Tagesordnung zu durchbrechen, da das Kapitel der „Rahmenplanung“ auch auf später verschoben ist. Aber: Was heißt eigentlich „Rahmenplanung“? Wie ist sie zu definieren? Wie gegen die Detailplanung abzugrenzen? Dieses Problem hat vor allem die Denkschrift der Bundesregierung in den Vordergrund gerückt. Kann und darf man diesen Begriff in die Verfassung schreiben, bevor man ihn eindeutig zu definieren vermag? Ein sehr ernster Einwand. Rein theoretisch ist völlige Begriffsklarheit wahrscheinlich nicht zu erreichen. Das haben schon die Freiburger Bemühungen gezeigt. Nur aufgrund sehr intensiver praktischer Arbeit wird das möglich sein.

Als die beiden zentralen Fragen sehe ich also einerseits die Begriffsbildung an, andererseits aber das Problem, wie es gelingt, die Parlamente — auf beiden Ebenen — in den Vorgang der Planung einzubeziehen. Beides steht erst später zur Diskussion.

Stern: Meine sehr verehrten Herren Kollegen!

Ich weiß nicht, ob es eine geschickte oder bedenkliche Regie des Vorsitzenden war, wenn jetzt wiederum ein Vertreter der Enquêtekommision zu Wort kommt. Für die Geschicklichkeit

spricht, daß ja zwei Referenten gesprochen haben, die beide der Enquêtekommision etwas am Zeug geflickt haben. Nun ich will nicht aus dem Nähkasten plaudern, sondern ein paar Überlegungen zur Sache darbieten, die in der Enquêtekommision für ihren Vorschlag angestellt worden sind. Ich will mich hier auch nicht deshalb zu ihrem Verteidiger machen, weil ich an diesem Vorschlag mitgewirkt habe. Aber ich glaube, es sollte uns doch zu denken geben, worauf Herr *von Münch* mit Recht aufmerksam gemacht hat, daß nämlich bei der Abfassung der Art. 91 a und b eine ganz große Mehrheit im Bundestag und im Bundesrat dieser Regelung zugestimmt hat, und zwar nicht nur im Sog der großen Koalition, sondern offenbar weil man der Überzeugung war, daß hier eine für die bundesstaatliche Entwicklung notwendige Lösung gefunden worden sei. Das kann man auch dahingehend interpretieren, daß die Gemeinschaftsaufgaben nicht eine Erfindung des Jahres 1969 waren, sondern daß sie bereits seit 1955 praktiziert wurden. Insofern handelt es sich schlicht um die verfassungsrechtliche Legalisierung eines parakonstitutionellen Zustandes.

Es muß daher mit großer Überraschung aufgenommen werden, daß schon wenige Jahre nach dieser verfassungsrechtlichen Verankerung massive Angriffe gegen die Gemeinschaftsaufgaben gestartet wurden, und zwar nicht etwa aus parteipolitischer Sicht, sondern aus allen Ländern ohne Rücksicht auf die parteipolitische Couleur. Es wurde gesagt, diese Lösung sei schlecht, sie müsse abgeschafft werden. Der Verfassungsrechtswissenschaftler kann einen solchen aus der Praxis gekommenen Angriff nicht mit der Überlegung beiseite schieben, wir hätten erst einen Zeitraum von wenigen Jahren zurückgelegt und müßten erst auf die Bewährung dieser Institution warten, ehe wir auf ihre Abschaffung hinzielten. Wie wir wissen, ist unsere Zeit eine schnellebige Epoche und manche gesetzlichen und verfassungsgesetzlichen Regelungen haben ihre Bewährungsprobe schon nach kurzem nicht bestanden. Für diejenigen, die an eine Reform der Verfassung zu gehen hatten, war ein entscheidender Punkt, welche Alternativen können geboten werden. Es scheint, daß folgende Alternativen denkbar sind:

Die Aufgaben sind wieder dem Land voll und ganz zuzuweisen, und zwar so, daß auch eine Änderung ihrer Finanzierung einherzugehen hat, daß also auch Finanzausgleich und Finanzverfassung verändert und die Länder instandgesetzt werden, diese Aufgaben, die jetzt als Gemeinschaftsaufgaben etikettiert sind, selbst finanzieren zu können.

Eine zweite Alternative ist, daß alle diese Aufgaben dem Bund zugewiesen werden. Herr *Hettlage* hat auf die Forderung

der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, auf die Anziehungskraft des größeren Etats, den Zug zur Zentralisierung, zur Unitarisierung als immer deutlicher hervortretend hingewiesen.

Eine dritte Lösung — und das scheint mir vor allen Dingen der Weg der beiden Referenten zu sein — ist, den status quo zu belassen und an verschiedenen Punkten Verbesserungen durchzuführen, d. h. also die Mängel zu beseitigen, die sich im einzelnen herausgestellt haben.

Der vierte Vorschlag ist der schon in der Diskussion erwähnte Vorschlag eines Länderrates, einer dritten Ebene.

Der fünfte Vorschlag ist meiner Meinung nach der, den die Enquêtekommission vorlegen und deren Empfehlung in Kürze publiziert wird.

Diese Überlegungen basieren auf einer notwendigen Weiterentwicklung der Gemeinschaftsaufgaben einschließlich einer Beseitigung ihrer Mängel. Mängel haben sich vor allen Dingen in der Existenz verschiedener Planungsausschüsse herausgestellt, die nicht koordiniert waren. Mängel haben sich ferner herausgestellt in dem Stimmübergewicht des Bundes mit elf Stimmen gegenüber ebenfalls elf Stimmen der Länder, je eine Landesstimme, wobei es dem Bund damit natürlich möglich war, mit wenigen kleinen Ländern die großen Länder zu überstimmen. Mängel zeigten sich auch in der sogenannten Mischverwaltung, Mischfinanzierung und damit der Mischverantwortung, die die Gemeinschaftsaufgaben mit sich brachten.

Ich meine, daß der von der Enquêtekommission gefundene Lösungsweg demgegenüber doch einiges Positive für sich hat. Wir haben mit ihm namentlich das gesamte Planungswesen verbessert, indem wir den Ländern — je einzeln — den Auftrag zu einer integrierten Planung gaben und dann diese Planung der Länder mit der des Bundes auf bestimmten Gebieten zusammenführen zu einer, wie ich es genannt hatte, *Verbundplanung* oder, wie es der Text der Empfehlung nennt, zu einer gemeinsamen *Rahmenplanung*. Diese gemeinsame Rahmenplanung wird von einem Planungsausschuß des Bundes und der Länder erarbeitet, wobei zusätzlich, wenn dies jetzt im Vorgriff auf das andere Thema eingeflochten werden darf, den Länderparlamenten und dem Bundestag Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Verbessert ist auch, daß im Planungsausschuß die Zustimmung des Bundes und einer Mehrheit der Länder erforderlich ist. Das bedeutet natürlich eine gewisse Möglichkeit zur Majorisierung einzelner Länder, die heute auch schon gegeben ist. Das Ländergewicht wird aber meines Erachtens dadurch verstärkt, daß die Mehrheit der Länder zu-

stimmen muß. Im Bundesrat, an den ebenso wie an den Bundestag die Empfehlung des Planungsausschusses geht, muß dann zusätzlich eine Zustimmung von zwei Dritteln der Stimmen der Länder gewonnen werden.

Wenn man hiergegen Bedenken aus Art. 79 Abs. 3 GG erhebt, wie es Herr *Kisker* und Herr *Soell* in ihren beiden unlängst erschienenen Büchern bzw. Aufsätzen getan haben, so wird man andererseits entgegenen dürfen, daß andere wissenschaftliche Stimmen auch deutlich positive Stellungnahmen abgegeben haben. Ich erinnere nur an das Buch von *Burkhard Tiemann*. Kurz, ich glaube nicht, daß der Artikel 79 Abs. 3 GG, der bisher zwar noch nicht voll und ganz ausgelotet ist, aber in seiner Bedeutung für Verfassungsänderungen wohl überschätzt wird, daß dieser Art. 79 Abs. 3 GG ein Hindernis für die vorgeschlagene Lösung ist.

Was wäre, wenn dieser neue Weg nicht gewagt würde? Ich habe den Eindruck, daß ein deutlicher Trend zu einer gemeinsamen Planung von Bund und Ländern vorhanden ist. Es ist heute noch nicht zur Sprache gekommen, daß der Bundeskanzler und die Ministerpräsidenten der Länder eine Absprache getroffen haben, nach der eine Gesamtproblemanalyse der langfristigen öffentlichen Aufgaben und ihrer Bewältigung vorzunehmen ist. Diese Absprache ist ja eigentlich schon in nuce — wiederum parakonstitutionell vorweggenommen — das Ziel einer Rahmenplanung wie sie der Vorschlag der Enquêtekommision vorsieht. Noch ein anderes: Die Gegner der Gemeinschaftsaufgaben oder ihrer fortentwickelten Alternative, so wird man wohl sagen müssen, übersehen, daß sich im Falle ihrer Abschaffung wieder das herausbilden würde, was sich in der Praxis etwa von 1955 bis 1969 ereignet hat, daß man nämlich zu jenen parakonstitutionellen Vereinbarungen kommt, von denen auch unsere Kollegen aus Österreich und der Schweiz gesprochen haben. Das heißt, die Verfassungswirklichkeit drängt einfach zu solchen Planungsüberlegungen.

Und noch ein drittes: Ich meine, das Gewicht der Länder zeigt sich heute deutlicher darin, daß man ihnen eine Mitwirkung bei staatspolitisch wichtigen Fragen und weniger eine Alleinzuständigkeit für staatspolitisch kleine Münze gibt. Dies nötigt zur Frage, was eigentlich noch im Zuständigkeitsbereich der Länder liegt. Betrachten wir einmal, womit sich die Landesparlamente beschäftigen. Der Griff in die Bundespolitik aus politischen Gründen ist deutlich sichtbar. Im Bereich des Hochschulwesens und der Kulturpolitik sind die Länder heute bereit, Zuständigkeiten gern an den Bund abzugeben, wie Art. 75 Nr. 1 a GG zeigt. Man vergleiche ferner die nicht ungern einge-

räumten Möglichkeiten des Bundes in der Beamtenbesoldung und verschiedenen anderen Bereichen, zuletzt z. B. in der Abfallbeseitigung. In diesen und anderen Bereichen haben die Länder Zuständigkeiten abgegeben. Womit beschäftigen sich die Länderparlamente heute im wesentlichen? Wenn wir die Gesetz- und Verordnungsblätter der Länder ansehen, dann finden wir heute die meisten Gesetze auf dem Sektor der Gebietsreform, der Territorialreform. Auch das wird in Kürze abgeschlossen sein und insofern scheint es mir wesentlich zu sein, daß man den Ländern echte Mitwirkungskompetenzen im Bereich von wichtigen Aufgaben gewährt.

Die beiden Referate haben im deutlichen Maße die vielfältigen Interdependenzen gezeigt, die unser Thema mit verschiedenen Problemkreisen hat, und Herr *Hettlage* hat es noch ergänzt um den Problembereich der „dritten Säule“, der kommunalen Ebene, die bis jetzt noch nicht zur Sprache gekommen ist. Überrascht war ich, Herr *von Münch*, freilich über Ihren Partizipationsansatz. Sie hatten in Ihrem Leitsatz 6 gesagt, es sei von der Westdeutschen Rektorenkonferenz beispielsweise kein Protest zu hören gewesen, etwa bezüglich des fehlenden Gehörs bei der Feststellung des Rahmenplanes über die Hochschulbauförderung. Der Protest ist gekommen. Ich bin nur sehr skeptisch über die Bedeutung solcher Anhörungen. Sie haben selbst gesagt, wir haben Hochschulen von Zwiesel bis Lemgo, etwa 180 an der Zahl. Meine Herren, überlegen wir, wie sollen diese 180 Hochschulen in einer Planungsatmosphäre ihr Gewicht zur Geltung bringen. Wer selbst das Anliegen seiner Hochschule einmal im Parlament bei einer Anhörung zu vertreten hatte, der wird berichten können, welche Enttäuschung es bereitet zu erkennen, wie wenig Gewicht einer solchen Anhörung beigegeben wird. Der entscheidende Punkt ist doch folgender: Aus Sachgründen oder aus anderen Überlegungen sind die Entscheidungen zum großen Teil vorgeformt und die Anhörung dient oft einfach nur als Alibi. Dies hängt — und das müssen wir klar sehen — mit der Planung als solcher zusammen. Die Planung wird den Manövrierraum des Einzelnen wie auch jeder einzelnen Institution im starken Maße beschränken. Planung verlangt als neue Dimension, daß in gewissen größeren Perspektiven gedacht wird. Man kann darum natürlich den Planungsansatz insgesamt für bedenklich erachten. Ich möchte darauf aufmerksam machen, daß Planung nicht etwas Neues ist, erdacht im letzten Jahrfünft. Haushaltsplanung, Finanzplanung und Prioritätensetzung jeder Regierung gab es schon seit längerem, und die preußische Finanzplanung war ja Vorbild für manches in der heutigen Finanzplanung.

Lassen Sie mich am Ende nur noch auf einen Punkt aufmerksam machen: Die Form der verfassungsrechtlichen Festlegung einer Verbundplanung, einer gemeinsamen Rahmenplanung, ist meines Erachtens vielleicht auch geeignet, den Föderalismus im Volk plausibel machen zu können. Der Föderalismus ist eine schwierige Sache und genießt aus verschiedenen Überlegungen nicht unbedingt Achtung beim Bürger. Das Wort von der Leistungskrise, das Herr *Saladin* in diesem Zusammenhang erwähnt hat, scheint sehr richtig gewählt zu sein. Wir sind aber allgemein der Meinung, daß der Föderalismus so viele positive Seiten hat, z. B. die politische und vertikale Gewaltengliederung und dergleichen Aspekte mehr. Das zwingt uns aber dazu, wenn wir den Föderalismus ernst nehmen wollen, daß wir uns um neuartige Entwicklungs- und Gestaltungsformen bemühen müssen, um den Föderalismus als verfassungsrechtliches Prinzip und in der Verfassungswirklichkeit durchsetzbar zu machen. Und gerade dafür erscheinen mir die fortentwickelten Gemeinschaftsaufgaben einen guten Ansatz zu bieten. Ich danke Ihnen.

Lerche: Ich darf vielleicht in leichter Umgruppierung der gegebenen Reihenfolge von Wortmeldungen vorschlagen, daß wir zunächst die ganze Phalanx der Mitglieder der Enquêtekommission auf uns wirken lassen, um dann den Referenten die Gelegenheit zu einer kurzen Stellungnahme zwischenhinein zu geben.

Kewenig: Ich darf die Stellungnahmen der Kollegen aus der Enquête-Kommission mit drei Bemerkungen ergänzen. Die erste Bemerkung betrifft die These 1 von Herrn *von Münch*. Ich würde ihr zustimmen und ebenfalls meinen, daß nur dann, wenn besonders gewichtige Gründe vorliegen, eine Änderung der Verfassung in Aussicht genommen werden soll. Herr *von Münch* hat nun aber, wie ich glaube, in seinem Referat selbst eine Vielzahl von Anhaltspunkten dafür vorgetragen, daß im konkreten Fall der Gemeinschaftsaufgaben solche besonderen Gründe tatsächlich vorliegen. Die Gemeinschaftsaufgaben, so wie sie Eingang in das Grundgesetz gefunden haben, sind nämlich nicht das Produkt langen Nachdenkens über eine moderne und praktikable Bundesstaatskonzeption. Sie sind nichts anderes als die Legalisierung eines schon vorher bestehenden, verfassungsrechtlich höchst bedenklichen Zustandes. Sie sind darüber hinaus Ausdruck eines politischen Kompromisses zwischen Bund und Ländern. Schon diese Hinweise aber dürften genügen, um die mehrheitliche Überzeugung in der Enquête-Kommission zu rechtfertigen, daß die Gemeinschaftsaufgaben nach Möglich-

keit durch ein theoretisch und praktisch durchdachteres System des kooperativen Föderalismus ersetzt werden sollten.

Nun zwei weitere Bemerkungen zu den Thesen von Herrn *Frowein*. Zunächst zur These 16, in der er sich mit den Alternativkonzepten zu den Gemeinschaftsaufgaben auseinandersetzt. Ich würde ihm voll zustimmen, daß der Ruf nach einer strengen Scheidung der Kompetenzen, nach dem Zurück zu einem klaren Nebeneinander von Bund und Ländern ein Ruf ist, der zwar theoretisch große Anziehungskraft haben mag, der aber an der Verfassungswirklichkeit und den Bedürfnissen der Praxis vorbeigeht. Ich würde ihm auch zustimmen in seiner Skepsis gegenüber der praktischen Brauchbarkeit der bisherigen Vorschläge der Enquête-Kommission. Nur würde ich meinen, daß man trotz aller berechtigten Skepsis sich die Dinge nicht zu einfach machen darf.

So müßte doch wohl, wenn man sich auf die praktische Unbrauchbarkeit der Vorschläge beruft, zumindest der Versuch gemacht werden, diese These zu belegen. Das aber ist bisher nicht geschehen. Auch die Bundesregierung, die in den Beratungen der Enquête-Kommission ähnlich argumentierte wie Herr *Frowein*, hat ihre auf verständlichen Motiven beruhenden Vorbehalte nicht so spezifiziert, daß sie auch nur die Praktiker in der Kommission — und die sind immerhin in der Überzahl — überzeugt hätten.

Im übrigen darf ich mit Herrn *Stern* und Herrn *Partsch* noch einmal darauf hinweisen, daß die Enquête-Kommission selbst immer wieder betont hat, es handele sich bei den jetzt vorgelegten Überlegungen um Vorschläge „im ersten Durchgang“. Sie werden noch einmal überdacht und auch auf ihre Praktikabilität überprüft werden müssen, wenn sich die Kommission mit den Fragen der Finanzverfassung, insbesondere mit der Problematik des Finanzausgleichs, befaßt.

Die Feststellung von Herrn *Hettlage*, die Kasse sei wichtiger als die Kompetenz, ist auch in der Enquête-Kommission wiederholt gemacht worden. Trotzdem setzte sich in der Kommission die Auffassung durch, daß man mit der Erfindung der Gemeinschaftsaufgaben im Grunde auf halbem Wege stehen geblieben ist, und zwar auf halbem Wege zwischen den Bedürfnissen der Praxis und einer neu zu erarbeitenden Konzeption des Bundesstaates, und daß man diesen Weg zu Ende gehen sollte, indem man über die Gemeinschaftsaufgaben hinaus zu einer durch einen gesunden Finanzausgleich abgesicherten Verbundplanung zwischen Bund und Ländern kommt.

Eine dritte Bemerkung gilt der These 7 von Herrn *Frowein*. Wenn man sich fragt, worin denn eigentlich die konkreten

Nachteile der jetzigen Regelung der Gemeinschaftsaufgaben liegen, so müssen m. E. zwei Stichworte fallen: Entmachtung der Länderparlamente und Angebotsdiktatur des Bundes.

Der mit dem ersten Stichwort angedeutete Tatbestand wird heute wohl von niemand mehr geleugnet. Die Länderparlamente werden zwar über die sich im Bereich der Exekutive vollziehende Planung der Gemeinschaftsaufgaben informiert, sind aber aus dem eigentlichen Entscheidungsprozeß völlig ausgeschaltet. Dieser vollzieht sich in Gremien, in denen sie nicht vertreten und auf deren Entscheidungen sie keinen spürbaren Einfluß nehmen können. Und im jetzigen System der Gemeinschaftsaufgaben läßt sich daran auch nicht viel ändern. Das System ist soweit, wie Herr *Frowein* mit Recht hervorhebt, kaum verbesserungsfähig. Gerade diese Feststellung aber scheint mir ein starkes Argument für die Ersetzung der Gemeinschaftsaufgaben in der jetzigen Form zu sein. In der Beteiligung an der Planung sehe ich nämlich unter den heutigen Umständen eine der wichtigsten Aufgaben des Parlaments überhaupt. Zwar geht man in der bisherigen Diskussion noch überwiegend davon aus, Planung sei sachlogisch *gouvernemental*, und wenn das Parlament eingeschaltet werde, dann nur auf der Basis seiner allgemeinen Kontrollbefugnis gegenüber der Exekutive. Ich halte diese Auffassung für falsch. Zunächst sollte man deutlich unterscheiden zwischen mittelfristiger und kurzfristiger Planung auf der einen und langfristiger Planung auf der anderen Seite. Wenn wir über Verbundplanung sprechen, so ist damit grundsätzlich nur die langfristige Planung angesprochen. Langfristige Planung aber ist sicher nicht sachlogisch *gouvernemental*. Ich sehe viel eher eine gedankliche Verbindungslinie zwischen dieser Art der Planung und — materieller — Gesetzgebung. Bedeutet nicht auch Gesetzgebung inhaltlich das Setzen langfristiger Leitlinien, an denen sich alle Rechtsunterworfenen zu orientieren haben? Zumindest aber muß man die langfristige Planung als staatsleitenden Akt im Sinne Johannes *Heckels* ansehen, der Regierung und Parlament „zur gesamten Hand“ zusteht. Das aber bedeutet konkret, daß es bei der Planung um einen echten parlamentarischen Beteiligungsanspruch geht. Und dieser Anspruch besteht sowohl im Frühstadium der Planung, also bei der Auswahl unter verschiedenen Entscheidungsalternativen, wie später, wenn ein bestimmter Plan „beschlossen“ und seine Ausführung programmiert wird.

Und noch ein Wort zu dem zweiten Stichwort, dem von der Angebotsdiktatur des Bundes. In den Diskussionen der Enquête-Kommission ist immer wieder darauf hingewiesen wor-

den, daß das jährliche Finanzaufkommen der Länder im voraus bis auf einen minimalen Prozentsatz fest verplant ist. Der verbleibende „Freibetrag“ wird regelmäßig durch die Mitfinanzierung bestimmter Gemeinschaftsaufgaben aufgezehrt. Damit aber ist den Ländern heute praktisch jede Möglichkeit genommen, hinsichtlich denkbarer neuer Projekte eigene Konzeptionen zu entwickeln oder doch zumindest eine den speziellen Bedürfnissen des jeweiligen Landes möglicherweise besser entsprechende Prioritätenliste aufzustellen. Das bedeutet: Im Bereich der Länderparlamente kommt zu der allgemein gemachten Erfahrung, daß die Haushaltsprärogative des Parlaments durch die Exekutive immer mehr eingeschränkt wird, noch der besonders schmerzlich empfundene Umstand hinzu, daß über die Gemeinschaftsaufgaben auch noch der Bund in das Budgetrecht der Länderparlamente hineindirigiert. Durch diese Kumulierung wird ein Zustand erreicht, der nach meiner Auffassung ganz sicher verfassungspolitisch, aber wohl auch verfassungsrechtlich nicht mehr tolerabel ist.

Deshalb zum Abschluß meine These: Das Institut der Gemeinschaftsaufgaben ist von Anfang an mit einigen Geburtsfehlern belastet gewesen, Geburtsfehlern, die zwar zu mildern, aber nicht zu beheben sind. Das von der Enquête-Kommission vorgeschlagene Planungskonzept ist noch unvollständig und begegnet Bedenken vor allem hinsichtlich seiner Praktikabilität. Aber es scheinen mir durchaus Chancen zu bestehen, die vorhandenen Lücken zu schließen und diese Bedenken gegen seine „Machbarkeit“ auszuräumen. Gelingt das tatsächlich, so dürfte sich dieses Konzept besser in eine moderne und lebensfähige Bundesstaatskonzeption einpassen lassen als die bisherigen Gemeinschaftsaufgaben. In diesem Fall würde ich dafür plädieren, die Gemeinschaftsaufgaben durch die vorgeschlagene Verbundplanung zu ersetzen. Sollte es dagegen nicht gelingen, so würde ich ebenfalls für den von Herrn *Frowein* vorgeschlagenen Weg sein, also den, das bisherige System so weit wie irgend möglich zu verbessern.

Frowein: Meine Herren Kollegen!

Darf ich versuchen, auf die Fragen und Vorschläge der Mitglieder der Enquête-Kommission einige Bemerkungen zu machen und einige Fragen zurückzugeben.

Herr *Partsch* hat, wie ich meine, sehr eindrucksvoll dargelegt, unter welchen Zwängen sich die Kommission befindet und zu ihren Beschlußfassungen kommt. Aus den Äußerungen von Herrn *Partsch* ist sehr deutlich hervorgegangen, daß ein wichtiger institutioneller Partner, der in dem Gespräch zu Wort kommen sollte, in dieser Kommission, vorsichtig gesagt, unter-

repräsentiert ist: Das ist der Bund. Auch wenn man die Debatten liest, ist das unabweisbar. Ich bin weit davon entfernt zu meinen, daß in dieser schwierigen Fragestellung die Position des Bundes oder der Länder eo ipso einen Vorrang haben sollte. Ich meine aber, daß beide Positionen abgewogen werden müssen, und daß vor allem beide Seiten in der Lage sein müssen, sich gebührend zu äußern. Das scheint mir im Falle des Bundes bisher nicht genügend möglich gewesen zu sein.

Ich darf von daher zu den Äußerungen kommen, die sich auf die Verbundplanung beziehen, und der Fragestellung, ob die Verbundplanung wirklich die etwa von Herrn *Stern* hier aufgezählten Mängel beseitigen kann. Herr *Stern* sieht als Mängel einmal das Koordinierungsproblem, zum anderen das Problem der Mehrheiten in den Ausschüssen, zum dritten das Problem der Mischverwaltung und Mischverantwortung. Um nur diese drei kurz zu erörtern, so scheint mir doch deutlich zu sein, daß die Verbundplanung sich die Frage gefallen lassen muß, was sie wird verbessern können. Die Koordinierung ist sicher ein Problem zwischen 91 a und 91 b, darum hat sich Herr *von Münch* gekümmert. Im übrigen meine ich, daß sie bisher zwischen den drei Gemeinschaftsaufgaben kein wesentliches Problem gewesen ist. Aber wir haben in einer Gemeinschaftsaufgabe, nämlich Agrarstruktur und Küstenschutz, noch keinen Rahmenplan, obwohl man sich zweieinhalb Jahre darum bemüht. Wofür spricht das? Meine These wäre, das spricht dafür, daß überhaupt nur ein sektoraler Ansatz möglich ist, weil schon in den Sektoren die Schwierigkeiten so ungeheuer sind, daß etwa im Agrarsektor, der finanziell bekanntlich nicht zu den wichtigsten in der Bundesrepublik gehört, dennoch außerordentlich schwer eine Klärung und Koordinierung zwischen Bund und Ländern zu erreichen ist. Wenn das bereits hier so ist, wie sollen wir zu einer mehr als bloß formelkompromißartigen Verbundplanung kommen können? Zu den Mehrheiten habe ich Lösungen angeboten. Zu dem Problem der Mischverwaltung habe ich mich heute morgen geäußert, und ich würde wiederholen: Ich meine, daß wir uns dieses Reizwortes und seiner etwas schlagwortartigen Bedeutung ein wenig entledigen sollten, wobei ich nicht verkenne daß der Übergang zu einem generellen System der Mischverwaltung natürlich den Bundesstaat zerstören würde. Beispiele anderer Bundesstaaten können zeigen, daß auf wohlerwogenen Sektoren ihrer speziellen Bedeutung wegen eine Mischverwaltung noch nicht deswegen, weil hier gemeinsam Zuständigkeiten wahrgenommen werden, zu perhorreszieren ist. Schließlich hat Herr *Stern*, und das fand ich sehr interessant, auch als Beispiel für den Weg einer weiteren Planung die Gespräche des Bundeskanzlers und der Mi-

nisterpräsidenten der Länder angeführt. Ich meine, und hier würde ich mich von Herrn Stern unterscheiden, daß man doch relativ deutlich zwei Dinge trennen sollte. Die ständigen Gespräche der Glieder im Bundesstaat, die ja bei uns laufend stattfinden und die bekanntlich in der Geschäftsordnung der Bundesregierung seit langem einen Platz haben, sind etwas selbstverständlich Notwendiges und Erstrebenswertes. Von dort aber überzugehen zu Regelungen, die eine irgendwie geartete rechtliche Verbindlichkeit haben, scheint mir ein wesentlicher qualitativer Schritt zu sein. Ich weise auf das hin, was ich zum bundesstaatlichen Problem allgemein heute morgen gesagt habe. Diese Gespräche müssen sein und wir sollten sie beibehalten, aber ein Argument für die Verbundplanung würde ich gerade daraus nicht ableiten.

Soell: Meine sehr verehrten Herren Kollegen!

Beide Referate haben neben der Form dadurch beeindruckt, daß sie eine Reihe von mit den Gemeinschaftsaufgaben zusammenhängenden prinzipiellen und sich wechselseitig beeinflussenden verfassungsrechtlichen Fragen gesehen und behandelt haben; und daneben auch noch die Mühe auf sich nahmen, den in der Staatspraxis auftretenden Auswirkungen nachzugehen. Interessant sind die Beiträge allerdings auch in dem, was sie nicht bringen. Ich bin allerdings weit davon entfernt, mich einem Werturteil Mark Twains anzuschließen, der in einer Parabel vom Landstreicher, welcher in der Not seines Hungers einen durchlöcherten Schuh aufgegessen hatte und dann gefragt worden war, wie er ihm geschmeckt habe, die Antwort gab, „die Löcher waren noch immer das Beste“. Wie gesagt, davon bin ich weit entfernt.

In beiden Referaten klang durch, daß das Hosianna bei Bund und Ländern im Zeitpunkt der Einführung der Gemeinschaftsaufgaben und das Kreuzigen der Gemeinschaftsaufgaben durch die Länder im derzeitigen Augenblick mehr auf dem emotionalen Bereich liege und weniger Sachgründe für sich in Anspruch nehmen könne. Das jedenfalls habe ich den Ausführungen entnommen. Ich frage mich aber, und hier möchte ich etwas nachtragen, ob nicht doch grundsätzliche Bedenken gegen das Institut der Gemeinschaftsaufgaben geltend gemacht werden können, jedenfalls was den 91 a GG anlangt, wo es um eine koordinierte Planung und nicht um eine kooperative Planung geht. Die wichtigsten Gründe, die man gegen das Institut meines Erachtens ins Feld führen kann, und ich habe das in einem Beitrag in der Forsthoff-Festschrift genauer ausgeführt, liegen einmal auf finanzverfassungsrechtlichem, ferner aber auch auf

institutionell-organisatorischem Gebiet, also bei der Ausgestaltung der Gemeinschaftsaufgaben in ihrer gegenwärtigen Form.

Zunächst einmal zu den finanzverfassungsrechtlichen Fragen. Die Gemeinschaftsaufgaben sind im Zusammenhang mit der Finanzreform eingeführt worden. Neben den Gemeinschaftsaufgaben sollte schon nach dem Träger-Gutachten und auch nach der Begründung des Regierungsentwurfes eine bessere Verteilung der Finanzmittel einhergehen. Diese Erwartung der Länder, die sich seinerzeit ja wohl auch deshalb für eine Einführung der Gemeinschaftsaufgaben entschlossen hatten, hat sich nicht erfüllt. Der Bund als Herr der Steuergesetzgebung und als Inhaber der Ertragshoheit kann die Gemeinschaftssteuern für sich selbst, aber auch für die Länder wesentlich ändern, er kann neue Steuern erfinden; die Länder haben nach der Änderung der Finanzverfassung aber kein substantielles Steuergesetzgebungsrecht mehr. In der Praxis hat der Bund die Tendenz, Steuererhöhungen möglichst sich selbst zu reservieren. Von den Steuererhöhungen des Jahres 1970/71, wo insgesamt Mehreinnahmen von über 1800 Millionen Mark eingingen, hat der Bund über 1700 Millionen für sich selbst beansprucht und den Ländern nur den kläglichen Rest gelassen. Auch bei den Steuermindereinnahmen sind die Länder nachweisbar stärker belastet worden als der Bund.

Dann ist heute morgen Herr *von Münch* auf das Problem der Folgelasten eingegangen. Ich habe sie in meinem Beitrag auch behandelt. Herr *von Münch*, Sie haben meines Erachtens das Problem, verzeihen Sie bitte, minimalisiert. Die Folgelasten, wenn man sich einmal die Größenverhältnisse allein im Bildungs- und Hochschulbereich vor Augen hält, sind für die Länder ungeheuer. Die Zahl ist heute morgen genannt worden; 80 bis 100 Milliarden, so rechnet man, wird im Jahre 1980 etwa der Finanzaufwand allein auf dem Bildungssektor betragen. Ferner hat man geschätzt, und dem ist bisher nicht widersprochen worden, daß im Jahre 1980 der Anteil der Investitionen für Gebäudeerrichtung, Ausstattung etc., ungefähr nur noch ein Viertel ausmachen wird, drei Viertel etwa werden reine Folgelasten sein. Das heißt, insbesondere die Personalkosten werden sich überproportional erhöhen, wie sie das im Verhältnis von Bund und Ländern jetzt schon getan haben. Bei den Ländern sind sie von 1966 bis 1969 um etwa 6 Milliarden gestiegen, beim Bund dagegen nur um etwa 2,8 Milliarden. Man kann deshalb diesem Problem, nämlich der Verengung des finanziellen Spielraumes der Länder durch die Folgelasten nicht dadurch ausweichen, daß man auf die Erstattungsansprüche der Gemeinden z. B. für die Verkehrslasten, die durch den Ausbau

von Hochschulen entstanden sind, verweist. Das führt am Problem vorbei, weil gerade die Steigerung der Folgelasten bei den Ländern im Rahmen einer solchen Argumentation undurchsichtig bleibt. Ein weiteres kommt hinzu: Der ständig enger werdende Finanzspielraum der Länder ist hier von einigen Diskussionsrednern teilweise als ein naturgegebener Vorgang hingestellt worden. An sich bräuchte in einer gesunden bundesstaatlichen Verfassung das durchaus nicht so zu sein. Dort wäre es nämlich unnötig, daß der Bund Länderaufgaben finanziert, weil bei einer vernünftigen Aufteilung der Finanzmasse die Länder ihre Aufgaben selbst finanzieren könnten. Bei der Berücksichtigung der finanziellen Folgen bestimmter Programme argumentiert auch der Bund nicht immer ganz ehrlich. Im Umweltschutzprogramm der Bundesregierung z. B. steht der Satz, daß Kosten für den Bund durch das weitreichende Programm im wesentlichen nicht entstehen werden, sondern daß Länder und Gemeinden diese Kosten zu tragen haben. Und ich frage Sie, wie das nun im Zusammenhang mit den Belastungen, die auf uns zukommen werden, im Hochschul- und Bildungsbereich von den Ländern überhaupt noch bewältigt werden soll. Das ist doch gar nicht mehr möglich; hier muß dringend Remedur durch eine Neuverteilung der Finanzmasse geschaffen werden. Meines Erachtens sind Institute wie Gemeinschaftsaufgaben oder auch weitausgreifende Umweltschutzprogramme, ohne daß sie auf gesicherten finanziellen Fundamenten beruhen, nicht reell. Dem Bund war z. B. von sachverständiger Seite empfohlen worden, sich an den Kosten von ca. 10 Mrd. für ein dringend notwendiges Sofortprogramm bis 1975 auf dem Gebiet der Wasserreinhaltung mit 2 Mrd. zu beteiligen. In Wahrheit aber sieht der Bund, wie schon *Bullinger* bemerkt hat, nur einen Betrag von wenig mehr als 150 Mill. in seiner Finanzplanung vor.

Das zu den finanziellen Gründen, die die Länder möglicherweise bewogen haben, gegen die Gemeinschaftsaufgaben Stellung zu nehmen.

Ein weiteres Problem liegt in der institutionell organisatorischen Anlage des Institutes der Gemeinschaftsaufgaben selbst. Die Gemeinschaftsaufgaben sind ja typisch gesamtstaatlich orientiert, es geht um Programmierung, um Planung von gesamtstaatlichen Aufgaben, und der Bund als Wahrer des Gesamtinteresses kann in den Planungsausschüssen natürlich immer eine gewisse Priorität, eine Prävalenz beanspruchen, und er kann sie auch durchsetzen. Einmal durch die Stimmverteilung, darauf sind die Referenten und einige Diskussionsredner schon eingegangen, und zweitens dadurch, daß der Bund be-

stimmten Planungen, die die Länder vorschlagen und die im Planungsausschuß erörtert werden, die Zustimmung versagt und sie deshalb nicht finanziert. Denn der Bund kann nicht, das ist in der Literatur mit Recht vertreten worden, zu Aufgaben verpflichtet werden, die er nicht für sinnvoll hält. Was die institutionell-organisatorische Seite anlangt, ist an sich schon das meiste gesagt worden. Nur einen Punkt habe ich heute morgen auch etwas vermißt bei Herrn *von Münch*, der sich ja des Hochschulbau-Förderungsgesetzes genauer angenommen hat, nämlich die Funktion des Wissenschaftsrates. Der Wissenschaftsrat ist im Grunde von der Aufgabenstellung, aber auch von seiner Zusammensetzung her, ebenfalls gesamtstaatlich orientiert. Die Länder sind im Wissenschaftsrat in einer Minderheit, in einer hoffnungslosen Minderheit. Es ist auch keineswegs so, daß die Länder stets mit besonderem Vergnügen und eitler Freude die Entscheidungen des Wissenschaftsrates zur Kenntnis nehmen. Herr *von Münch*, Sie haben auf Hagen hingewiesen, wo ein Vorhaben vom Wissenschaftsrat zurückgestellt worden ist. Es gibt einen viel schwerwiegenden Vorgang in Baden-Württemberg, nämlich bei der Planung der Hochschulkliniken. Das Land hatte sehr großzügig den Ausbau von fünf Hochschulkliniken vorgeschlagen. Vom Medizinausschuß des Wissenschaftsrates wurde das jedoch abgelehnt und verlangt, daß zunächst zwei Projekte, nämlich Ulm und Heidelberg vorrangig ausgebaut und die anderen Vorhaben storniert werden sollten. Es gab eine hitzige Debatte im Landtag von Baden-Württemberg, bei der man sich über den Eingriff in die Planungshoheit des Landes durch den Wissenschaftsrat beschwerte. Es ist also so, daß der Wissenschaftsrat die Planungsmöglichkeiten der Länder auf dem Bereich der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau doch sehr wesentlich tangieren kann. Im übrigen hat der Wissenschaftsrat auch weit häufiger als es hier dargestellt wurde, primär die Interessen des Bundes vertreten. Das zeigt sich beispielsweise bei den Strukturempfehlungen des Wissenschaftsrates aus dem Jahre 1970, die auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Hochschulrahmengesetz maßgeblichen Einfluß hatten. Und insofern meine ich, daß auch in diesem Punkte die Länder durch die bisherige Konstruktion der Gemeinschaftsaufgaben ihre Interessen nicht ausreichend gewahrt sehen. Ich habe meinen Beitrag in der Forsthoff-Festschrift nicht unter dem Motto geschrieben, daß die Gemeinschaftsaufgaben ganz abgeschafft werden sollen, sondern gefragt, ob sie ein geeignetes Instrument zur weiteren Entwicklung des föderativen System sind. Ich suchte damals der Euphorie in bezug auf die Gemeinschaftsaufgaben, die vor einem Dreivierteljahr noch durchaus festzustellen war, zumindest in der Literatur

und auf Bundesseite, etwas gegenzusteuern. Die Ersatzlösungen, die angeboten worden sind in der Enquête-Kommission, bedürfen aber ebenfalls der genaueren Überprüfung im Hinblick auf Art. 79 III GG. Meine eigene Einstellung, was die Gemeinschaftsaufgaben anlangt, ist die, daß 79 II GG wohl noch nicht verletzt ist, aber daß schon die bisherige Regelung in die gefährliche Nähe dieser Sperrklausel gerückt ist.

Rudolf: Herr Vorsitzender, meine Herren!

Gestatten Sie mir nur fünf kurze Bemerkungen:

1. Die 1966 gefeierte Aufnahme des Abschnittes VIII a in das Grundgesetz hat nur einen Teil des Wildwuchses im Gebiete des kooperativen Föderalismus kultiviert. Neben den in Artikel 91 a und 91 b geregelten Gemeinschaftsaufgaben und den in Art. 104 a Abs. 4 genannten Möglichkeiten gibt es noch weitere Aufgaben, die nur gemeinsam von Bund und Ländern durch Kooperation zu lösen sind. Teilweise liegen insoweit Verwaltungsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern vor, teilweise geschieht die Kooperation aus den Bedürfnissen der jeweiligen Praxis. Wahrscheinlich ist es nach den vorläufigen Vorstellungen der Enquête-Kommission-Verfassungsreform eher möglich, diese nicht koordinierte, sondern nur kooperative Zusammenarbeit besser in den Griff zu bekommen, als die jetzigen Gemeinschaftsaufgaben.

2. Solange eine Umverteilung der Finanzmasse nicht vorgenommen ist, ist die Forderung der Länder, die Verwaltungskompetenz und die Finanzkompetenz in einer Hand zu vereinigen, in der Praxis nach meinem Dafürhalten nicht realistisch. Es gibt ja schon jetzt Art. 104 a Abs. 2 und Abs. 3, die beide vorsehen, daß der Bund unter bestimmten Voraussetzungen die Kosten trägt. Im Zuge einer intensiveren europäischen Bildungs- und Kulturpolitik wird man sich überlegen müssen, ob hier nicht noch weitere Koordination und Kooperation erforderlich wird, weil die vom Bund eingegangenen internationalen oder europäischen Verpflichtungen über Gegenstände der Landesgesetzgebung ebenfalls nur vom Bund finanziert werden können.

3. Selbst bei einer uns Juristen so am Herzen liegenden scharfen Trennung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern kann auf eine Kooperation zwischen beiden Seiten nicht verzichtet werden. Es gibt Materien, bei denen eine Kooperation unvermeidlich ist. Ein Beispiel sind etwa die auswärtigen Kulturbeziehungen, wo in der Bundesrepublik eine Regelung die etwa dem Art. 16 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes entspricht, nicht existiert und vor allem nach dem Urteil

des Bundesverfassungsgerichts im Konkordatsstreit nur durch ein Zusammenspiel des Bundes mit den Ländern ein Vollzug der Kulturabkommen möglich ist.

4. Die Frage nach der Bewährung des kooperativen Föderalismus ist deswegen so sehr schwer zu beantworten, weil nur die tatsächlich Beteiligten hinreichend informiert sind und es nicht nur Politiker, sondern auch Beamte gibt, die sich gar nicht vorstellen können, daß in ihrem Verantwortungsbereich etwas nicht funktioniert. Es gibt aber einige Beispiele, wo man als Außenstehender wohl sagen kann, daß es nicht so funktioniert, wie es eigentlich der Fall sein sollte. Herr Kollege *Oppermann* hat zum Beispiel darauf hingewiesen, daß es bei einigen Abkommen im europäischen Bereich durch den sehr umständlichen Weg des Government of persuasion bis zu acht Jahren dauerte, bis diese Abkommen von der Bundesrepublik ratifiziert werden konnten, weil die Länder so lange brauchten, um die ursprünglich abgegebenen Absichtserklärungen nachher auch wirklich einzuhalten.

Es gibt zudem einige Kompetenzen, auf denen die Länder sitzen wie Fafnir auf seinen Schätzen, die sie aber in Wirklichkeit gar nicht ausüben, beispielsweise die Kompetenz zum Abschluß von Kulturabkommen. Wir haben allein etwa 30 Kulturabkommen des Bundes, aber kein einziges der Länder, obwohl nach Art. 32 Abs. 3 GG das überwiegend eine Materie der Länder wäre. Es gibt weitere Kompetenzen, bei denen zumindest einige Länder mangels genügender Equipierung zur Ausübung gar nicht in der Lage sind, weil die fachliche Kompetenz der rechtlich kompetenten Beamten fehlt. Es bleibt also für die Enquête-Kommission-Verfassungsreform zu überlegen, ob nicht in einigen Bereichen tatsächlich eine Verschiebung von Kompetenzen, die von den Ländern gehütet, aber praktisch nicht ausgeübt werden oder gar nicht ausgeübt werden können, zugunsten des Bundes sinnvoll wäre.

5. Was wir in bezug auf den europäischen Bereich mindestens brauchen, ist eine Koordinationskompetenz. Es fehlen Institutionen, die den Willen der Bundesrepublik international — etwa auf UNESCO-Konferenzen — und im europäischen Rahmen — etwa beim Europarat in Straßburg — so verbindlich artikulieren können, daß von vornherein mit einer innerstaatlichen Durchsetzung gerechnet werden kann. So fehlt beispielsweise eine gleichbleibende Delegation der Bundesrepublik bei den jeweiligen internationalen Kulturkonferenzen der UNESCO. Bisher wechselt der Vorsitzende und wechseln die Mitglieder der deutschen Delegation ständig. Es fehlen außerdem in einigen

Ländern fachlich kompetente Referenten, die für diese Fragen zuständig sein müßten.

Wo es schließlich eine Partizipation von nicht staatlichen Organisationen gibt, da geht diese, Herr Stern, über die Anhörung teilweise hinaus. Denken Sie beispielsweise an die Mitwirkung der Westdeutschen Rektorenkonferenz innerhalb der deutschen Delegation beim CCC in Straßburg. Diese Partizipation, die sehr sinnvoll ist, kann aber nur dann wirklich effizient werden, wenn Koordinationsstellen da sind, die dafür sorgen, daß etwa der Vertreter der WRK oder der Vertreter des Städtetages oder anderer nicht staatlicher Organisationen in die deutsche Delegation so eingefügt wird, daß die Delegation bei internationalen Organisationen oder auf Konferenzen gut koordiniert als einheitliche Gruppe auftreten und verbindlich verhandeln kann.

Kisker: Meine Herren, etwas zuviel hat in den Referaten und einer Reihe von Diskussionsbeiträgen die Frage eine Rolle gespielt, was politisch durchsetzbar ist. Ich anerkenne völlig, daß ein Praktiker, auch ein politischer Praktiker, diese Frage immer wieder zu erwägen hat; daß er immer wieder zu prüfen hat, ob er mit seinen Vorschlägen auch durchdringen kann. Aber ich glaube, es ist Aufgabe der Staatsrechtslehrer, dann doch auch wieder ein bißchen tiefer zu bohren, also Grundsatzfragen zu stellen.

Deshalb sollten wir uns davor hüten, den fatalen Begriff vom „kooperativen Föderalismus“ hochzustilisieren. Die Einführung dieses Begriffes ist ja in der Tat nichts anderes — das wurde hier schon ein paarmal gesagt — als der etwas mißratene Versuch, Notlösungen, die im letzten Augenblick ergriffen wurden, um die unvermeidliche Koordination durchzusetzen, mit einem schönen Titel zu versehen. Gott sei Dank, hat sich vorläufig der Ausdruck „kreativer Föderalismus“, der ja mit gleicher Funktion auch schon aufgetaucht ist, nicht durchsetzen können.

Ein Versuch, die grundsätzlicheren Fragen anzuschneiden, müßte wohl von der Überlegung ausgehen, ob das, was im „kooperativen Föderalismus“ betrieben wird, eigentlich noch etwas mit dem Funktionssinn unseres föderalistischen Systems zu tun hat. Meines Erachtens nicht. Meines Erachtens gehört zu diesem Funktionssinn unseres föderalistischen Systems doch ein Agieren von Ländern als politischen Gemeinschaften. Länder als politische Gemeinschaften kann ich mir jedoch nicht vorstellen ohne ein aktiv (entscheidend und kontrollierend) mitwirkendes Parlament. Nun scheint doch aber festzustehen: Soweit die innerbundesstaatliche Kooperation reicht, verlieren die Parlamente an Einfluß. Dem ist, fürchte ich, auch nicht dadurch ab-

zuhelfen, daß man zugunsten der Parlamente Anhörungsrechte, die Befugnis zur Stellungnahme, Fristverlängerungen und dergleichen einführt. All dies kann nichts daran ändern, daß innerbundesstaatlich in einem quasi-völkerrechtlichen Stil kooperiert wird. Dies mit genau derselben Konsequenz, die dieser Stil auch im völkerrechtlichen Verkehr hat: Die politische und administrative Spitze fällt die eigentlichen Entscheidungen, die Parlamente werden ausgeschaltet. Deswegen meine ich, Art. 91 a sollte nicht als ausbaufähige Basis künftiger Kooperation in Betracht gezogen werden. Dies zu betonen ist insofern wichtig, als ja im Jahre 1969 durchaus daran gedacht war, das Instrument des Art. 91 a weiter auszubauen, mit seiner Hilfe also auch künftige Koordinationskrisen zu bewältigen.

Ein wenig Angst habe ich auch vor der nächsten „Sternstunde“ des Föderalismus; vor der „Sternstunde“, die ins Haus steht, wenn die Enquête-Kommission mit ihren Vorschlägen durchkommen sollte. Auch gegenüber diesen Vorschlägen ist Vorsicht geboten: Im Grunde genommen würde ihre Verwirklichung gegenüber dem durch Art. 91 a GG geschaffenen Zustand hinsichtlich der Rolle der Parlamente nicht viel ändern. Die Entscheidungen würden nach wie vor in Koordinationsgremien eines „Staatenbundes im Bundesstaat“ fallen und nicht in den Parlamenten.

Deswegen meine ich, daß doch noch einmal erwogen werden sollte, ob man nicht zu einer klareren Kompetenztrennung zurückkehren könnte. Trotz aller berechtigten Einschränkungen, die Herr *Partsch* insoweit vorhin gemacht hat, würde ich lossteuern auf eine Unterscheidung zwischen Rahmen- und Detailkompetenz. Sie haben, Herr *Kewenig*, völlig recht, wenn Sie betonen, daß es außerordentlich schwierig ist, dabei präzise zu differenzieren. Aber, wenn Sie einen Rahmenplan durch einen Staatenbund aufstellen lassen wollen, dann sehe ich nicht recht ein, warum man diese Kompetenz nicht ebensogut auch dem Bund sollte zuschreiben können. Sie werden mich auf Art. 79 III GG hinweisen, das ist mir klar. Nur bin ich eigentlich mit Herrn *Soell* der Meinung, daß auch das, was wir jetzt schon als „kooperativen Föderalismus“ praktizieren, kaum noch mit Art. 79 III GG vereinbar ist. Da ist also kein Unterschied. Wir müssen uns mit Art. 79 III auseinandersetzen. Notfalls müssen wir versuchen, durch diese Mauer hindurchzubrechen; sei es auch, wie ja gelegentlich erwogen worden ist, in einem neuen, den Art. 79 III GG reformierenden Ansatz, also durch eine Nationalversammlung. Jedenfalls glaube ich, daß wir vor dieser Mauer nicht einfach stehenbleiben können, während unser föde-

ralistisches System wegen demokratischer Unglaubwürdigkeit immer mehr abbröckelt.

Scupin: Herr Vorsitzender, meine Herren Kollegen!

Meine Wortmeldung geschah mit dem Stichwort: Das Verhältnis von Abschn. VIII a zu Abschn. VII GG, insbesondere zu Art. 70 ff. im Hinblick auf die Kompetenzverteilung in der Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern.

Da ich nicht wie die Herren Kollegen von der Enquête-Kommission aus dem Vollen schöpfen kann, werde ich versuchen, bei Erörterung der Problematik schlicht dogmatisch vorzugehen.

Ferner beziehe ich in die Problembehandlung zunächst noch einen anderen Gesichtspunkt ein: das Verhältnis der Abschnitte VIII a und VIII zueinander, worüber wir uns wahrscheinlich schnell einig sein werden. Vorab muß ich bemerken, daß Herr Friedrich Klein zu diesen Fragen einen sehr einleuchtenden Artikel in der Zeitschrift „Der Staat“ geschrieben hat, bei dessen Lektüre ich erfreut feststellte, daß wir unabhängig voneinander zu ähnlichen Ergebnissen gekommen waren. Meine Abhandlung dazu ist allerdings noch nicht veröffentlicht, weshalb ich es vorziehe, von Herrn Kleins Äußerungen auszugehen, und ihn bitte, mich zu korrigieren, wenn ich das, was er geschrieben hat, nicht präzise genug wiedergebe.

Zunächst zu Abschn. VIII und VIII a: Beide Abschnitte sind nach ihrem Gehalt scharf zu unterscheiden. Denn in VIII a werden als Gemeinschaftsaufgaben solche Aufgaben behandelt, die an sich Sache der Länder sind, aber von diesen aus verschiedenen Gründen nicht ohne weiteres erledigt werden können. Diesen Aufgaben soll durch Mitwirkung des Bundes zur Erfüllung verholfen werden. Wenn es sich also um Landeskompetenzen handelt, um in den Landesbereich fallende Angelegenheiten, dann können die Bestimmungen des Abschn. VIII, die die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder betreffen, nicht zur Auslegung und Ergänzung bei der Durchführung der Normierungen der beiden Artikel des Abschnitts VIII a herangezogen werden. Abschn. VIII kommt im Verhältnis zu Abschn. VIII a somit gleichsam nicht zum Zuge und umgekehrt. — Sie Herr Frowein, hatten die Gesamtproblematik wohl so formuliert, daß Gemeinschaftsaufgaben (des Abschnitts VIII a) quer zu den üblichen grundgesetzlichen Kompetenzverteilungen liegen, wie ich meinen flüchtigen Notizen entnehme. Das haben Sie, wenn ich es richtig erfaßt habe, gerade auch auf Art. 83 ff., also auf Abschn. VIII bezogen. Insoweit sind wir uns also einig.

Nun scheint es mir, daß im Verhältnis des VIII a zu VII dieselbe Frage zu klären ist. Es ist zu fragen, ob durch Abschn. VIII a die grundlegende Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern durchbrochen wird, um es etwas hart auszudrücken. Der Art. 91 a Abs. 2 könnte zu dieser Annahme verleiten, weil durch Bundesgesetz die Gemeinschaftsaufgaben, die nach ihrem Ursprung Landesaufgaben sind, dort näher bestimmt werden. Man kann eine Durchbrechung der nach dem Willen des ursprünglichen Verfassungsgebers gegebenen Zuständigkeitseinteilung jedoch schon deswegen verneinen, weil bereits Abs. 3 des Art. 91 a ein hiernach nunmehr verfassungsmäßig mögliches Bundesgesetz auf Verfahrensfragen sowie auf Einrichtungen für die gemeinsame Rahmenplanung beschränkt und weil Abs. 2 bei der Gemeinschaftsaufgabenbestimmung auf allgemeine Grundsätze der Erfüllung dieser Aufgaben als Inhalt eines entsprechenden Gesetzes hinweist. Daraus folgt, daß die bestehende Regelung der Kompetenzverteilung der Artikel 70 ff. festgeschrieben wird und als Grundlage erhalten bleibt, als ein Hintergrund, von dem sich die Bestimmungen des Art. 91 a deutlich abheben. Dennoch könnten die weiterhin bestehenden, klaren Kompetenzgrenzen sowohl bei Ausführung des Art. 91 a wie des Art. 91 b in der Gesetzgebung und dann auch in der Verwaltungspraxis leicht überschritten werden. Hierfür sei verwiesen auf das treffende Beispiel, das uns heute Herr *von Münch* vor Augen geführt hat (es ging um die Bielefelder Fragen), wenn auch der konkrete Sachverhalt auf einer anderen Ebene seine Grundlage hat. Im hier zu diskutierenden Bereich würde der Bund gegenüber den Ländern möglicherweise Kompetenzgrenzen überschreiten.

Vor allem aber möchte ich mit diesem Beitrag darauf hindeuten, daß auch Art. 91 b, der hier noch wenig behandelt worden ist, ähnliche Gefahren birgt. Dieser spricht zwar — anders als Art. 91 a — gerade keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes an, und es gibt daher keine Möglichkeit, eine solche aus dem Wortlaut der Bestimmung zu folgern, aber der Bundesgesetzgeber, der nach Art. 74 Ziff. 11 für das Recht der Wirtschaft zuständig ist, vermag von altersher in diesem Bereich auch Fragen der Ausbildung mitzuregeln, wie wir alle wissen; man denke an die früheren Bestimmungen der Gewerbeordnung (§§ 135 ff.), an die entsprechenden Vorschriften in der Handwerksordnung oder in dem sich gerade auf Art. 91 b stützenden Bundesberufsbildungsgesetz vom August 1969 (in Kraft ab 1. 9. 1969). Hierbei handelt es sich also um eine sachnotwendige, übergreifende Kompetenz, die vom Verfassungsgeber bewußt

und verständigerweise in Kauf genommen wird. Hieraus ergibt sich dann für den Gesetzgeber, der Art. 91 b ausführt, die Möglichkeit, unversehens in die Kulturgesetzgebungs- und Kulturverwaltungskompetenzen der Länder einzugreifen. Art. 91 b hat also für seine Ausführung eine aus überliefertem Denkschema herrührende, gleichsam weiche Stelle. Im Übergreifen könnten vom Bund etwa Institutionalisierungsregelungen getroffen werden, die sicherlich Sache der Länder sind.

Ein Vorgang dieser Art wird zuweilen in den Landeskultusministerien nicht sofort klar erfaßt. Ich darf daran erinnern, daß wir auf der Berliner Tagung 1957 über ähnliche Zusammenhänge gesprochen haben. Dabei handelte es sich um die Förderung nach dem sog. Honnefer Modell, die ursprünglich allein durch eine Haushaltsposition beim Bundesinnenminister abgesichert war. Aus eigener Erfahrung in der Förderungsarbeit habe ich in Erinnerung, daß dieses Bundesministerium mit den Stellen der „Studentenhilfe e.V.“ unmittelbare Verbindung pflegte, ohne daß die Länder zunächst beteiligt waren. Dies geschah längst bevor der Passus über die Förderungskompetenz des Bundes in die Ziffer. 13 des Art. 74 hineingekommen war.

Damals haben Herr Weber und ich die Dinge kritisch aufgegriffen, um diese Vorgänge in einer verfassungsrechtlich „grauen Sphäre“ — von Herrn Weber wurde der Ausdruck „graue Zonen“ in die Diskussion über die Organisationsgewalt gebracht — zu durchleuchten. Ich persönlich beabsichtigte damals auch, auf den Kompetenzverlust der Länder hinzuweisen, den diese vielleicht nicht bemerkt hatten oder bemerken wollten, wenn die Kultusministerien oder einzelne Sachbearbeiter derselben etwa einer gewissen Bequemlichkeitstendenz folgen wollten.

Dies Beispiel sei zur Illustration künftiger Möglichkeiten von Kompetenzverschiebungen angeführt, wofür noch weitere Motivationen genannt werden können. So neigen Sachbearbeiter nichtjuristischer Provenienz im schulischen Ressort der Kultusministerien dazu, zwar das Schulrecht — sagen wir — fest im Griff zu behalten, aber die übrigen Bereiche der Kultur, obwohl diese ganz ebenso zur Landeskompentenz gehören, weniger zu beachten. Dazu kommen in der gegenwärtigen Praxis mehr und mehr auch die Subventionsmöglichkeiten für die Länder durch den Bund, auch im Kulturbereich. Es tritt dabei für die Länder die Frage auf, wie sie finanziell insoweit besser abschneiden. Dies Problem ist bereits von einigen Rednern in anderen Zusammenhängen heute angesprochen worden. Solche teleologischen Erwägungen haben aber keinerlei verfassungsrechtlich durchschlagendes Gewicht. Es kommt darauf an, daß man klar erfaßt, wo die Kompetenzgrenzen zwischen Bund und

Ländern bei allen notwendigen Ausnahmen der Überschneidung liegen.

Wenn somit auf Unzulänglichkeiten in Abschn. VIII a und auf die Fehlermöglichkeiten bei seiner Verwirklichung und Durchführung mit knapper und daher vergrößernder Charakterisierung hingewiesen sein soll, so bedeutet das keineswegs eine Ablehnung des Gedankens und der Normativierung der Gemeinschaftsaufgaben an sich. Vielmehr möchte ich meinen, daß selbst in einem föderativen Staatswesen von der Technisierung des Lebens her ein Zug zur Zentralisierung auch im Bildungsbereich unausweichlich gegeben ist. Die Schaffung von Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in der Verfassung erscheint dafür als zweckmäßig, ja als notwendig, wenn nicht in einer „grauen Sphäre“ sich jene Art Wildwuchs entwickeln soll, vor dem bereits gewarnt wurde.

Demgegenüber ist jedoch daran festzuhalten, daß die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern davon im Kern nicht berührt wird. Nicht nur Art. 70 ff. sondern auch Art. 30 müssen als fester Hintergrund im Auge behalten werden, solange wir nicht eine ganz neue Verfassung erhalten, wie sie in der Diskussion angesprochen wurde, eine Möglichkeit, die ich allerdings nicht für realisierbar halte.

Verliert man die feste verfassungsrechtliche Grundlage aus den Augen, hier also jene Normativierung des Föderalismus, wie sie Art. 30 und 70 treffen, so schafft man Verfassungswidersprüche und damit Rechtsunsicherheit. Die Länder haben einen Anspruch darauf zu wissen, woran sie auch bei Neuschöpfungen wie den Gemeinschaftsaufgaben sind; sie sollten diesen Anspruch auch wahrnehmen und zwar so, wie er ihnen nach Geist und Wortlaut des Grundgesetzes gegeben ist. Schließlich hat auch der Bürger ein Recht darauf zu wissen, woher die Möglichkeiten seiner persönlichen Weiterbildung im Kulturbereich stammen, woher, um den Art. 91 b noch einmal zu betonen, die Wohltat der Bildungsförderung kommt, ob vom Bund, von den Ländern oder von beiden Ebenen, in welchem Verhältnis Bund und Länder dabei stehen und wie der klare verfassungsrechtliche Zusammenhang ist. Das kann der politisch denkende Bürger, wie wir ihn alle begrüßen, in einem auch die Leistungsverwaltung umfassenden Rechtsstaat erwarten.

Brohm: Die Referate und die bisherigen Diskussionsbeiträge haben sich im wesentlichen mit Fragen der Eigenständigkeit der Länder befaßt oder sich darauf bezogen. Ich möchte diese Argumente hier nicht wieder aufgreifen, sondern auf ein anderes Problem hinweisen, das m. E. bislang etwas zu kurz gekommen

ist. Ich meine das Problem der klaren Verantwortlichkeit, das immer aufgeworfen wird, wenn Entscheidungen verschiedener Rechtsträger durch Mehrheitsbeschluß getroffen werden. Dieses Problem fällt nicht nur unter die Rubrik „demokratische Verantwortlichkeit“, sondern stellt sich z. B. auch bei Plangewährleistungsansprüchen, Haftungsansprüchen und anderen Folgerechten, wo wir uns immer fragen müssen, wer hier zur Verantwortung gezogen werden soll. Herr v. Münch hat in seinem Referat sehr treffend darauf hingewiesen, daß die Mehrheitsentscheidung in den Planungsausschüssen den Vorteil habe, daß sich manche Länder gegen Pressionen von Subsystemen wehren könnten, indem sie etwa Gemeinden, die sich um die Errichtung einer Hochschule bemühen, darauf verwiesen, sie hätten sich im Planungsausschuß eben nicht durchsetzen können. Das ist ein Effizienzargument, dessen Tragfähigkeit m. E. gerade im Hinblick auf die demokratischen und rechtsstaatlichen Erfordernisse überprüft werden müßte. Auch eine Erhöhung der Stimmen, wie sie Herr Frowein vorgeschlagen hat, scheint mir hier keine Lösung zu bringen. Ich frage mich daher, ob wir nicht diesem Problem mehr Gewicht beimessen müßten. Ich möchte mich — um keine Mißverständnisse hervorzurufen — hier nicht gegen jede Form der Mischverwaltung aussprechen. Es handelt sich hier ja, wenn sie so wollen, um Erscheinungen „bilateraler oder multilateraler Entscheidungsmechanismen“, die in einer „pluralisierten Verwaltung“ unumgänglich sind. Mir scheint aber, daß wir gerade in der Dogmatik diese Frage der Verantwortlichkeit besser in den Griff bekommen müßten. Wenn dies nicht gelingt — und das ist vielleicht bei Gestaltungsfunktionen besonders schwierig —, dann sollten wir eben doch andere Kooperationsformen suchen oder Lösungen anstreben, wie sie hier in einer klareren Trennung von Rahmen- und Detailplanung bereits angedeutet wurden.

Lerche: Ich schlage vor, wir gehen jetzt zu den europäischen Fragen über, um dann den Komplex „Beteiligung der Parlamente“ etwas näher besprechen zu können.

Ipsen: Nur ein Satz, weil mir zum Detail meiner nur als Anregung gedachten Bemerkung nichts Druckwürdiges mehr einfällt und ich auf meine älteren Tage in die Vereinsgeschichte auch nicht als „Euromane“ eingehen möchte.

Zwischen der Problematik des heutigen Themas für unseren Bundesstaat und gewichtigen Fragestellungen der europäischen Integration bestehen (in beiden Referaten nicht berührte) Parallelen — lehrreiche, förderliche, aber auch warnende, obwohl die Gemeinschaften keine Bundesstaaten sind und wohl auch nicht werden sollten, und zwar insbesondere zur Entmachtung

der Parlamente durch Exekutivplanung, zur begrifflichen, thematischen Erfassung einer Rahmenplanung und zur Grenzbestimmung einer staatlichen Potenz der Gemeinschaftsmitglieder, der Mitgliedstaaten. Das gilt also zu der These 15 von Herrn *Frowein* und zu den Thesen 5 und 6 von Herrn *von Münch*. Um die von Herrn *Lerche* gewünschte verletzende Provokation zu liefern, doch noch ein weiterer Satz: zu diesen Überlegungen steht einiges in § 54 meines Europaschinkens, den ich den Herren Referenten rechtzeitig geschickt hatte; aber soweit scheinen sie noch nicht gekommen zu sein.

v. Simson: Meine Herren!

Europapapst *Ipsen* hat mir einen Zettel geschickt, auf dem steht: „Ich werde nur einen Satz sagen, alles übrige müssen Sie bringen“. Fürchten Sie nicht, daß ich auf diesen Vorschlag eingehen werde. Ich möchte aber doch etwas sagen, was eigentlich Herrn *Ipsen* besser angestanden hätte zu sagen, denn es stammt von ihm. Er hat in Bensheim damals auf der Tagung die ganz wesentliche Unterscheidung klar gemacht zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Diese Unterscheidung trifft eigentlich auch zu für Gemeinschaftsaufgaben und die Aufgaben, die bisher einem individuellen Staat oder dem Bund überwiesen waren. Es handelt sich dabei nämlich nicht um Delegation einer Befugnis, die früher bei der einen Stelle war, an eine andere Stelle, sondern um Einbringung der Befugnis in eine rechts- und verwaltungsschöpferische Organisation, die etwas tun kann, was der Einbringende nicht hätte tun können. Das heißt also, um eine grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird. Und wenn Herr *Ipsen* eben gesagt hat, wir haben mangelnde Erfahrungen in der verfassungsrechtlichen Behandlung solcher Kompetenzen, so kann ich das nur unterschreiben. Ich glaube sogar, eine gewisse Metanoia feststellen zu können, denn bisher hat er diese Warnungen nicht so schwer genommen, wie ich sie genommen habe, oder Herr *Rupp* sie zum Beispiel genommen hat. Es handelt sich darum, daß man über die Reichweite derjenigen Entscheidungsgremien hinausgeht, die man bisher politisch verantwortlich machen konnte, die also dem Willen des Wählers in irgendeiner Form und zu irgendeinem Zeitpunkt unterstanden. Die Reichweite ist heute so, daß derjenige, der den Willen ausübt, wie ich es einmal vereinfachend formulieren will, praktisch nicht mehr in dem Sinne politisch oder verfassungsrechtlich kontrollierbar ist, wie wir das bisher gewöhnt waren. Und es ist die ganz große Aufgabe, die uns jetzt zufällt, zu untersuchen, welche Möglichkeiten der Kontrolle sich bieten werden. Der Europäische Gerichtshof ist fast

demonstrativ entschlossen, wenn ich mir diesen Ausdruck erlauben darf, jeden Einwand, der aus der Verfassungskontrolle oder aus den Verfassungsbedingungen einzelner Länder hervorgeht, damit abzuweisen, seine Berücksichtigung lasse sich nicht vereinbaren mit den Leistungsaufgaben der Gemeinschaften. Ich will dafür ein drastisches Beispiel geben. Eine Verordnung der Gemeinschaft sagt, daß wer seine Milchkühe schlachtet, eine Prämie bekommt, die zur Hälfte von der Gemeinschaft zur Hälfte vom Einzelstaat bezahlt wird. Der Ministerrat, also auch ein italienischer Exekutivbeamter, hatte dem zugestimmt auch für Italien. Eine arme Bauersfrau schlachtet auf dem Altar von Herrn *Mansholt* fünf Milchkühe und wendet sich nun an die italienische Stelle und verlangt diese Prämie. Die italienische Verwaltung sagt, sie habe aber noch keinen Haushaltstitel dafür. Die Frau müsse warten. Sie ruft den Europäischen Gerichtshof an — in Italien sind sehr aktive Anwälte — und der Gerichtshof gibt ganz klar der Witwe recht und sagt, es interessiere ihn gar nicht, ob die Italiener für so was einen Haushaltsansatz brauchen. Sie hätten der Sache von Gemeinschafts wegen zugestimmt und müßten nun zahlen. Über den verfassungsrechtlichen Einwand wird — übrigens in Übereinstimmung mit dem Schlußantrag des Generalanwalts *Roemer* — einfach hinweggegangen. Wir müssen uns also darüber klar sein, daß uns heute Leistungsaufgaben aufgezwungen werden, die es einfach nicht mehr möglich machen, in den normalen Kategorien das Verwaltungshandeln zu kontrollieren. Die Kontrollmöglichkeit, das ging aus den heutigen Referaten meines Dafürhaltens deutlich hervor, beschränkt sich auf die Mitwirkung beim Zustandekommen der Dinge. Sind sie aber zustande gekommen, so sind sie kaum mehr reversibel. Denn genauso schwer wie es ist, den Kompromiß zu finden zwischen dem Bund bzw. der Gemeinschaft und den verschiedenen Ländern, so schwer ist es dann auch, die Entscheidung zu treffen, die das dann nachher wieder aufhebt; das wurde ja heute auch schon erwähnt. Und stellen Sie sich nur einmal eine Verfassungsbeschwerde vor, gegen zum Beispiel ein gemeinsames Planungsvorhaben, das schon in allen möglichen Beziehungen Wirklichkeit geworden ist. Wir werden bald soweit kommen, daß auch das Bundesverfassungsgericht sagt, sagen muß, man kann Beschlüsse dieser Art einfach nicht mehr aufheben; es sind hier Dinge passiert, die lassen sich gar nicht wieder korrigieren. Was wir daraus für Folgerungen ziehen, weiß ich nicht. Was ich aber sehe, zum Beispiel aus der These Nr. 15 in dem schönen Referat von Herrn *Frowein*, ist, daß der Katalog dessen, womit wir heute noch behaupten wollen, die Länder kämen zu ihrem verfassungsmäßigen Recht, doch eigentlich sehr, sehr mager ist. Wenn Sie sich

das in These 15 nochmal durchlesen, müssen Sie schon sagen, viel ist nicht übrig geblieben. Viel bleibt bei Gemeinschaftsvorhaben, bei denen diese Wandlung der Reichweite, die Herr Ipsen in Bensheim beschrieben hat, stattgefunden hat, nicht nachträglich kontrollierbar. Viel bleibt nicht übrig von dem, was bisher die Grundlage des verfassungsrechtlichen Denkens war. Besonders natürlich nicht in Europa, wo die Zentralstelle im Gegensatz zum Bund selbst nicht staatlichen Charakter und selbst nicht staatliche parlamentarische Kontrolle hat und meiner Überzeugung nach auch gar nicht haben kann. Ich will dieses eigentlich nur andeuten. Man kann ja heute das ganz große Problem nicht noch zur Diskussion stellen. Ich will es nur erwähnen, um auf unser Thema hin klar zu machen: wir sind auf europäischem Gebiet schon so weit geraten, daß auch eine Rückgängigmachung der Dinge, etwa in der Bundesrepublik, an dem Grundproblem, vor dem die Staatsrechtslehre heute steht, nichts mehr ändern würde. Stellen wir uns diesem Problem nicht im staatlichen Rahmen, so müssen wir uns ihm jedenfalls im europäischen Rahmen einmal stellen.

Lerche: Wir könnten uns jetzt den etwas spezielleren Problemen — zunächst den Fragen der Beteiligung der Parlamente — zuwenden.

Franz Mayer: Meine Herren!

Ich wollte eigentlich nicht zum Thema „Beteiligung der Parlamente“ sprechen, sondern mehr den Akzent auf „Mediatisierung der Länder“ setzen und zwar unter einem mehr allgemeinen Gesichtspunkt. Als das Grundgesetz durch Art. 91 a und b ergänzt wurde, gab es wohl auch in betont föderalistischen Kreisen keinen Zweifel, daß dies doch notwendig geworden sei. Die diesbezüglichen Bemerkungen, die wir heute schon verschiedentlich gehört haben, daß man hier von Anfang an opponiert habe oder zumindest jetzt alle glauben, opponieren zu müssen, bedürfen insoweit der Richtigstellung. Auch ein betonter Föderalist kann schwerlich übersehen, daß heute eine föderale Struktur sich nur dann bewähren kann, wenn es gelingt, zu koordinieren. Das beginnt sehr früh, in der Bundesrepublik bereits mit den Mustergesetzentwürfen zu den Landesgesetzen, die zur Ausfüllung der Bundesrahmengesetze geschaffen werden mußten. Dies wurde nun fortgesetzt durch eine Entwicklung, wie sie dann mit Art. 91 a und b eigentlich erst legalisiert worden ist; denn alle waren letztlich froh, wenn ich das recht übersehe, daß hier durch eine Verfassungsaussage ein inzwischen eingetretener verfassungsrechtlich bedenklicher Zustand irgendwie geordnet werden konnte. Der Art. 91 a GG hat sicher auch heute, selbst in Bayern, keineswegs nur Geg-

nerschaft, wie das gelegentlich in Diskussionsbeiträgen durchschien. Und ich möchte insoweit zur Ehrenrettung von Herrn *Barbarino* doch sagen, daß er hierzu wohl nicht behauptet hat, wie Sie etwa sagten, Herr *von Münch*, der Föderalismus stirbt, aber er ergibt sich nicht. Ganz im Gegenteil: Ich könnte mir vorstellen, daß man sich von Bayern aus nur das Konzept in seiner Realisierung etwas anders vorgestellt hat. Und die Hauptargumente, die wohl heute in die Diskussion eingeführt werden, betreffen eigentlich nicht die Verfassungsaussage als solche. Niemand behauptet im Ernst, daß diese Bestimmung, gemessen am Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes, verfassungswidriges Verfassungsrecht sei; es geht vielmehr lediglich um die Realisierung dieses Konzepts. In zwei Punkten sehe ich vor allem Möglichkeiten eines Anstoßes. Der eine ist die Majorisierung der einzelnen, ja der allein betroffenen Bundesländer. Das soll nicht bedeuten, daß ich für ein liberum veto eintrete. Es gibt hier durchaus mittlere Wege, über die sichergestellt werden kann, daß, wie Sie selbst vorgeschlagen haben, eine qualifizierte Mehrheit gefordert wird; aber das reicht nicht aus. Wenn ein Land unmittelbar betroffen ist, muß schließlich eine Lösung gefunden werden, wonach ohne Zustimmung dieses Landes nicht vorgegangen werden kann; denn das geht meines Erachtens über das Konzept einer *cooperatio* eben hinaus. Und der zweite Punkt des Anstoßes ist, wie ich es sehe, vor allem die Praxis des Vollzugs. Man hat hier eine neue Art Annextheorie geschaffen, das heißt, über dieses Institut Gemeinschaftsaufgabe hat man nicht zuletzt auch z. B. im Hochschulbereich versucht, in Materien hineinzureden, die mit der Gemeinschaftsaufgabe als solcher an sich nichts mehr zu tun haben, die allenfalls noch als Annex hierzu verstanden werden können. Ich gehe mit den beiden Referenten einig, daß es wohl wenig Sinn hat, jetzt nun sofort nach neuen Lösungen dergestalt zu suchen, daß man dieses Institut schlechterdings über Bord wirft. Auch von einer „Verbundplanung“ verspreche ich mir nicht viel und dies insbesondere nicht, wenn ich dabei an Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes denke; selbst wenn er noch weiter restriktiv interpretiert werden sollte, so wird es hier doch einmal eine Grenze geben, wo eben nicht mehr reduziert werden kann. Und so wäre vorweg zu prüfen, ob solche neuen Konzepte überhaupt noch in Einklang mit dem Grundgesetz zu bringen sind. Was den „Länderbund“ anlangt, so weiß ich nicht, ob wir damit nicht auf ein Konzept eines dreigliedrigen Bundesstaates hinauskommen. Diese Dinge sind ja auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bereits hinreichend gewürdigt worden. Ich möchte daher den Referenten insoweit zustimmen, als man durchaus noch einmal den Versuch

machen sollte, die Praxis des Vollzuges des Artikel 91 a des Grundgesetzes so zu gestalten, daß die Länder eben ihre nicht ganz unberechtigte Opposition aufgeben. Diese Opposition kommt nicht nur etwa aus dem deutschen Süden, sie kommt inzwischen aus allen Bundesländern; und man kann auch durchaus Verständnis dafür haben, wenn man sich einmal die finanziellen Auswirkungen überlegt. Diese starke Majorisierung in einer Zeit, wo der zur Verfügung stehende Spielraum der Länderhaushalte so gering ist, bedeutet doch praktisch den Verlust politischer Handlungsfreiheit für die Bundesländer. Ob das auf die Dauer von den Ländern überhaupt hingenommen werden kann, selbst wenn die Drohung im Raum steht, dann wird eben alles Bundesauftragsverwaltung, wage ich zu bezweifeln.

Achterberg: Ich möchte ein Fragezeichen setzen hinter die von Herrn *Frowein* vertretene, im Ergebnis soeben bei Herrn *Kisker* auf Zustimmung gestoßene These, es sei keine unmittelbare Beteiligung der Parlamente an der Rahmenplanung in Betracht zu ziehen, und davor warnen, auf solche Weise extra- oder zumindest paraparlamentarische Räume zu schaffen. Meines Erachtens sollte der Einfluß der Parlamente auf die Planung vielmehr gesteigert werden — und zwar gleichgültig, ob es auch künftig bei dem Modell der Rahmenplanung bleibt, ob die als Alternative aufgezeigte Verbundplanung eingeführt wird oder ob es zu einer Rahmenplanung neuer Art und zugleich einer Detailplanung kommt. Mich beruhigt es einigermaßen, daß auch die Überlegungen der Enquête-Kommission in diese Richtung zu zielen scheinen. Herr *Frowein*, Sie haben Ihre These nicht mit der Schwerfälligkeit des parlamentarischen Verfahrens begründet, die auch nach meiner Auffassung kein Gegenargument ist, sondern mit dem Hinweis auf die mangelnde Eignung der Parlamente, sich am Prozeß der Kompromißfindung zu beteiligen. Ist das aber wirklich ein Gegenargument? Spielt sich die Kompromißfindung nicht vielmehr vor allem im Planungsausschuß ab, dessen Bedeutung durch die Mitwirkung der Parlamente doch in keiner Weise gemindert würde? Nach meiner Auffassung sollten die Parlamente spätestens im Initiativstadium dergestalt eingeschaltet werden, daß die Anmeldungen beim Planungsausschuß die Landtage zu durchlaufen haben. Darüber hinaus sollte geprüft werden, ob die Beteiligung der Parlamente nicht sogar noch in einem früheren Stadium, das ich einmal das Innovationsstadium nennen möchte, dadurch stattfinden sollte, daß die Planungsvorbereitung zwischen Regierung und Parlament rückgekoppelt wird. Vor allem aber sollte der Rahmenplan nach seiner Verabschiedung durch den Planungsausschuß, oder wie immer man dieses

Organ in Zukunft nennen mag, den Bundestag und die beteiligten Landtage durchlaufen und von diesen gebilligt werden müssen. Überdies sollten — und das erscheint mir besonders wichtig — die Parlamente auch in die Planausführungsüberwachung eingeschaltet werden, indem die ausführenden Landesregierungen ihnen berichten und sie dadurch in den Stand setzen, beim Planungsausschuß Korrekturen anzuregen, die bei der Planfortschreibung berücksichtigt werden können. Die Parlamente würden hierdurch nicht nur an der *Innovation*, sondern auch an der *Renovation* eines Plans beteiligt werden. Ich gebe zu, daß das Verfahren dadurch etwas schwerfälliger wird als bisher, aber das ist nun einmal der Preis, der für demokratischen Konsens gezahlt werden muß. Im übrigen besteht sicherlich Einverständnis, daß das Verfahren vor den Parlamenten kein Gesetzgebungsverfahren sein muß, sondern daß in diesem Fall schlichte Parlamentsbeschlüsse ausreichen. Dem Parlament aber die Mitwirkung an der Sachplanung vorzuenthalten und es nur bei der Haushaltsplanung zu beteiligen, in deren Rahmen den Parlamentariern nicht angenommen werden kann, die Sachplanung in ihren Überlegungen nachzuvollziehen, das Parlament solchermaßen mithin vor vollendete Tatsachen zu stellen, steht mit seiner Bedeutung in der Demokratie nicht in Einklang. Deshalb rege ich an, bei der Weiterentwicklung des Planungsverfahrens zu erwägen, die parlamentarische Mitwirkung entscheidend zu verstärken.

Wenger: Angesichts der fortgeschrittenen Zeit gestatten Sie mir, etwas verkürzt zu argumentieren. Bemerkungen zu Punkt 1, der eng mit der parlamentarischen Verantwortlichkeit zusammenhängt, kann ich mir angesichts der Ausführungen meines Vorredners ersparen. Nicht verschweigen hingegen möchte ich, daß ich beim Referat von Herrn *von Münch* ein leichtes Gruseln verspürte, als er darlegte, wie über die Finanzierung von Hochschulbauten vom Bund auch eine Sachkompetenz beansprucht und ausgeweitet werden kann bis zum Versuchskindergarten. Wenn man sich dabei auf Sachzwänge beruft, so frage ich mich, *wer* eigentlich diese Sachzwänge setzt. Im Grunde sind es wohl sogenannte Sach-Verständige, wenn Sie wollen, mehr oder minder im Rahmen der Exekutive tätige Fachleute, mehr oder minder Sach-Berührte. Bedeutet das aber nicht, daß auf diese Weise Entscheidungen faktisch bereits in das Vorbereitungsstadium einer Planung vorweggenommen werden und für das eigentliche Entscheidungsstadium der Legislative nichts mehr übrig bleibt als die Akklamation? Dies rührt aber an die Grundlagen des demokratischen Prinzips, auf das in den letzten Diskussionsbeiträgen bereits hingewiesen

wurde. Das entscheidende Problem scheint mir dabei zu sein: Wer *verantwortet* die Teilnahme an der Staatsgewalt und deren Ausübung?

Im übrigen sollten wir uns als Staatsrechtslehrer einmal überlegen, ob unser überkommener Katalog von der Aufteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Ländern überhaupt noch operational ist, ob nicht die Tatbestände des bundesstaatlichen Kompetenzkataloges größtenteils schon zu bloßen Hülzen geworden sind, weil wir — um es mit den Worten von Herrn *Hettlage* zu sagen — feststellen müssen, daß die Kassa heute wichtiger geworden ist als die Kompetenz. Wenn dem aber so ist, so hat meines Erachtens Herr *Stern* mit seinem Hinweis auf die alternativen Möglichkeiten gezeigt, wo die Untersuchungen der staatsrechtlichen Theorie ansetzen könnten. Man könnte — ob es im konkreten Fall zielführend wäre, muß ich natürlich offen lassen — immerhin die Finanzausgleichsregelung gewissermaßen als bloßen Annex zur Sachmaterienverteilung betrachten. Die zweite — zugegeben als Extremposition gedachte — Möglichkeit bestünde darin, daß man die Finanzausgleichsregelung gewissermaßen bloß aufreicht mit der Sachmaterienverteilung und so den erforderlichen Konnex herstellt.

In beiden Fällen aber müßten im Hinblick auf das demokratische Prinzip die Verantwortlichkeit in der rechtlich vorgesehenen Entscheidungsphase klargelegt werden. Das bedeutete im zuletzt genannten Falle eine Monsterhaushaltsdebatte, bei der alle Bedenken wegen des sogenannten Bepackungsverbots u. ä. aufgegeben werden müßten, um solcherart doch auch die Sachproblematik transparent zu machen. Das bedeutete im erstgenannten Falle die Konsequenz, die parlamentarische Budgethoheit zu einem bloßen Annex der Sachmaterien zu machen und damit den budgetpolitischen Dispositionsspielraum praktisch auf ein Minimum zu reduzieren. Daß sich freilich für die bundesstaatliche Konstruktion eines Gemeinwesens daraus sehr schwierige Probleme ergeben können, geht nicht zuletzt aus den anschaulichen Schilderungen Herrn *von Simsons* bezüglich der Europäischen Gemeinschaften deutlich hervor.

Sowohl aus den Referaten als auch aus den Diskussionsbeiträgen des heutigen Tages sollten wir jedenfalls den Schluß ziehen, das gewohnte föderalistische Konzept von Neuem zu durchdenken. Seine ursprüngliche Ausgangsposition war — das zeigt sehr deutlich der Art. 17 des österreichischen B-VG, über den Herr *Rill* hier berichtet hat — daß Staatsgewalt eigentlich nur in hoheitlicher Form ausgeübt wird und daß die sonstige Staatstätigkeit, die man eben auch finanzieren muß, nur eine untergeordnete Nebenrolle spielt. In Wahrheit aber haben

heute diese einst als bloße Nebenbei-Staatstätigkeit angesehenen Aufgaben ganz andere Dimensionen angenommen. Ja man darf wohl sagen, daß heute bei der Verteilung staatlicher Leistungen bereits das Schwergewicht liegt. Das erklärt auch, warum in der praktisch-politischen Diskussion die finanzielle Seite so stark in den Vordergrund gerückt ist. Um diese geänderte Situation theoretisch in den Griff zu bekommen, bedarf es dringend wieder der heute eingangs von Herrn *Scheuner* apostrophierten Nähe zu realwissenschaftlichen Analysen. Nur so werden sich fruchtbare Ansatzpunkte für ein Überdenken gewohnter theoretischer Prämissen erarbeiten lassen. Dies scheint mir gegenüber der dogmatischen Auseinandersetzung über die Bedeutung der Art. 91 a und 91 b GG, der ich als Nichtangehöriger der BRD im einzelnen zugegebenermaßen nicht immer ganz folgen konnte, ein nicht ganz unbedeutender Gesichtspunkt zu sein.

Soell: Meine Herren!

Ich werde mich angesichts der fortgeschrittenen Zeit sehr kurz fassen. Es geht mir um die Frage; wie können die Parlamente stärker eingeschaltet werden? Herr *Frowein*, aber ich glaube auch Herr *von Münch*, meinen, daß im Grunde die Parlamente bei der Planung, bei der Tätigkeit der Planungsausschüsse, keine Einwirkungsmöglichkeiten haben. Das ist nach dem geltenden Recht in der Tat so. Hier handelt es sich um Aufgaben der Exekutiven. Ich frage mich aber, ob nicht bei der Anmeldung zur Rahmenplanung, die ja letztenendes dann auch als Zustimmung der Länder für die Durchführung der betreffenden in die Rahmenplanung aufgenommenen Vorhaben gilt, ob hier nicht die Einschaltung der Landtage und des Bundestages schon nach geltendem Recht intensiviert werden kann. Es ist in der Literatur wiederholt bemerkt worden, daß die Landtage und der Bundestag bei den in die Rahmenplanung aufgenommenen Vorhaben einem faktischen Bewilligungszwang unterliegen. Erstens einmal wegen der Schwierigkeiten der Koordination, zweitens im Hinblick auf das gesamtstaatliche Interesse, das die Landtage, die etwa einer bestimmten Rahmenplanung ihr Placet bei der Budgetbewilligung versagen wollten, leicht in die Rolle eines systemwidrigen Störfaktors drängen würde. Daher haben die Landtagspräsidenten auch empfohlen, und das ist in verschiedenen Landeshaushaltsgesetzen so vorgesehen, daß die Parlamente vor der Anmeldung eingeschaltet werden sollen, und zwar im Wege einer „Sachberatung“, wie es in den Gesetzen heißt. Diese „Sachberatung“ soll aber nicht zu verbindlichen Weisungen an die Regierungen führen können, sondern die Regierungen sollen nur die Anre-

gungen der Parlamente bei der endgültigen Anmeldung auswerten. Meines Erachtens ist aber wegen des Mechanismus der Anmeldung zur Rahmenplanung und der Tatsache, daß die Parlamente faktisch einem Bewilligungszwang ausgesetzt sind, die „Sachberatung“ im Grunde schon eine Vorwegnahme der hinterher nicht mehr zu verweigernden Bewilligung der Mittel für die Vorhaben. Wenn das aber so ist, so liegt im Grunde schon eine Antizipation der endgültigen Mittelbewilligung auf den Zeitpunkt der Beratung über die Anmeldevorhaben in den Landtagen vor. Und insofern müßte man nach geltendem Recht, wenn Art. 91 a Abs. 4 S. 4 GG überhaupt einen Sinn haben soll, davon ausgehen können, daß die Landtage auch befugt sind, verbindliche Weisungen den Regierungen im Hinblick auf die zu meldenden Vorhaben zu geben. Man könnte dagegen einwenden, und das ist auch geschehen, daß damit die Kompromißfähigkeit der Arbeit in den Planungsausschüssen schwerwiegend tangiert wäre. Ich teile diese Bedenken nicht. Jedenfalls dann nicht, wenn man sich des Mittels der Alternativplanung bedient. Die Regierungen wären dann verpflichtet, bei der Sachberatung über die anzumeldenden Vorhaben Alternativrechnungen in die parlamentarische Diskussion einzubringen, auf deren Grundlage die Landtage beraten und den Regierungsvertretern für die Arbeit in den Planungsausschüssen eine gebundene Marschroute in Form eines Prioritätenkataloges vorzeichnen könnten. Alternativrechnungen kennen wir ja auch im Finanzplanungsrecht; ich erinnere an § 50 Abs. 3 Haushaltsgrundsätzegesetz, und die Gemeinschaftsaufgaben stehen in einem sehr engen Konnex zur Finanzplanung.

Mußnug: Als Letzter auf der Rednerliste möchte ich Sie nicht lange aufhalten, zumal der Punkt, den ich ansprechen möchte, vom bisherigen Gang der Diskussion etwas abführt.

Herr von Simson hat den Katalog dessen, was nach These 15 von Herrn Frowein die föderalistische Eigenständigkeit der Länder verfassungsrechtlich trägt, als „recht mager“ bezeichnet. Dem kann ich nicht beipflichten. Ich halte diesen Katalog nicht für unterernährt, aber auch nicht für überfüttert. Ich glaube, er hält genau das Maß dessen, was man als „gutgewachsen“ bezeichnen darf. Nur an einer Stelle hat der Katalog der froweinschen These 15 für mein Empfinden doch etwas zu viel Fett angesetzt, das besser wegmassiert werden sollte.

Ich meine die Stelle, in der es heißt, die politische Potenz der Länder beruhe mit auf ihrem „Recht zur letzten Entscheidung über Abweichungen von Bundesgesetzen“. Dieses Recht der Länder zum Abweichen von Bundesgesetzen halte ich für außerordentlich gefährlich. Denn die föderalistische Verteilung

von Gesetzgebungskompetenz und Dispensationsgewalt auf Bund und Länder dergestalt, daß der Bund die Gesetze gibt und die Länder von ihnen abweichen, schlägt der Gesetzgebungsgewalt des Bundes empfindliche Lücken. Die Länder erhalten auf diese Weise ihre politische Potenz nicht *im Rahmen* der Bundesgesetze, wie Art. 20 GG es verbindlich verlangt, sondern *entgegen* den Bundesgesetzen. Das geht nicht an. Auch das verfassungsrechtliche Eigengewicht der Länder bleibt an das Bundesrecht gebunden. Die Länder haben die Bundesgesetze zu *vollziehen*, nicht von ihnen *abzuweichen*.

Natürlich versteht es sich, daß die Verwaltungsbehörden der Länder im konkreten Einzelfall dennoch von Bundesgesetzen abweichen dürfen, wenn das betreffende Bundesgesetz sie ausdrücklich dazu ermächtigt. Aber dem ist einschränkend zweierlei hinzuzufügen, was — so fürchte ich — in These 15 von Herrn *Frowein* nicht hinreichend klargestellt wird:

Die Länder haben erstens keineswegs einen Anspruch darauf, daß ihnen jedwedes Bundesgesetz das Recht einräumt, von seinen Vorschriften auch abweichen zu dürfen. Ein solcher Anspruch besteht auch bei solchen Bundesgesetzen nicht, die die Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben regeln. Wäre dem anders, so stünden die Länder beim Vollzug der Bundesgesetze in der genau umgekehrten Situation, in der Luther auf dem Wormser Reichstag stand. Sie könnten wegen aller Ansprüche, die an ihre Verwaltungen herangetragen werden, freimütig bekennen: „*Hier stehen wir. Wenn wir wollen, können wir auch anders!*“

Zum zweiten ist zu bedenken, daß der Bund selbst dort, wo er sich aus freien Stücken entschließt, die Länder zum ausnahmsweisen Abweichen von seinen gesetzlichen Vorschriften zu ermächtigen, doch Möglichkeiten behalten muß, den Gebrauch dieser Dispensationsermächtigungen administrativ zu steuern. Eines der Instrumente für eine solche Steuerung sind die Verwaltungsverordnungen, mit denen der Bund gemäß Art. 84 Abs. 2 GG die Dispensationspraxis der Landesbehörden steuern kann. Das andere, föderalistisch allerdings etwas problematischere Instrument liegt im Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Bundesregierung. Aber auch für solche Zustimmungsvorbehalte bei Einzelentscheidungen der Länder gibt es Modelle, die bereits von den Gerichten in ihrer Zulässigkeit bestätigt worden sind. Im Einbürgerungsverfahren z. B. müssen die Landesminister die Zustimmung des Bundesinnenministers einholen. Erst wenn der Bundesinnenminister sein Placet erteilt hat, dürfen sie die Einbürgerung vollziehen. Der Bundesinnenminister behält hier also beim Vollzug des Staatsangehö-

rigkeitsgesetzes auch im konkreten Einzelfall die Hand im Spiel. Dieses Verfahren sollte auf seine Übertragbarkeit auf das Verfahren bei der Bewilligung von Ausnahmen von Bundesgesetzen überprüft werden. Zumindest bei den gravierenden Fällen, die das Maß des alltäglichen überschreiten, läßt es sich m. E. gegen verfassungsrechtliche Einwände verteidigen.

Das Schema, nach dem der Bund regelt, die Länder aber nach eigenem Gutdünken dispensieren, widerspricht jedenfalls dem Gesetzmäßigkeitsprinzip. Es führt darüber hinaus zu der peinlichen Folge, daß es die parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung für die Ausführung der Bundesgesetze untergräbt. Denn wie sollte sich die Bundesregierung verantworten können, wenn ein allzu großzügiger Umgang der Länder bei der Bewilligung von Dispensen von Bundesgesetzen das parlamentarische Mißfallen des Bundes erregt, sie aber keinerlei Möglichkeiten besitzt, auf die Dispensationspraxis der Länder einzuwirken? Das Gesetzmäßigkeitsprinzip wiegt in dieser Lage m. E. schwerer als das föderalistische Prinzip und das Streben der Länder nach politischer Eigenständigkeit.

Daß die übrigen Punkte, die Herr *Frowein* in seiner These 15 genannt hat (Organisationsgewalt, Personalhoheit, Recht der Standortbestimmung und auch die Richtschützenfunktionen der Länder bei der Verteilung von Subventionen), die Gemeinschaftsaufgaben vor dem Konflikt mit Art. 79 Abs. 3 GG bewahren, entspricht voll und ganz auch meiner Ansicht. Die Dispensationsgewalt indessen sollte besser nicht in das Fundament unseres Föderalismus miteingemauert werden. Die übrigen Bausteine, die Herr *Frowein* genannt hat, reichen völlig aus. Die Dispensationsgewalt dagegen ist kein Baustein für dieses Fundament, sondern nur *Schaumstoff* von sehr zweifelhafter Tragfähigkeit und höchst anfechtbarer Verfassungsmäßigkeit.

Partsch: Herr Vorsitzender, meine verehrten Herren Kollegen! Ich hatte an sich auf meine Wortmeldung verzichtet. Aber Herr *Mußnug* hat mich doch wieder an das Rednerpult zitiert. Der Enquête-Ausschuß hat von dem Schaumstoff Gebrauch gemacht; aber in einer etwas anderen Form, die mir auch sinnvoller erscheint, als die, die Herr *Mußnug* hier erwähnt hat. Nämlich daß die Länder im Bereiche der konkurrierenden Gesetzgebung vom Bundesrecht abweichende Regelungen treffen können (sogenannte Experimentierklausel), daß aber der Bundestag innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Frist das für unzulässig erklären kann und das Experimentieren untersagen kann. Auf diese Weise steht die Experimentierklausel — glaube ich — besser im System sowohl des Födera-

lismus wie der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Parlament und Regierung, als wenn etwa die Bundesregierung hier eingeschaltet wäre. Wenn das Landesparlament vom Recht abweicht, welches in der Regel der Bundestag gesetzt hat, dann muß es auch dem Bundestag zustehen zu sagen, ob er dieses Experimentieren auf einem gewissen Feld dulden will oder nicht. Nur das wollte ich hinzufügen.

Lerche: Mit diesen Bemerkungen ist in bestimmter Weise an den Beginn der Diskussion angeknüpft worden, so daß diese einen gewissen Abschluß erhalten hat. Wir dürfen daher jetzt wohl die Herren Referenten um die Schlußworte bitten.

v. Münch (Schlußwort): Meine sehr verehrten Herren Kollegen!

Ich werde aus der Fülle der Beiträge, die in der Diskussion gekommen sind, nur ein paar herausgreifen können.

Herr *Kewenig* hatte zunächst gemeint, daß die Gründe, die ich genannt habe, d. h. die Gründe, die gegen die Gemeinschaftsaufgaben sprechen, so gewichtig seien, daß sie die Aufhebung dieses Institutes rechtfertigen könnten. Ich möchte nicht bestreiten, daß ich nach wie vor viele problematische Punkte in den Gemeinschaftsaufgaben sehe, möchte aber meinen, daß diese Punkte doch Dinge sind, die im Rahmen des geltenden Systems der Gemeinschaftsaufgaben abänderbar sind. Wenn man den Katalog der Bedenken in Punkt 4 Buchstabe a bis e meiner Thesen durchsieht, so wird man ohne weiteres zugeben müssen, daß einige dieser Punkte bereinigt werden könnten, ohne daß man das Institut der Gemeinschaftsaufgaben aufgibt. Die Bereinigung könnte etwa erfolgen durch die Beschränkung der Finanzierung und den Ausschluß von solchen Nebenformen, die nicht dazugehören, dann durch die Beschränkung auf den Hochschulbau bzw. durch den Erlaß des Hochschulrahmengesetzes. Andere Punkte, wie etwa die Tatsache, daß die staatliche Zuordnung der bisherigen Länderaufgaben modifiziert ist, sehe ich nicht als so gravierend an, daß sie das Institut der Gemeinschaftsaufgaben insgesamt aus den Angeln zu heben vermöchten, um an seine Stelle die erwähnte Rahmen- oder Verbundplanung zu setzen.

Dann hat Herr *Soell* gesagt, ich hätte das Folgelastenproblem in meinem Referat minimalisiert. Dieses Folgelastenproblem kann man nicht minimalisieren. Wenn das in den Ausführungen meines Referates zum Ausdruck gekommen sein sollte, dann wäre das natürlich eine völlige Verkennung eines sehr wichtigen Problems. Ich hatte aber nicht etwa gesagt, daß dieses Folgelastenproblem nur ein Randproblem sei, sondern

ich hatte gemeint, daß die Folgelasten nicht ihre Ursache in der Einführung der Gemeinschaftsaufgaben haben, sondern eben in anderen Konstellationen. Mit einem Wort: Die Einrichtung der Gemeinschaftsaufgaben kann nichts dafür und hat nicht bewirkt, daß diese Folgelasten eintreten. Man könnte natürlich fragen: Wie kommen wir aus dieser Situation heraus? Sie wissen, daß Vorschläge gemacht worden sind — z. B. vom Land Niedersachsen —, auch die Folgelasten in die Gemeinschaftsaufgaben des Art. 91 a aufzunehmen. Das müßte man prüfen. Jedenfalls, darin stimme ich Herrn *Soell* völlig zu, ist das Folgelastenproblem ein sehr wichtiges Problem. Nur — wie gesagt — glaube ich nicht, daß dieses Problem gegen das Institut der Gemeinschaftsaufgaben spricht.

Dann hatte Herr *Soell* auf die Bedeutung des Wissenschaftsrates hingewiesen und hatte gemeint, man müßte doch diesem Gremium bei unseren Erwägungen eine stärkere Bedeutung beilegen. Auch darin stimme ich Ihnen an sich zu, daß man die Bedeutung des Wissenschaftsrates nicht minimalisieren kann. Über die Praxis, in welcher der Planungsausschuß den Empfehlungen des Wissenschaftsrates weithin folgt, habe ich berichtet. Nur muß man hier klar sehen: Der Wissenschaftsrat kann nur Empfehlungen abgeben, und der Bund ist im Wissenschaftsrat stimmenmäßig nur sehr gering vertreten.

Dann war das Beispiel der Heidelberger Kliniken genannt. Dieses Beispiel ist mir auch bei den Vorbereitungen des Referates bekannt geworden. Sie, Herr *Soell*, hatten gesagt, hier zeige sich doch, daß der Bund sehr bedeutende Vorhaben der Länder blockiere. Wie ist es nun in der Praxis gewesen? Ich beziehe mich hier auf einen Aufsatz von Paul *Feuchte*, der meines Wissens in der Kultusverwaltung des Landes Baden-Württemberg tätig ist. (Ein Zwischenruf: In der Staatskanzlei!) . . . in der Staatskanzlei des Landes Baden-Württemberg, danke sehr, und der selbst sehr scharfe Kritik an den Gemeinschaftsaufgaben geäußert hat. Zu diesem Heidelberger Klinikfall hat *Feuchte* folgendes ausgeführt; ich darf zitieren: „Das Land meldete fünf Kliniken zur Aufnahme in den ersten Rahmenplan an. Bei vier dieser Projekte ging es dem Land darum, unzureichende und überalterte Klinikbauten durch Neubauten zu ersetzen, um ein ordnungsgemäßes Medizinstudium . . . zu ermöglichen. Der Bund dagegen wollte die Mittel vorrangig dort einsetzen, wo neue Studienplätze geschaffen werden. Er zeigte sich daher weniger an Ersatzbauten für bestehende Kliniken als am Bau neuer Kliniken interessiert. Die Konsequenz war, daß der Bund zögerte, drei der fünf Projekte in den Plan aufzunehmen. Er verlangte, daß das Projekt, das mit der Schaf-

fung neuer Studienplätze verbunden war, zeitlich vorgezogen und im Umfang wesentlich erweitert wird . . .“ Ich kann aus diesen wenigen Informationen, ohne den Fall in Einzelheiten zu kennen, nur sagen: Hier hat meines Erachtens der Bund, wenn das so war, Recht gehabt und ein vielleicht problematisches Planungsvorhaben des Landes Baden-Württemberg zugunsten eines wichtigeren Vorhabens gestoppt.

Dann hatten Sie, Herr *Soell*, gesagt, der Sinn der Ausführungen Ihres Beitrages in der Festschrift für *Forsthoff* sei gewesen, einer Euphorie in bezug auf die Gemeinschaftsaufgaben entgegenzusteuern. Ich glaube, von einer Euphorie sind wir nun alle weit entfernt, und ich darf Sie an meine letzte These erinnern, in der ich ausdrücklich gesagt habe, es gebe hier nicht nur Licht- oder Schattenseiten, sondern es gebe nur zur Zeit eine Chance der Bewährung. Ich glaube, daraus war zu erkennen, daß ich weit davon entfernt bin, die Gemeinschaftsaufgaben in ihrer jetzigen Ausgestaltung als ideal anzusehen.

Dann ein nächster Punkt. Herr *Stern* hatte das Problem der Partizipation angesprochen und er hatte gesagt, der Protest der Rektorenkonferenz gegen die Nichtbeteiligung an der Rahmenplanung sei dagewesen. Gut, das mag richtig sein. Nur glaube ich, daß dieser Protest nicht mit großem Nachdruck verfolgt worden ist. Jedenfalls hat man davon nicht viel gehört. Was die Anhörung als Alibifunktion betrifft, so wäre — wenn das der Fall ist — zu erwägen, ob vielleicht andere, weitergehende Partizipationsmöglichkeiten als die bloße Anhörung eingeführt werden müßten. Was nun die 160 Hochschulen betrifft, die da mitwirken sollen, so ist es meines Erachtens völlig klar, daß, wenn z. B. das Projekt Gesamthochschule Lemgo auf der Tagesordnung steht, es ganz unsinnig wäre, die Gesamthochschule in Weihenstephan in die Beratung einzuschließen. Aber daß es andere Fälle gibt, etwa wenn Sie an den Ausbau der bestehenden Universitäten denken, wo diese selbst als Betroffene doch in irgendeiner Form — vielleicht mehr als durch Anhörung — etwas dazu sagen könnten, das scheint mir ein berechtigtes und organisatorisch auch zu bewältigendes Problem zu sein.

Schließlich hat Herr *Brohm* das Erfordernis klarerer Verantwortlichkeit angesprochen. Das ist ganz sicher auch ein sehr wichtiger Punkt, und Sie haben in diesem Zusammenhang die Plan-Gewährleistungsansprüche genannt und den Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsgebot erwähnt. Auch das ist sicher ein sehr bedenkenswertes Argument, besonders im Zusammenhang mit der von Ihnen sehr zu Recht geforderten klaren Trennung von Rahmen- und Detailplanung. In der Praxis — so meine ich allerdings — kann für die Gemeinschaftsaufgabe

Hochschulbau dieses Problem etwaiger Plan-Gewährleistungsansprüche vielleicht doch nicht eine so große Bedeutung spielen, wie das auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn man müßte hier untersuchen: wo sind hier überhaupt geschützte Positionen, in die eingegriffen wird? Haben die Gemeinden Lemgo oder Hagen, um das Beispiel eines abgelehnten Projektes anzuführen, einen Anspruch darauf oder eine geschützte Rechtsposition in der Weise, daß diese nicht verändert werden kann? Natürlich sind Fälle denkbar — das gebe ich ohne weiteres zu —, in denen die Position vielleicht verstärkt ist, etwa wenn ein Land eine Anmeldung vorgenommen hat und diese Anmeldung, wie das sehr häufig in der Praxis vorkommt, später zurücknimmt. Dann kann es sein, daß sich etwa eine Gemeinde darauf eingerichtet hat. Trotzdem glaube ich, daß man hier Plangewährleistungsansprüche nur sehr schwer begründen können wird, und daß deshalb dieses Problem vielleicht doch nicht eine so große Rolle spielen wird. Im übrigen darf ich mich für alle Diskussionsbeiträge sehr bedanken.

Frowein (Schlußwort): Meine Herren!

Ich darf versuchen, mich kurz zu fassen und mich im wesentlichen auf die folgenden zwei Hauptprobleme zu beschränken, einmal die Frage der Beteiligung des Parlamentes und zum anderen die grundsätzliche Wirkung auf die Struktur des Föderalismus. Zur Beteiligung des Parlamentes sind wohl einige kleinere Mißverständnisse aufgetaucht, die ich hier korrigieren muß. Ich habe mich nicht gegen eine Beteiligung der Parlamente, insbesondere in der Form, die inzwischen in fast allen deutschen Bundesländern in der Haushaltsordnung festgelegt ist, ausgesprochen. Im Gegenteil, ich halte sie für wesentlich und entscheidend. Ich habe nur die Frage gestellt, ob eine weitergehende Beteiligung in Form einer verbindlichen Beschlußfassung wirklich anzustreben ist und ob das nicht vielmehr etwas ist, was zu der generellen Frage der Beteiligung der Parlamente an längerfristigen Planungen gehört. Ich will noch hinzufügen, daß sich bei einer verbindlichen Beschlußfassung ja sofort die Frage stellen würde, ob man das System des Art. 91 a dann aufrecht erhalten könnte, wonach das Parlament bekanntlich qua Verfassung nicht für seine Haushaltsplanaufstellung an den Beschluß der Bund-Länderkommission gebunden ist. Wenn ich recht sehe, würde das sehr zweifelhaft werden, wenn wir einen verbindlichen Beschluß schon vorher hätten. Auch sonst neige ich vielleicht auf Grund einer gewissen Erfahrung mit angelsächsischen Verfassungsprinzipien dazu, einer solchen Beteiligung des Parlamentes, wie sie hier vorgesehen ist, durchaus wesentliches eigenständiges Gewicht zuzumessen,

und ich meine, man kann auch bei uns nachweisen, daß es bestimmten Parlamenten gelungen ist, mit solchen Verfahrensweisen genügende Wirkung zu entfalten.

Zu den Grundfragen der Einwirkung auf das föderalistische System darf ich zunächst zwei Spezialprobleme behandeln. Herr *Ipsen* und Herr *von Simson* haben dankenswerterweise die Parallele der europäischen Entwicklung einbezogen. Sie war, das darf ich sagen, mir bei der Ausarbeitung des Referates sehr bewußt, und ich habe überlegt, ob ich ihr nicht einen Exkurs widmen sollte. Ich habe mich dann aus guten oder schlechten Gründen dagegen entschieden, aber es ist ganz deutlich, daß wir hier verwandte Entwicklungen sehen, und daß wir gelegentlich wahrscheinlich auch lernen können aus den Schwierigkeiten auf der europäischen Ebene. Das gilt aber nicht immer nur im negativen Sinne: Da das Zusammenspiel zwischen Bund und Ländern nicht einfacher, sondern komplizierter werden wird, sollten wir die Schwierigkeiten, die wir im europäischen Rahmen haben, und die Lösungsversuche, die dort angestrebt worden sind, durchaus auch in unserem Bereich berücksichtigen. — Lassen Sie mich zu dem Föderalismusproblem zunächst noch auf das eingehen, was Herr *Mußnug* gesagt hat, und hier vielleicht auch ein kleines Mißverständnis korrigieren. Meine Bemerkung zu der Dispensfunktion war als Realanalyse gemeint, und es läßt sich einiges dafür sagen, daß das jedenfalls eine nicht unerhebliche Funktion der Länder zur Zeit ist. Dem, was Sie dann ausgeführt haben, würde ich mit einigen kleinen Modifikationen im wesentlichen zustimmen. Die wichtigste Modifikation wäre die, daß nach meiner Ansicht Art. 83 des Grundgesetzes diese Dispensfunktion der Landesregierung verfassungsrechtlich gewährleistet, insofern Dispense — und das ist ja eine allgemeine Erfahrung — in Gesetzen vorgesehen werden müssen. Sie gehören dann bei den Gesetzen die von den Ländern ausgeführt werden, eindeutig zu dem Ausführungsbereich, der den Ländern verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Wir sind uns aber völlig einig, Herr *Mußnug*, und das darf ich nochmal feststellen, daß es keinerlei Verfassungspflicht gibt, Dispensmöglichkeiten, weder in 91 a-Gesetzen noch in anderen Gesetzen vorzusehen.

Die wichtigsten Fragen, so scheint mir, haben dann Herr *Kisker*, Herr *Soell* und in anderem Sinne auch Herr *Hettlage* angesprochen, indem sie auf die grundsätzliche Entwicklung unseres föderativen Systems eingegangen sind. Die These von Herrn *Kisker*, daß, wenn ich es vereinfachend vielleicht so formulieren darf, der Bürger nur bei einer klaren Trennung der Kompetenzen in der Lage ist, die Länder als politische Gemein-

schaften zu erleben, sich in sie zu integrieren, kann doch vielleicht mit der schnellebigen Zeit, von der auch Sie gesprochen haben, nicht mehr Schritt halten, und wir müssen dieses Idealmodell vielleicht mit einer etwas größeren Vorsicht behandeln. Dazu auch mein Seitenblick im Anschluß an die Worte von Herrn *Ipsen* und Herrn *von Simson* auf Europa. Gleichzeitig aber auch ein Seitenblick auf die amerikanische Situation, und hier komme ich zum Schluß zu dem, was Herr *Hettlage* gesagt hat. Wenn ich es recht sehe, hat sich in Amerika der kooperative Föderalismus in den letzten zehn Jahren ganz stark zu einem Zusammenspiel des Bundes und insbesondere der sehr mächtigen Städte entwickelt, weitgehend vorbei an den Landesregierungen. Ich glaube, daß sich hier ein System herausbildet, das große Gefahren für den Bundesstaat aufwirft. Unser Verfahren der Art. 91 a und 104 a hat bei allen Schwächen doch den Vorteil, daß wir in einem Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern bleiben, wobei die Gemeinden nicht zu einem Störungsfaktor im gesamten institutionellen System werden. Ich bitte das nicht falsch zu verstehen. Selbstverständlich kommt den Gemeinden ein entscheidender Platz zu. Ich meine nur, es ist eine große Gefahr, wenn das föderalistische System durch ein direktes Zusammenwirken von Bund und Gemeinden gestört wird. Auch bei uns gibt es dafür Tendenzen, und die Diskussionen um das Städtebauförderungsgesetz haben gezeigt, daß sie sehr stark sein können.

Nun, meine Herren, ich darf es dabei bewenden lassen. Ich darf mich sehr für die Diskussionsbemerkungen bedanken und sagen, daß ich, wie Herr *von Münch*, weit davon entfernt bin, die Gemeinschaftsaufgaben als eine Ideallösung in den Himmel zu heben, ich aber auf der anderen Seite meine, daß unser bundesstaatliches System ohne Komplizierungen nicht auskommt und die Gemeinschaftsaufgaben Komplizierungen sind, die wir in Kauf nehmen müssen, die freilich nicht die Hauptaufgabe der Länder im Rahmen des Föderalismus überschatten oder beeinflussen dürfen.

Lerche: Meine sehr verehrten Herren! Wir haben mit besonderem Genuß die eindrucksvollen Schlußworte der beiden Referenten gehört, die die anregende Diskussion abgerundet haben; abgerundet, sicherlich nicht abgeschlossen; denn die ausgezeichneten Referate haben doch zu weite und tiefe Fragen aufgeworfen: Fragen, die die künftige Diskussion zweifellos weiter befördern und vielleicht auch die verschiedenen Verfassungskommissionen zu noch bewunderungswürdigerem Nachdenken anhalten werden, als sie es ohnehin schon tun. Einen besonders herzlichen Dank daher nochmals an die Herren Re-

ferenten, die sich dieser „Gemeinschaftsaufgabe“ unterzogen haben, und zugleich auch einen Dank an alle diejenigen, die aktiv oder passiv an dieser Diskussion „partizipiert“ haben. Damit sind wir an den Schluß der wissenschaftlichen Verhandlungen dieses Tages gelangt.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

1. Bericht von Professor DDr. Robert Walter, Wien

I. Einleitung

1. Im Hinblick auf Probleme der Partizipation sei — so schrieb *Loewenstein* kürzlich¹⁾ — „mit dem Staatsrecht allein ... heute kein Staat mehr zu machen.“ Wenn wir es nun doch noch einmal primär mit den Mitteln der Staatsrechtslehre unternehmen, einen Bereich der Partizipationsproblematik zu bewältigen, so können wir dafür einiges ins Treffen führen: Daß nämlich die Thematik der Partizipation, wenn auch in ihrer Allgemeinheit — vielleicht könnte man sagen: in ihrer Einseitigkeit — ohne klaren staatsrechtlichen Bezugspunkt, doch in vieler Hinsicht Fragen betrifft, die zum festen Bestand der Staatsrechtslehre gehören. Es ist erfreulich, aufweisen zu können, wie das heutige Thema unserer Jubiläumstagung in besonderer Weise mit den Bemühungen früherer Tagungen verknüpft ist. Deshalb kann ein kurzer Rückblick die Thematik für's erste umreißen:

Betrachtet man die Partizipation zunächst als die Teilhabe des Einzelnen an der Erzeugung der speziellen ihn berührenden Verwaltungsentscheidung, so weist das heutige Thema vor allem auf eine Fragestellung hin, die bei der Behandlung des *Verwaltungsverfahrens* unter dem Gesichtspunkt der *Parteilichkeit* in Erscheinung getreten ist²⁾.

Faßt man Partizipation als Mitwirkung der Allgemeinheit an den Akten der Verwaltung auf, so ist sie uns in ganz konkreter Gestalt in der Frage nach der *Stellung des Studenten in der Universität* begegnet³⁾. Die allgemeineren Bezüge haben in anderen Themen Gestalt angenommen: Denkt man an die Einbindung des Volkes in die Entscheidungsvorgänge der Verwal-

¹⁾ Juristenzeitung 1972, S. 536.

²⁾ Das Verwaltungsverfahren. Berichte von *Karl August Bettermann* und *Erwin Melichar* auf der Wiener Tagung 1958.

³⁾ Die Stellung der Studenten in der Universität. Bericht von *Hans Heinrich Rupp* und *Wilhelm Karl Geck* auf der Bochumer Tagung 1969.

tung, dann tritt das *demokratische Prinzip* in den Blickpunkt⁴⁾. Da aber das zur Mitwirkung berufene Volk hiezu allenfalls der Organisation bedarf, wird die Thematik der *Stellung der politischen Parteien*⁵⁾ und der *Verbände*⁶⁾ im Staat aktuell. Und wenn wir die Partizipation — ich greife damit voraus — als eine Teilhabe Privater am Verwaltungshandeln ständig hiezu berufener Organwalter betrachten werden, dann tritt Position und Funktion des *Berufsbeamten*⁷⁾ in den Kreis der Betrachtung, aber auch das Verhältnis von *Gesetzgebung und Verwaltung* im allgemeinen⁸⁾.

Diese Bezüge herzustellen erschien mir deshalb wichtig, weil die Diskussion um eine Demokratisierung durch Partizipation vielfach *staatsrechtliche Zusammenhänge* zu verkennen scheint. Das Verfassungsgefüge des demokratischen freiheitlichen Rechtsstaates beruht auf einer Mehrzahl leitender Prinzipien. Eine rechtspolitische — auf seine Veränderung gerichtete — Betrachtung muß daher stets die Interdependenz dieser Baugesetze im Auge haben und daher beachten, wie sich die Verstärkung des einen Prinzips — etwa die Demokratisierung — auf die anderen Prinzipien — etwa auf den Gedanken des Rechtsstaates oder auf den liberalen Gehalt der Verfassung — auswirkt.

Die Fülle der zu den berührten Themen bestehenden Literatur verbietet eine Verweisung auf einzelne Arbeiten und eine Auseinandersetzung mit ihnen⁹⁾. Sie gestattet es aber auch

⁴⁾ Das demokratische Prinzip im Grundgesetz. Bericht von *Werner von Simson* und *Martin Kriele* auf der Tagung in Speyer 1970

⁵⁾ Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat. Berichte von *Konrad Hesse* und *Gustav E. Kafka* auf der Wiener Tagung 1958.

⁶⁾ Staat und Verbände. Berichte von *Gerhard Leibholz* und *Günter Winkler* auf der Würzburger Tagung 1965.

⁷⁾ Entwicklung und Reform des Beamtenrechts. Berichte von *Hans Gerber* und *Adolf Merkl* auf der Tagung in Halle 1931.

Die Berufsbeamten und die Staatskrisen. Berichte von *Richard Naumann* und *Hans Spanner* auf der Tübinger Tagung 1954.

⁸⁾ Gesetzgeber und Verwaltung. Berichte von *Klaus Vogel* und *Roman Herzog* auf der Würzburger Tagung 1965.

⁹⁾ Aufmerksam gemacht sei jedoch auf die — aus Anlaß der Staatsrechtslehrertagung 1972 — erschienenen Beiträge zu diesem Thema: *Dagoglou*, Partizipation Privater an Verwaltungsentscheidungen, DVBl. 1972, S. 712; *Kisker*, Gruppenmitbestimmung an der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1972, S. 520; *Oberndorfer*, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in Österreich, DÖV 1972, S. 529; *Schneider*, Wirtschaftliche Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, DÖV 1972, S. 598, und die darin zit. Lit.

Die hier zu behandelnde Problematik wurde auch bei internationalen Kongressen wiederholt in verschiedenen Zusammenhängen erörtert. So z. B. am XIV. Internationalen Kongreß für Verwal-

nicht, Ausgangspositionen und Terminologie jeweils klarzustellen, was deshalb nicht unbedenklich ist, weil die österreichische Lehre, wie bereits Herr *Scheuner* hervorgehoben hat, trotz aller vom Herrn Präsidenten vorgestern zutreffend hervorgehobenen Gemeinsamkeiten, in vieler Hinsicht einen spezifischen Stil entwickelt hat, von dem ich verständlicherweise geprägt bin und der sich wohl — trotz aller Bemühungen, über meinen Schatten zu springen — auf meine Ausführungen auswirken wird.

2. Die aufgezeigten Anknüpfungspunkte ließen bereits erkennen, daß die Partizipationsproblematik im folgenden unter zwei Aspekten — einem stärker individualistisch-verfahrensrechtlichen und einem vorwiegend gesellschaftlich-organisationsrechtlichen — gesehen werden soll. Ein erster kritischer Einwand könnte damit in der Frage liegen, ob die gemeinsame Behandlung dieser beiden Formen der Partizipation zweckmäßig ist. Ich will mich dazu nicht auf die Weichenstellung berufen, die ich der Einladung des Vorstandes entnehmen zu können glaubte, hoffe vielmehr zeigen zu können, daß die gemeinsame Behandlung zwar zur Verkürzung zwingt, aber von darstellungsökonomischem Wert ist.

3. Einleitend dürfen vielleicht noch einige Bemerkungen zur Aktualität unserer Thematik gesagt werden:

In ihrem gesamtgesellschaftlichen Aspekt wird diese Eigenschaft unseres Beratungsgegenstandes vielleicht besonders deutlich, wenn wir an die uns unmittelbar berührenden Forderungen der Studenten nach Mitbestimmung in der Universitätsverwaltung denken und nach deren Gründen fragen. Sie scheinen Teil einer Bewegung zu sein, die der politischen Unruhe, wie sie sich in den letzten Jahren in den demokratischen Staaten in verschiedener Intensität gezeigt hat, entstammt. Will man unseren Verfassungssystemen adäquate Rechtsformen zur Kanalisierung dieser Bewegung finden, dürfte es nicht unzweckmäßig sein, in aller Kürze der Frage nachzugehen, wie die kritische Haltung gegenüber dem demokratischen Staat zu erklären sein könnte: In seiner 1926 erschienenen Arbeit zur

tungswissenschaften, Dublin 1968 (Thema 3: Protection of the Citizen in Administrative Procedures), am VIII. Kongreß der Académie Internationale de Droit Comparé, Pescara 1970 (Section IV, D, Droit administratif, La participation des particuliers aux tâches administratives) sowie am XV. Internationalen Kongreß für Verwaltungswissenschaften, Rom 1971 (Thema 3: La participation des usagers ou des personnes directement intéressés à l'administration publique).

Soziologie der Demokratie¹⁰⁾ hat Hans Kelsen von einem Dualismus der Betrachtung sozialer Gebilde gesprochen, der darin besteht, daß sich die sozialen Erscheinungen einerseits als Ideologie im Bewußtsein der Menschen, andererseits in der Realität zeigen und gerade bei der Demokratie der dabei auftretende Gegensatz zwischen der Freiheitsideologie einerseits und der Bindung in der Realität andererseits besonders groß ist. Es mußte ein „Dilemma der Demokratie“¹¹⁾ entstehen, als man — nach einer starken emotionalen Zuwendung zu diesem System der Herrschaft nach dem zweiten Weltkrieg — auch dessen Unvollkommenheit erkennen mußte: Unvollkommenheit im Sinne der Diskrepanz zwischen dem Ideal der Demokratie, der Herrschaft der Beherrschten¹²⁾ und der Realität, die nur mit Hilfe von Fiktionen so gedeutet werden kann.

Der nüchterne Betrachter dieser Entwicklung mag verwundert sein; handelt es sich beim Problem der Verwirklichung der Demokratie doch um längst Bekanntes. So hat etwa ein eindeutiger Verfechter der Demokratie, Hans Kelsen, bereits 1920 in seinem Werk über Wesen und Wert der Demokratie¹³⁾ mit der ihm eigenen Schärfe der Argumentation alle jene Fiktionen enthüllt, mit welchen die Identität von Herrschern und Beherrschten im demokratischen System hergestellt werden muß. Und insbesondere neuere Bemühungen haben versucht, dem Prinzip der Demokratie überhaupt eine andere Deutung zu geben. Aber die Orientierung an politischen Systemen erfolgt eben stärker ideologisch als rational, sodaß die angedeutete Diskrepanz wiederholt erfahren werden muß. Mit der „Demokratie ohne Illusionen“¹⁴⁾ ist der Bürger noch nicht entscheidend bekanntgemacht worden.

Aus dem angedeuteten Erlebnis entstand offenbar die Frage, ob und wie die reale Demokratie ihrem Ideal stärker angenähert werden kann. Ein Versuch einer Antwort ist der *Gedanke der Partizipation*, den wir in bezug auf die Verwaltung näher zu betrachten haben werden. Dabei ist als politischer Hinter-

¹⁰⁾ Der österreichische Volkswirt, 19. Jg. 1926, S. 209 ff. und 239 ff.

¹¹⁾ Von dem Klenner, Das große Unbehagen, 1960, S. 194 ff., spricht.

¹²⁾ Dieser Gedanke wird meist auf Rousseau (Contrat social, I, 6) zurückgeführt, geht aber weit zurück. In einer Rede, die Herodot den Otanes sprechen läßt, sagt dieser, er wolle weder herrschen, noch sich beherrschen lassen (vgl. dazu Menzel, Beiträge zur Geschichte der Staatslehre, 1929, S. 141).

¹³⁾ 1929 in 2. Aufl. erschienen.

¹⁴⁾ So der Titel der für die Allgemeinheit bestimmten, 1967 erschienenen Einführung von Lehne.

grund auch zu beachten, daß in Hinsicht auf die Verwaltung zu der Unzufriedenheit mit der Verwirklichung des demokratischen Ideals noch jene Einstellung kommt, die man als „das Unbehagen des Bürgers im Verwaltungsstaat“ bezeichnete und als Gefühl der Enttäuschung und des „Ausgeliefertseins“ an den Moloch Staat beschrieben hat¹⁵). Gelegentliche — durchaus bürgerliche — „Bürgerinitiativen“ geben dem Ausdruck.

Selbst in bezug auf den — weniger im politischen Spannungsfeld stehenden — individuellen Aspekt zeigt sich die Aktualität unserer Problematik: So etwa in den immer weiter vordringenden Bereichen der Planung, in welchen die Frage auftaucht, ob der Einzelne bloßes Objekt des Planungsgeschehens oder Subjekt — Partizipant — eines Planungsverfahrens wird.

II. Begriff und Formen der Partizipation. Begriff und Eigenschaften der Verwaltungsentscheidung

1. Zum Begriff der Partizipation

Wenn ich, um den verwendeten Begriff der Partizipation zu verdeutlichen, dessen beiden Aspekte nochmals hervorheben darf, so ist dies:

a) einerseits die Befugnis Einzelner, an dem auf die Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen gerichteten Verfahren teilzunehmen;

b) andererseits die Teilhabe der Allgemeinheit am Entscheidungsprozeß der Verwaltung.

Diese Umschreibung geht von einer gewissen Gegenüberstellung von Verwalteten und Verwaltenden aus und erfordert eine gewisse Klarstellung in der Richtung, wer die „Verwaltenden“ und wer die „verwalteten Bürger“ oder Privaten sind.

Wir können dabei nicht näher auf den „Rollenwechsel“ eingehen, der zwischen diesen Gruppen stattfinden kann, sondern müssen uns sofort der Frage zuwenden, wie jener Komplex der primär Verwaltenden bestimmt werden kann. Es ist dies im Kernbereich gewiß jener Stab, den man das „Berufsbeamtentum“ nennen kann. Wenn man aber bedenkt, daß außer den beamteten auch noch andere Arten von Organwaltern in den Verwaltungsorganismus dauernd integriert sind — im österr. Rechtsbereich eine große Zahl von Vertragsbediensteten, allgemein aber auch auf Dauer in Verwaltungsfunktionen berufene Politiker — so wird man diese Grenze doch wohl eher in der Weise ziehen, daß man diejenigen als Verwaltende ansieht, die mit einem *erheblichen Teil ihrer Arbeitskraft und für längere*

¹⁵) Khol, Ein Ombudsmann für Österreich? JBL 1971, S. 57 ff.

Zeit in den *Verwaltungsorganismus eingegliedert* sind — die anderen als allenfalls zur „Partizipation“ zu berufende Private.

Die gesellschaftlich-organisationsrechtliche Partizipation kann vielleicht verdeutlicht werden, wenn man einen Blick auf die Gerichtsbarkeit wirft, in deren Rahmen eine alte *Tradition der Partizipation* besteht, die in den Verfassungskämpfen des vergangenen Jahrhunderts eine große Rolle gespielt hat und die in Österreich heute in der Vorschrift des Art. 91 Abs. 1 B-VG — „Das Volk hat an der Gerichtsbarkeit mitzuwirken“ — ihren Niederschlag findet und bezüglich der Mitwirkung von Geschworenen und Schöffen an der Gerichtsbarkeit näher ausgebaut ist (Art. 91 Abs. 1 u. 2 B-VG). Diese „Mitwirkung des Volkes“ ist — historisch und dogmatisch betrachtet — als eine Beziehung des legendären „Mannes aus dem Volke“ anzusehen, der zumindest in gewissen Fällen, neben den beamteten und rechtsgelehrten Richter treten sollte. Betrachtet man die weit- hin gleichartigen Bestimmungen über den Ausschluß von Geschworenen- und Schöffenamt, so erkennt man die auch für unsere Betrachtung relevante Trennungslinie: Aus dem Kreise der zu diesen Aufgaben zu Berufenden werden nämlich diejenigen Personen ausgeschlossen, die anderweitig in die Staatsorganisation eingegliedert sind¹⁶⁾.

Daß im Gefolge der Entwicklung, die die Partizipation des Volkes an der Gerichtsbarkeit errang, nicht gleichzeitig auch eine entsprechende Partizipation an der Verwaltung verwirklicht wurde, hat zweifellos eine Reihe historischer Gründe, welchen hier nicht nachgegangen werden kann. Nur zwei Gesichtspunkte seien hervorgehoben:

In der in Leben und Freiheit eingreifenden Strafgerichtsbarkeit mag vielen die Macht des Staates damals besonders manifest geworden sein, wogegen wir in der „verwalteten Welt“ von heute die vielschichtige und weitreichende Macht der Verwaltung stärker empfinden.

Zum anderen wurde die Einschränkung der monarchischen Verwaltung durch die Einrichtung von *Selbstverwaltungsbereichen* herbeizuführen gesucht, was heute nicht mehr als Ausweg erscheinen mag, weil sich die Partizipationsproblematik ja nicht nur in bezug auf die „staatliche“ Verwaltung, sondern durchaus auch bezüglich der stabil etablierten und bürokratisierten Selbstverwaltungskörper stellt¹⁷⁾.

¹⁶⁾ Vgl. im einzelnen Walter, *Verfassung und Gerichtsbarkeit*, 1960, S. 165 ff.

¹⁷⁾ Dem sei noch beigefügt, daß sich in Österreich schon im Rahmen der monarchischen Verwaltung ohne verfassungsrechtliche Grundlage gewisse Formen der Partizipation an der Verwaltung

2. Formen der Partizipation

Die Art und Weise, wie die Einzelnen oder die Allgemeinheit zur Teilhabe an der Verwaltung berufen werden können, ist verschieden. Es erscheint — schon im Hinblick auf die etwas vereinfachende politische Diskussion — geraten, sich verschiedene Formen einer Teilnahme vor Augen zu führen:

Es können dabei die *Anhörung* (zu der auch das Recht zu Stellungnahmen und die Meinungsbefragung gehört), die *Beteiligung* am Verfahren (insbes. als Partei), die *Mitberatung*, *Mitentscheidung* und *Alleinentscheidung* der Partizipanten (letzteres fast ein Widerspruch in sich) unterschieden werden¹⁸⁾.

entwickelt haben, wofür die sogen. Steuereinschätzungskommissionen als typisch angeführt werden können (vgl. dazu *Mayerhofer*, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst⁵, VII. Bd. 1901, S. 950 f.).

¹⁸⁾ Zu den einzelnen Formen ist zu sagen:

1. Die *Anhörung* stellt eine relativ eingeschränkte Form der Partizipation dar. Sie ist zwar für die individuelle Teilnahme — etwa als Recht der Verfahrenspartei, aber auch bezüglich der Begutachtung durch Verbände — typisch, aber in der Art der *Meinungsbefragung* auch in bezug auf die Allgemeinheit möglich und verschiedentlich (was noch zu zeigen sein wird) vorgesehen. So wenig unmittelbaren rechtlichen Einfluß diese Form gewährt, so erscheint sie doch sowohl in ihrer individuellen, wie in ihrer allgemeinen Ausprägung geeignet, dem Gefühl entgegenzuwirken, die Verwalteten seien bloße Objekte des Verwaltungsgeschehens. Sie sollte daher — will man die schon erwähnte Entfremdung zwischen Bürger und Staat überwinden — soweit als technisch möglich vorgesehen werden, vor allem wenn es um überblickbare Bereiche, wie z. B. Gemeindeangelegenheiten geht. Ohne zu übersehen, daß auch diese Form der Partizipation ihre spezifischen Probleme hat, kann sie doch mit diesen Hinweisen im allgemeinen abgeschlossen werden.
2. Bei der *Beteiligung*, einer typischen Form individueller Partizipation, ist der Interessierte (oder eine Gruppe solcher) nicht nur zu hören, sondern hat auch die Möglichkeit, Anträge zu stellen und Rechtsmittel zu ergreifen. Am deutlichsten manifestiert sich diese Form der Partizipation in der Einräumung einer *Parteistellung* in einem auf die Erlassung einer Verwaltungsentscheidung gerichteten Verfahren, einer Form der Teilhabe, auf die noch zurückzukommen ist.
3. Bei der Form der Partizipation, die man *Mitberatung* nennen kann — eine Form, die man bei der Teilhabe von Gruppenvertretern findet — dürfen die Partizipierenden mit den Entscheidenden beraten, jedoch nicht mitstimmen.
4. Eine weitergehende Art der Partizipation stellt die *Mitentscheidung* dar, bei der die Partizipanten zusammen mit anderen Organen die Verwaltungsentscheidung fällen — so etwa wie im Rahmen der Schöffengerichtbarkeit die Schöffen gemeinsam mit den Richtern entscheiden.

Diese Hinweise machen bereits deutlich, daß ich mich bei der Behandlung der Partizipation auf Rechtsformen, in welchen eine solche in Erscheinung tritt oder treten kann, beschränken und nicht die vielfältigen Formen faktischer Einflußnahme betrachten möchte.

3. Mittelbare und unmittelbare Partizipation

Eine Unterscheidung, die für die Beurteilung der Partizipation wichtig erscheint, ist jene zwischen unmittelbarer und mittelbarer Partizipation.

a) Unmittelbare Partizipation

Bei dem, was „*unmittelbare Partizipation*“ genannt werden soll, nimmt der interessierte Einzelne, die betroffenen Mehreren oder auch allenfalls die Gesamtbevölkerung an der Verwaltungsentscheidung teil.

Diese Form überwindet in hohem Grade die Kluft zwischen Verwaltenden und Verwalteten, führt aber zu schwierigen Grenzziehungen der „Betroffenen“ und bei entsprechend weiter Ausdehnung dieser zu technischen Problemen der Verwirklichung.

b) Mittelbare Partizipation

Bei der „*mittelbaren Partizipation*“ nehmen nicht die Betroffenen selbst an der Entscheidung teil, sondern Personen, die — ohne weitere Differenzierung — als „Gruppenvertreter“ oder „Gruppenrepräsentanten“ bezeichnet werden sollen. Die praktische Notwendigkeit dieser Art der Partizipation ergibt sich beim Erfordernis der Beteiligung einer größeren Gruppe, falls man den technischen Schwierigkeiten der Heranziehung aller ihrer Mitglieder ausweichen will.

Bei dieser Repräsentation von Gruppen sind vor allem zwei Arten von Gruppenrepräsentanz zu beachten:

Die Repräsentation einer ganzen, nach territorialen Gesichtspunkten, wie Land oder Gemeinde, abgegrenzten Bevölkerungsgruppe; in diesem Fall kann von *Volksvertretern* gesprochen werden. Oder die Repräsentation einer oder mehrerer Interessentengruppen, die regelmäßig in Verbänden oder Kammern zusammengeschlossen sind; diese Vertretung kann zusammenfassend als *Interessenvertretung* bezeichnet werden.

-
5. Die weitestgehende Form der Partizipation stellt die *alleinige Entscheidung* der Verwaltungssache durch Partizipanten dar, etwa wie die Geschwornen im Rahmen der Gerichtsbarkeit über die Schuldfrage allein zu urteilen haben.

4. Zum Begriff der „Verwaltungsentscheidung“

Da wir die Partizipation, die auch für die Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit ihre Bedeutung hat, in bezug auf die „Verwaltungsentscheidung“ zu behandeln haben, wird es notwendig sein, einige Bemerkungen zum hier zugrundegelegten Begriff der Verwaltungsentscheidung zu machen, aber auch darzulegen, welche Anforderungen im Rechtsstaat an eine solche Entscheidung zu stellen sind.

a) Die Verwaltungsentscheidung als hoheitlicher Verwaltungsakt

Ohne zu verkennen, daß die Bezeichnung „Entscheidung“ in den uns näher vertrauten Rechtsordnungen keine einheitliche Bedeutung hat, erscheint es mir doch richtig — und auch zweckmäßig — unter *Verwaltungsentscheidungen* nur Akte der hoheitlichen Verwaltung — wobei ich Verwaltung im formellen, organisatorischen Sinne meine — zu verstehen.

Es sei damit nicht verkannt, daß auch im Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung Partizipationsprobleme bestehen; ich fürchte aber, daß uns deren Einbeziehung — ich erinnere z. B. an das spezifische Problem der betrieblichen Mitbestimmung in staatlichen Unternehmungen — zu weit führen müßten. Daß auch die Partizipation an hoheitlichen Akten der Verwaltung, je nach ihrer Art ganz verschieden gestaltet sein kann — z. B. bei individuellen Akten anders als bei generellen — sei nur angemerkt, aber nicht weiter verfolgt. Der individuelle Verwaltungsakt soll hier in den Vordergrund gestellt werden; vieles gilt allerdings auch für den generellen Verwaltungsakt, wenn die Partizipation bei diesem auch manchmal die Art annimmt, wie sie bei der Gesetzgebung üblich ist, was sich z. B. an den Begutachtungsrechten zeigt.

b) Anforderungen an die Verwaltungsentscheidung

Im Zusammenhang mit dem Begriff der Verwaltungsentscheidung scheint es mir auch wichtig, zu erörtern, welche *Anforderungen an die Verwaltungsentscheidung* gestellt werden, weil die Frage Partizipation: ja oder nein? sehr wesentlich von der Frage abhängen wird, ob die Partizipation die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung dieser Anforderungen verbessert oder nicht.

Jene Anforderungen, die in einem rechtsstaatlichen System an eine Verwaltungsentscheidung gestellt werden, sind:

- aa) Die Richtigkeit der Tatsachenfeststellung;
- bb) Die Richtigkeit der Rechtsanwendung;
- cc) Die Zweckmäßigkeit der Ermessensübung.

Es wird also zu fragen sein, ob und inwieweit die Partizipation dem Ziel richtiger Tatsachenfeststellung, zutreffender Rechtsanwendung und zweckmäßiger Ermessensübung dient.

III. Partizipation an der Verwaltungsentscheidung im Verfassungsgefüge des demokratisch-freiheitlichen Rechtsstaates

Die Teilhabe des Bürgers an der Verwaltungsentscheidung wird vielfach unter Berufung auf das demokratische Prinzip gefordert. Und es scheint ja in der Tat auf den ersten Blick eigenartig, daß der demokratische Staat die Repräsentation des Volkes zwar im Bereiche der Gesetzgebung, nicht aber auf dem Sektor der Verwaltung verwirklichte, sondern die autokratischen Verwaltungsstrukturen, die sich zunächst in der absoluten, dann in der konstitutionellen Monarchie entwickelten, weitgehend übernahm. Schon bald nach der Errichtung der ersten Republik entstand in Österreich aus konkretem Anlaß — nämlich der Frage einer Demokratisierung der Bezirksverwaltung — über dieses Problem eine eingehende Diskussion, aus der die 1923 erschienene Schrift *Merkl's* über Demokratie und Verwaltung hervorgehoben sei¹⁶⁾. Die herrschende Meinung gelangte zur Auffassung, daß eine autokratisch organisierte Verwaltung kein Fremdkörper des demokratischen Staates sei. Denn dem Gedanken der Demokratie wurde am besten entsprochen, wenn das demokratisch erzeugte Gesetz verläßlich vollzogen werde. Es sei daher zu fragen, ob die Bürokratie oder etwaige Volksbeauftragte zur strikten Vollziehung des Gesetzes besser geeignet seien. Diese Frage wurde zugunsten der Bürokratie entschieden, die aus fachlich entsprechend ausgebildeten, traditionell und institutionell auf die Vollziehung des Gesetzes ausgerichteten Personen bestehe, wogegen eine wirklich demokratische Verwaltung auf diesen Sachverstand verzichten müsse und überdies durch ihre parteipolitische Bindung und ihre demokratische Legitimation in Versuchung geführt sei, dem Gesetz ihren eigenen Willen entgegensetzen.

Ginge es bei der Verwaltung nur um Rechtsvollzug, wäre daher die zutreffende Verwaltungsentscheidung ausschließlich dadurch geprägt, daß der Sachverhalt richtig ermittelt ist und das Gesetz richtig angewendet wurde, so wäre diesen Erwägungen nicht nur aus demokratischen, sondern auch aus rechtsstaatlichen Gründen voll zuzustimmen. Denn bei beiden Aufgaben handelt es sich um solche — wie in den Diskussionen

¹⁶⁾ Eine zusammenfassende Darstellung der Probleme und umfassende Hinweise auf die ältere und neuere Literatur gibt *Miehlsler*, Demokratisierung der Bezirksverwaltung in Österreich, *Festschrift für Kelsen*, 1971, S. 141 ff.

unserer Vereinigung über das Berufsbeamtentum deutlich wurde — zu deren Bewältigung besondere Fähigkeiten und Kenntnisse gehören, wie sie dem Verwaltungsbeamten durch verschiedene Ausbildungsgänge vermittelt werden, wie sie aber auch der in den Verwaltungsorganismus dauernd eingegliederte Politiker haben oder erwerben muß.

Allein wir dürfen uns bei dieser verengten Sicht nicht allzulange aufhalten. Denn wir wissen, daß auch im *Rechtsstaat* moderner Prägung — ich meine ihn in seinem Aspekt als Gesetzesstaat — das Verwaltungsorgan nicht nur Tatsachen festzustellen und festgefügte Regeln auf sie anzuwenden hat, sondern, daß die Verfassung oder die Gesetze der Verwaltung vielfach Bereiche freier Entscheidung — nennen wir sie vereinfacht „Ermessen“ — einräumt, bei dessen Ausübung nicht von „richtiger“ oder „falscher“ Entscheidung gesprochen werden kann, sondern — um den in der österreichischen Lehre vielfach verwendeten Terminus zu gebrauchen — von einer „zweckmäßigen“ oder „unzweckmäßigen“ Entscheidung, wobei freilich mit dem Begriff „Zweckmäßigkeit“ — wie *Heisenberg* formuliert hat²⁰⁾ — die Wertungsfrage nur um eine Stelle verschoben wird, somit verdeckt wird, daß es sich dabei um eine politische Entscheidung — eine *zulässige* politische Entscheidung — handelt. Und an diesem Punkte — der in der erwähnten Diskussion zu stark in den Hintergrund trat — muß sich das Problem der Partizipation im demokratischen Rechtsstaat neu stellen. Bis zur Ermessensdeterminierung reicht die vorausbestimmte Regelung des demokratischen Gesetzgebers, dann aber stellt sich die Frage der legitimen Herrschaft innerhalb des Ermessensspielraumes und somit die Frage nach der Legitimität bürokratischer Entscheidung in diesem Bereich in aller Schärfe. Damit aber auch die Frage nach der Einführung einer demokratischen Struktur in diesem Bereich.

Bevor wir diese Frage weiterverfolgen, sei noch betont, daß der erwähnte Ermessensspielraum dadurch in einem gewissen Ausmaß entschärft ist, als regelmäßig im Ermessensbereich eine Weisungsbefugnis oberster, demokratisch besonders legitimierter Organe besteht. Dies behebt freilich die grundsätzliche Problematik nicht.

Sieht man die Situation auf diese Weise, dann wird offenbar, daß der legitime Ort der Demokratisierung und damit auch der legitime Ort der Partizipation der Bereich des Verwaltungsermessens ist. Ein Blick auf die österreichische Rechts-

²⁰⁾ Zitiert nach *Weiler*, Menschenwürde und freie Universität, ÖHZ 1969, S. 1.

lage wird zeigen, daß sich bezeichnenderweise gerade dort, wo besonders weite Spielräume bestehen — wie z. B. im Wirtschaftsverwaltungsrecht, im Raumordnungsrecht, im Grundverkehrsrecht — Formen der Partizipation entwickelt haben.

Allerdings ist mit der Erkenntnis dieses legitimen Orts der Partizipation noch nichts Entscheidendes für die Frage gewonnen, ob sie in diesem Bereiche auch tatsächlich eingerichtet werden koll. Es gilt nämlich eine Abwägung vorzunehmen, die wie folgt umrissen werden soll:

In der Regel ist es nicht möglich, bei der Fällung einer Verwaltungsentscheidung zwischen der Rechtsanwendung einerseits und der Ermessensübung andererseits eine Trennung dergestalt vorzunehmen, daß die beiden Aufgaben von verschiedenen Organen vorgenommen werden. Damit erhebt sich aber die Frage, ob es besser ist, die gesicherte Rechtsanwendung um den Preis einer weniger demokratischen Vollziehungsstruktur zu haben oder — um den Ermessensbereich demokratisch legitimer auszufüllen — gewisse Nachteile für die Legalität in Kauf zu nehmen. Diese Abwägung kann einerseits — wie schon angedeutet — vom Ausmaß des Ermessens abhängen, aber auch von der Beurteilung der Rolle, die die Bürokratie spielt. Damit ist gemeint, ob sich die Bürokratie mehr als neutraler Hilfsapparat oberster, demokratisch legitimer Organe oder als eigenständige Kraft versteht. Mit dem Begriff „neutraler Hilfsapparat“ ist nicht die Illusion verbunden, daß es „neutrale Ermessensentscheidungen“ gibt oder die Beamten keine politische Meinung haben (oder haben sollen), sondern gemeint, daß dieser Apparat gebunden an das Gesetz — im Ermessensbereich aber auch ohne konkrete Weisung in Verfolg der Linie der demokratisch legitimierte politischen Leitungsorgane — handelt.

Wie diese Abwägung ausfällt, kann nicht allgemein beantwortet werden. Es kann ihr nur eine gewisse Richtlinie für die Beurteilung entnommen werden, ob und inwieweit Partizipation einzurichten ist. Dabei kann eine Partizipation in gewissen Bereichen — was auch nicht übersehen werden sollte — eine Gefahr für das Berufsbeamtentum, nämlich dessen Politisierung hintanhalten: Je größer das Ermessen jeweils ist, um so stärker wird die Tendenz zum politischen — und das bedeutet wohl: parteipolitisch ausgerichteten — Beamten. Daß eine solche Entwicklung nicht zu begrüßen ist, wurde in den Beratungen unserer Vereinigung über das Berufsbeamtentum mit besonderer Deutlichkeit herausgearbeitet. Dieser Meinung ist aus rechtsstaatlichen Gründen nach wie vor beizupflichten.

In diese grundsätzlichen Zusammenhänge gehört auch die verfassungspolitische Frage, ob nicht der Bereich des Ermes-

sens — und insoweit die Bedeutung einer allfälligen Partizipation — erweitert werden, also „mehr Demokratie, weniger Rechtsstaat“ verwirklicht werden sollte, wie dies in der Literatur erwogen wurde²¹⁾). Eine so grundsätzliche politische Frage kann nicht exakt beantwortet werden. Es fragt sich dabei, ob auf die Vorteile des Rechtsstaates verzichtet werden soll und wie die Möglichkeiten und Gefahren der Partizipation bewertet werden.

IV. Die österreichische Rechtslage

1. Die Verfassungsrechtslage: Das B-VG ermöglicht die Partizipation in bestimmten Formen und sieht sie in anderen vor.

a) Eine allgemeine Möglichkeit — durch die jeweils zuständige Landes- oder Bundesgesetzgebung — Partizipation durch die Entscheidung oder Mitentscheidung demokratisch legitimer Repräsentanten vorzusehen, ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 B-VG, wo es heißt, daß „... nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe oder ernannte berufsmäßige Organe die Verwaltung“ zu führen haben. Damit ist also allgemein und ohne Grenzziehung vorgesehen, daß außer ernannten berufsmäßigen Organen — den Beamten — aus dem Volk gewählte Organe die Verwaltung vornehmen²²⁾). Nach dieser Bestimmung ist aber eine unmittelbare Volksbeteiligung — eine Art Verwaltungsreferendum — ebensowenig zulässig, wie eine Partizipation von nicht von der Gesamtheit demokratisch legitimierten, sondern von Verbänden oder Kammern entsandten Organen²³⁾ ²⁴⁾). Daß wir die Partizipation solcher ent-

²¹⁾ Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaates, 1970.

²²⁾ Daß bei den „gewählten Organen“ nicht irgendeine Wahl, sondern ein die demokratische Legitimation herbeiführendes Auswahlverfahren gemeint ist, ergibt sich aus dem demokratischen Konzept des B-VG und den sonstigen Ausprägungen der im B-VG vorgesehenen Wahlen. Zutreffend sprechen aber Kelsen-Froehlich-Merkel, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, V, 1922, S. 88, davon, daß diese Organe „demokratisch berufen, also gewählt“ sind.

²³⁾ Art. 133 Z 4 B-VG kann nicht als eine Modifikation des grundsätzlichen Art. 20 Abs. 1 B-VG angesehen werden.

²⁴⁾ Dies hat der VfGH verkannt. Die Frage, ob der Einsatz „entsendeter“ Organe im Rahmen der Verwaltung zulässig ist, hat ihn im Erkenntnis Slg. 5985 beschäftigt. Er hat die Zulässigkeit damit begründet, daß die Körperschaften bloß *nominieren*, jedoch das Gesetz selbst mit der Entsendung die Beisitzereigenschaft begründe. Dazu ist zu sagen, daß dann, wenn das Gesetz an eine „Nominierung“ — somit einen Willensakt einer Kammer — die Rechtsfolge der Beisitzereigenschaft knüpft, es sich eben um die „Bestellung“ oder „Entsendung“ der Beisitzer durch die Kammer handelt. Die Sätze des VfGH geben daher für eine Begründung seines Stand-

sandter Organe in der Verwaltung auf einfachgesetzlicher Basis vorfinden werden, sei vorausgeschickt. Hervorzuheben ist noch, daß Art. 20 Abs. 1 von *verantwortlichen Organwaltern* spricht, woraus sich die verfassungsrechtliche Pflicht ergibt, nur Personen in Organstellungen zu berufen, die eine solche Befähigung aufweisen, daß sie verantwortlich gemacht werden können.

b) Im B-VG sind weiters einige besondere Fälle der Partizipation vorgesehen bzw. ermöglicht:

aa) Die vorgesehene Absetzung des Bundespräsidenten durch das Bundesvolk (Art. 60 Abs. 6 B-VG) — ein Fall unmittelbarer gesellschaftlicher Partizipation.

bb) Die vorgesehene Besetzung der Wahlbehörden (Art. 26 Abs. 6 B-VG) und die Zusammensetzung der Schulbehörden des Bundes in Form von proportional zusammengesetzten Kollegien (Art. 81 a B-VG)²⁶⁾.

cc) Die Möglichkeit, welche das B-VG der Landesgesetzgebung bezüglich der Partizipation insbes. im Gemeindebereich einräumt (Art. 117 Abs. 1 B-VG)²⁷⁾.

c) Was die Partizipation Einzelner an Verwaltungsentscheidungen als Parteien anlangt, so wird durch das B-VG keine explizite Grenze gezogen. Spezielle Überlegungen in dieser Richtung würden zu weit führen. Inwieweit verfassungsrechtliche Bestimmungen, insbes. grundrechtlicher Art dem Einzelnen Parteistellung garantieren, kann hier nicht geprüft werden²⁸⁾.

punktes schlechthin nichts her, sondern verschleiern die rechtlich gegebene Situation. Das, was zu prüfen gewesen wäre, ist, ob im Lichte des Art. 20 Abs. 1 B-VG eine gesetzliche Bestimmung der in Rede stehenden Art zulässig ist.

²⁵⁾ Ein besonderes Problem stellen die sogen. „Vertragsbediensteten“ dar, die nicht ernannte, sondern vertraglich bestellte Organwalter der Verwaltung sind. Dieser Frage wird hier nicht weiter nachgegangen.

²⁶⁾ Eine „Partizipation“ könnte in verfassungsrechtlich zulässiger Weise auch bei der gesetzlichen Regelung der in Art. 11 Abs. 5 B-VG zwar vorgesehenen, jedoch nicht eingerichteten Verwaltungsstrafsenate vorgesehen werden, da dort bestimmt ist, daß den Vorsitz der Vorstand der Behörde führt, gleichzeitig aber weitere Mitglieder vorgesehen sind, deren Bestellung im wesentlichen offen geblieben ist.

²⁷⁾ Diese Möglichkeit ist umstritten. Bejahend Walter, Die Gemeinde — Baustein des Staates, in: Der Einzelne und die Gesellschaft, Kärntner Hochschulwochen, 1962, S. 82 f. A. A. Rack, Einrichtungen direkter Demokratie in Österreichs Gemeinden, ÖGemZ 1970, S. 26 ff.

²⁸⁾ Vgl. in kompetenzrechtlicher Hinsicht Art. 11 Abs. 2 B-VG, in grundrechtlicher Richtung z. B. Art. 6 MRK.

2. Betrachtet man nach dieser kurzen verfassungsrechtlichen Skizze die Rechtslage auf Gesetzesstufe, so kann folgender Überblick — bei dem von der individuellen Partizipation ausgegangen werden soll — gegeben werden:

a) Die *Teilnahme Einzelner*, die ein rechtliches Interesse an einer Verwaltungsentscheidung haben, erfolgt im österr. Recht dadurch, daß ihnen in dem auf die Erzeugung der Verwaltungsentscheidung gerichteten Verfahren die Rechtsstellung einer Partei eingeräumt wird (vgl. insbes. § 8 AVG)²⁹⁾; als solche haben sie insbes. das Recht gehört zu werden und die Befugnis, Rechtsmittel zu erheben.

b) Als eine *Zwischenform zwischen der individuellen und der gesellschaftlichen Partizipation* können jene Fälle angesehen werden, in welchen Vertretern von Gruppen eine Parteistellung eingeräumt und die Möglichkeit gegeben wird, durch Antragstellung, Stellungnahme und Rechtsmittelerhebung Einfluß auf die Entscheidung zu nehmen.

Als Beispiele hierfür können hinsichtlich der Verordnungen die weitgehend — insbes. an die Kammern — eingeräumten Begutachtungsrechte (eine Art der Anhörung) angeführt werden³⁰⁾.

Bezüglich individueller Verwaltungsakte sei beispielhaft auf die Befugnis der Kammern der gewerblichen Wirtschaft hingewiesen, im gewerberechtlichen Verfahren gehört zu werden und z. T. Rechtsmittel zu erheben³¹⁾.

c) Wenden wir uns zunächst nun der *unmittelbaren Teilnahme des Volkes* (oder eines Teiles) an Verwaltungsentscheidungen zu, so können wir feststellen, daß es solche Erscheinungen derzeit — abgesehen von der schon erwähnten Absetzung des Bundespräsidenten (Art. 60 Abs. 6 B-VG) — im Gemeinderecht gibt³²⁾.

Überblicksweise sei festgehalten:

²⁹⁾ Vgl. weiters § 32 VStG, § 10 VVG, § 3 DVG, § 4 AgrVG, § 78 BAO, §§ 75 f. FStG.

Überdies sind Parteien auch diejenigen, denen in den Rechtsvorschriften ausdrücklich das Recht einer Partei eingeräumt ist; vgl. dazu *Mannlicher*, Das Verwaltungsverfahren⁷, Anm. 3, S. 104 f.

³⁰⁾ Über die diese Begutachtungsrechte vor allem in bezug auf die Gesetzgebung einräumenden Rechtsquellen und ihre verfassungsrechtliche Problematik vgl. *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, S. 298 f., und die dort zit. Lit.

³¹⁾ Vgl. *Mache*, Gewerbeordnung⁴, 1968, S. 284 f.

³²⁾ Vgl. dazu *Rack*, a. a. O., und *Neuhofner*, Handbuch des Gemeinderechts, 1972, S. 88 f.

aa) Mehrere Länder, nämlich Niederösterreich, Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg sehen — informative, rechtlich nicht relevante (politisch faktisch möglicherweise wirkungsvolle) — *Volksbefragungen* in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde vor, die teils vom Gemeinderat beschlossen, teils aber — und damit sind sie wesentlicher — auf Antrag von Gemeindebürgern durchzuführen sind.

bb) Ebensowenig rechtlich besonders relevant gestaltet sind die von der Salzburger und Tiroler Gemeindeordnung vorgesehenen „*Gemeindeversammlungen*“, die aus der Gemeindebevölkerung bestehen und die Berichte des Bürgermeisters über Gemeindeangelegenheiten entgegenzunehmen hat. Diese Erscheinung geht bereits von der Partizipation weg zur Information, die allerdings vielfach Probleme lösen könnte, die zur Partizipationsforderung geführt haben.

cc) Lediglich in Kärnten und Vorarlberg ist ein *Volksentscheid* in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches vorgesehen, wobei allerdings ein vorangehender Beschluß des Gemeinderates erforderlich ist.

dd) Im Burgenland und in Wien sind solche Einrichtungen nicht vorgesehen.

Betrachtet man diese gemeindlichen Erscheinungen, so kann man sagen, daß sie Partizipation nur in sehr schwachem Ausmaß verwirklichen. Es liegen auch noch keine ausreichenden Erfahrungen vor, um diese Einrichtungen — sie sind Schöpfungen der letzten Jahre — in ihrer politischen Wirksamkeit zu beurteilen; dies vor allem in der Richtung, ob sie jenes politische Bedürfnis zu befriedigen vermögen, von dem die Forderung nach Partizipation ihren Ausgang nimmt.

d) Sind die Formen, in welchen eine direkte Partizipation des Volkes stattfindet, relativ spärlich, so sind jene Fälle, in welchen *Gruppenrepräsentanten* partizipieren, relativ umfangreich. Dabei ist wieder die Partizipation von Interessenvertretungen jener der Volksvertretung weitaus überwiegend³³⁾.

³³⁾ Diese Behörden werden hier nicht im einzelnen dargestellt, da auf mehrere Zusammenstellungen dieser Einrichtungen verwiesen werden kann: Winkler, Staat und Verbände, VVdStR H 24, 1966, S. 69 ff.; Bös, Wirtschaftsgeschehen und Staatsgewalt, 1970, S. 289 f. Eine Übersicht über die Beiräte in Österreich gibt Kafka, Die Beiräte in der österreichischen Verwaltung, Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1967, S. 168 ff.

Bezüglich der Partizipation der Beamtenschaft ist auf folgende Vorschriften hinzuweisen:

aa) *Volksvertreter* finden wir vor allem in den bereits erwähnten *Wahlbehörden* (Art. 26 Abs. 6 B-VG)³⁴⁾ und *Schulbehörden* (Art. 81 a B-VG)³⁵⁾. Die Bestellung erfolgt dabei im Wege über die politischen Parteien. Diese Vertreter üben eine weitgehend mitentscheidende Funktion aus.

bb) *Interessenvertreter* finden wir in einer Reihe von Organen, wobei sie z. T. eine allein entscheidende Funktion haben, wie z. B. die Verwaltungskommissionen nach dem Marktordnungsgesetz, oder mitentscheidende Aufgaben, wie die Interessenvertreter in Grundverkehrskommissionen, oder bloß beratende Aufgaben wie z. B. im Rohstofflenkungsausschuß, im Außenhandelsbeirat u. a. m.

1. Nach dem Personalvertretungsgesetz des Bundes (BGBl. 133/1967) sind die danach eingerichteten Personalvertretungen berufen, die beruflichen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und gesundheitlichen Interessen der Bediensteten zu wahren und zu fördern (§ 2); sie haben weiters dafür einzutreten, daß die zugunsten der Bediensteten geltenden Rechtsvorschriften eingehalten werden (§ 2). Im einzelnen sind Aufgaben der aus dem Kreise der Bediensteten von diesen gewählten Dienststellenausschüsse (§ 9):

- a) Anregungen und Vorschläge im Interesse der Bediensteten zu erstatten,
- b) die Vertretung in Einzelpersonalangelegenheiten,
- c) Besichtigung von Dienststellen,
- d) an der Durchführung der Sozialversicherung mitzuwirken usw.

Mit den Dienststellenausschüssen ist das Einvernehmen zu pflegen:

- a) in allgemeinen Personalangelegenheiten,
- b) Urlaubserteilung,
- c) Erstellung des Dienstplanes.

Dem Dienststellenausschuß sind mitzuteilen:

- a) Neuaufnahmen, Versetzungen,
- b) Beförderungen, Anträge auf Übernahme ins öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis,
- c) Disziplinarverfahren.

2. In Vorarlberg ist eine erst einzurichtende Personalvertretung der Landes- und Gemeindebediensteten zur Mitwirkung an gewissen dienstrechtlichen Maßnahmen vorgesehen. Auch soll ein Teil der Mitglieder der Disziplinarsenate auf Vorschlag der Personalvertretung bestellt werden (vgl. §§ 5, 96 vbg. LGBl. 16/1972 und §§ 5, 99 vbg. LGBl. 17/1972).

3. Bei der Richterschaft üben gewählte Personalsenate gewisse Befugnisse (Mitwirkung an der Ernennung durch Erstattung von Vorschlägen) aus. Vgl. RDG, insbes. §§ 32 ff.

³⁴⁾ Vgl. dazu Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, S. 244 f., und die dort zit. Jud.

³⁵⁾ Vgl. dazu Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, S. 501 ff., und BGBl. 240/1962, zu dem Ausführungsgesetze der Länder ergangen sind.

cc) Eine Besonderheit der Partizipation bilden die gelegentlich — z. B. in den Grundverkehrskommissionen — beigezogenen *Sachverständigen*.

Die Probleme, die die Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in den einzelnen Fällen mit sich bringen, sollen im folgenden jeweils gesondert behandelt werden.

V. Die rechtspolitischen Probleme der individuellen Partizipation

Bezüglich der individuellen Partizipation kann davon ausgegangen werden, daß die Stellung als Partei eine Möglichkeit der Einflußnahme auf die Entscheidung gibt; problematisch ist es, die zutreffende Grenze für die Parteistellung zu finden und diese Rechtsstellung richtig zu dosieren.

1. Es erhebt sich nämlich zunächst die Frage, *wer* die Stellung einer Partei haben soll. Die denkbaren Möglichkeiten reichen von der *Negierung jeder Einflußnahme* Außenstehender bis zur *Bejahung der Parteistellung jedermanns*, wie sie in Grenzfällen vorgesehen ist. Über die Beantwortung der gestellten Frage werden sich nicht mehr als einige Andeutungen machen lassen:

a) Stellt man sich ein Verfahren vor, in dem *eine Partei* mit ihrem Interesse der Behörde gegenübersteht und geht man weiters von der — sicherlich vereinfachenden — Annahme aus, daß außer dem Interesse dieser Partei auch ein allgemeines Interesse wahrzunehmen ist, so erscheint es Aufgabe des Verwaltungsorgans in Vollziehung der Rechtsvorschriften und soweit ihm diese einen Spielraum geben, nach Abwägung dieser Interessen zwischen ihnen zu entscheiden. An dieser Stelle wird die bekannte Struktur der Verwaltung deutlich, der vielfach ein Interessent in einem Verfahren gegenübersteht, in dem es auch um andere Interessen geht — zum Unterschied vom Verfahren der Gerichtsbarkeit, in dessen Rahmen weitgehend die zu vertretenden Interessen — Kläger/Beklagter, Ankläger/ Angeklagter — bewußt gesondert präsentiert und dadurch die Entscheidung *zwischen ihnen* erleichtert wird.

Das Parteienverfahren zeigt nun den Vorteil, daß die Partei ihr Interesse entsprechend verfolgen, d. h. darlegen kann, wie sie die Tatsachenlage sieht, Beweise anzubieten vermag und ihren Rechtsstandpunkt klarlegen darf, aber auch ihre Interessenlage ausführen kann, was für eine den dargelegten Anforderungen entsprechende Entscheidung grundsätzlich positiv ist, aber auch die Gefahr mit sich bringt, daß die anderen — allgemeineren — Interessen, die nicht mit den gleichen Mit-

teln verfolgt werden, in den Hintergrund treten. Dies wird um so mehr möglich, als die Stellung der Partei verstärkt wird und die Behörde versucht wird — wofür es viele Gründe gibt — den Weg des geringeren Widerstandes zu gehen.

Das Ergebnis solchen Verwaltungsgeschehens sind oftmals irreparable begünstigende Verwaltungsakte. Sie in Grenzen zu halten, ist als eine Aufgabe des — in Österreich in Diskussion stehenden — Ombudsrates für die Verwaltung vorgesehen³⁶⁾.

Freilich gibt es auch im Verwaltungsbereich *Mehrparteienverfahren mit verschiedenen gerichteten Parteiinteressen*, was eine annähernd gleichwertige Präsentation dieser Interessen herbeiführt und damit eine bessere Entscheidung um so eher ermöglicht, je vollständiger die Interessen vertreten sind. Ganz ausgeschlossen ist aber die für das Einparteienverfahren gezeigte Problematik nicht, weil es noch immer möglich ist, daß relevante Interessen nicht von Parteien präsentiert werden.

Immerhin sollte die vorliegende Betrachtung bereits zeigen, daß es günstig erscheint, bestehende Individualinteressen möglichst in die Form von Parteistellungen zu bringen. Dies ist freilich nicht vollständig möglich. So vor allem dann, wenn durch eine Entscheidung nicht die Interessen eines Einzelnen, sondern einer ganzen Gruppe betroffen werden.

Damit erhebt sich das — noch zu erörternde — Problem der Gruppenrepräsentanz in der Form der Verfahrenspartei.

c) Vorher sei noch der Grenzfall erwähnt, daß alle in Betracht kommenden rechtlichen Interessen durch Parteien vertreten werden. Dies wäre wohl eine sehr wünschenswerte, aber kaum herzustellende Situation.

Auf Grund dieser Überlegungen sei nochmals einiges zum Problem der Parteistellung gesagt: Gewiß können nicht alle, die sich für interessiert halten, einem Verfahren beigezogen werden, sondern muß die Rechtsordnung — schon allein aus verfahrensökonomischen Gründen — diese Interessen selektieren, indem sie manche zu rechtlich relevanten, die Parteistellung begründenden erklärt. Dabei ist allerdings für ein richtiges Verfahrensergebnis wünschenswert, daß mehrere vorhandene divergierende Interessen durch Parteien repräsentiert werden, da so ein vollständiges Bild darüber, wie die Sach-, Rechts- und Interessenlage von den unmittelbar Beteiligten gesehen wird, entsteht, aus dem die zutreffende Beurteilung

³⁶⁾ Vgl. Art. 148 c Abs. 2 Z 4 der RV 131 d. Beil. z. d. sten. Prot. d. NR, XIII GP.

leichter gewonnen werden kann, als bei einer abstrakten Überlegung oder einer bloß einseitigen Repräsentation.

Diesen Überlegungen muß freilich beigelegt werden, daß sie dort eine stärkere Rolle spielen, wo das Verwaltungsverfahren dadurch von besonderer Bedeutung ist, daß es erst relativ spät und allenfalls nicht vollständig in ein gerichtliches Verfahren einmündet — wie dies z. B. in Österreich der Fall ist.

VI. Die rechtspolitische Problematik der Partizipation von Gruppenvertretern als Parteien

Wegen des Zusammenhanges mit der Erörterung der Problematik des Parteibegriffs erscheint es geraten, die Partizipation von Gruppenvertretern — es kommen hier vorwiegend Interessenvertreter in Frage — im Anschluß an die Parteistellung des Einzelnen zu behandeln, wobei ich mich — im Hinblick auf die schon behandelten Fragen — kürzer fassen kann.

Bei der Repräsentanz von Gruppen im Verfahren tritt freilich — wie allgemein bei der Zuerkennung von Parteistellungen — noch deutlicher das Problem in Erscheinung, daß die rechtlich relevante Interessenlage festgestellt und sodann *alle Interessentengruppen* entsprechend repräsentiert werden müssen, wenn ein gleichgewichtiger Einfluß auf das Verfahren und damit eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung gegeben sein soll. Daß dieses Gleichgewicht nicht immer gegeben zu sein scheint, kann hier nur ausgesagt, aber nicht im einzelnen belegt werden. Daß die Ersetzung der individuellen Beteiligung durch eine Gruppenrepräsentation nicht unbedingt wünschenswert ist, liegt auf der Hand. Es muß aber doch in praktischer Hinsicht bedacht werden, daß — scharf formuliert — viele Parteien des Verfahrens Tod sein können.

Eine Gefahr, die bei der Einschaltung einer entsprechenden juristisch und politisch potenten Interessenvertretung in ein Verfahren mit einzelnen Parteien entstehen kann, wenn ein entsprechendes Gegengewicht nicht vorhanden ist, liegt darin, daß die Behörde sich allenfalls an die Interessenvertretung als Partei „anlehnt“.

Immerhin erscheint die Einrichtung der Interessengruppen als Partizipanten durch Verleihung der Parteistellung ein Weg, der weniger problematisch erscheint als andere — noch zu erörternde — Formen.

VII. Die rechtspolitische Problematik der unmittelbaren Partizipation des Volkes

Der Frage, ob die unmittelbare Partizipation des Volkes an Verwaltungsentscheidungen in der Weise erfolgen soll, daß

das Gesamtvolk die Verwaltungssachen erledigt, braucht schon wegen ihrer mangelnden Praktikabilität nicht nachgegangen zu werden; es könnten allenfalls einige besondere — und wegen dieser Besonderheit fast nicht mehr als Akte der Verwaltung anzusprechende — Entscheidungen sein, über die das Gesamtvolk entscheiden könnte³⁷⁾.

Von etwas größerem Interesse könnte die Frage sein, ob nicht Teile des Volkes, nicht Interessengruppen, sondern lokal bestimmte Teile der Bevölkerung (z. B. die Gemeindebevölkerung) über gewisse Angelegenheiten entscheiden solle, wie man dies in sehr begrenztem Umfang etwa im Gemeinderecht findet. Allerdings spielt auch hier das Problem der Praktikabilität eine große Rolle. Die Entscheidung müßte wenigstens in gewisser Hinsicht vorbereitet werden. So z. B. bezüglich der festgestellten Tatsachen — ein Beweisverfahren durch eine Volksversammlung erscheint schwer möglich — aber auch in bezug auf die möglichen rechtlichen Lösungen. Damit zeigt sich das — in den Rechtsvorschriften auch vorgesehene — Erfordernis, nicht die Bevölkerung allein, sondern nach einer gewissen Vorarbeit durch andere Organe die Entscheidung treffen zu lassen. Dabei wären überdies die eher grundsätzlichen — etwa planenden — Angelegenheiten für Referenda geeigneter als konkrete Einzelentscheidungen.

In dieser Richtung erscheint auch ein Ausbau der bestehenden Einrichtungen möglich, wobei allerdings vor allem an Entscheidungen im lokalen Bereich gedacht werden muß, die auch auf diesen Bereich in ihren Auswirkungen beschränkt sein müssen.

Würde es sich nämlich um Entscheidungen handeln, die — was durchaus vorkommen kann — überörtliche Auswirkungen haben, muß sich das Problem der Legitimation der zur Entscheidung berufenen Bevölkerungsgruppe mit aller Entschiedenheit stellen.

VIII. Die rechtspolitische Problematik der Partizipation von Volksvertretern

Die aufgezeigten Schwierigkeiten der unmittelbaren Partizipation lassen die Frage, ob eine Partizipation des Volkes durch Repräsentanten eine wünschenswerte Form der Partizipation sein könnte, von besonderer Wichtigkeit erscheinen. Diese „Repräsentanten“ müßten — sollen sie das Volk vertreten — in demokratischer Weise, das bedeutet durch Los oder Wahl bestimmt werden.

³⁷⁾ Wie z. B. die im österreichischen Recht vorgesehene Absetzung des Bundespräsidenten (Art. 60 Abs. 6 B-VG).

1. Partizipation durch ausgeloste Repräsentanten des Volkes

Eine Partizipation an der Verwaltung durch Repräsentanten, die durch das Los bestimmt werden — eine Erscheinung, die wir in Österreich nicht verwirklicht finden — wäre ein Analogon zur Einrichtung der in etwa auf diese Weise bestellten Geschwornen und Schöffen.

Daß die *Übertragung alleiniger Entscheidung* an solche Organe im Ergebnis dem Prinzip der Legalität zuwiderlaufen muß, liegt auf der Hand und wird durch die Erfahrungen mit der österreichischen Geschwornengerichtsbarkeit bestätigt³⁸⁾. Es kann auch nicht anders sein, da in der heutigen Gestalt des Staates die Rechtskenntnis für die Vollziehung von unbedingter Notwendigkeit ist, wir in diesem Falle also tatsächlich vor der Frage stehen, den rechtsgelehrten Organwalter — den Beamten — zu akzeptieren oder dem juristischen und fachlichen Dilettantismus Tür und Tor zu öffnen, eine Alternative, die schon vor langem *Max Weber* aufgezeigt hat³⁹⁾.

Bürger als Beisitzer in bestimmten Gremien vorzusehen — das Vorbild in der Gerichtsorganisation wären die Schöffen — könnte eher in Erwägung gezogen werden. Die juristischen Grenzen der möglichen Entscheidung könnten die beamteten Organe umreißen und damit die Partizipation in dem Bereich wirken lassen, in dem sie legitim tätig werden können: im Ermessensbereich.

Eine solche Konstruktion — sie ist in der Verwaltung nicht gebräuchlich — könnte freilich nur in Fällen in Frage kommen, in welchen eine kollegiale Entscheidung, die ja immer einen größeren Aufwand erfordert, vertretbar ist und in welchen Ermessen in erheblichem Ausmaß anzuwenden ist⁴⁰⁾.

Einen Vorteil hätte eine Beiziehung der erörterten Art jedenfalls. Sie würde den Bürgern einen Einblick in die Verwaltung und eine gewisse Kontrollfunktion geben und damit ein Stück dessen, was man die „Entfremdung“ zwischen Bürgern und Verwaltung nennen könnte, beseitigen. Sie würde auch einen direkten Kontakt von Bevölkerung und Behörde, also

³⁸⁾ Vgl. dazu das Gutachten von *Nowakowski*, Zur Reform der Laiengerichtsbarkeit, 4. ÖJT, Bd. I/5, sowie die Referate von *Kral* und *Böck*, 4. ÖJT, Bd. II/5.

³⁹⁾ Wirtschaft und Gesellschaft⁴, I, 1956, S. 128 ff.

⁴⁰⁾ Ein Beispiel für die Möglichkeit einer solchen Form der Partizipation könnte in den verfassungsrechtlich programmatisch vorgesehenen, aber nicht eingerichteten Verwaltungsstrafsenaten gefunden werden (Art. 11 Abs. 5 B-VG). Zu den Verwaltungsstrafsenaten vgl. *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, S. 504 f.

unter Ausschaltung von Parteien und Verbänden, die ja Partizipation nicht nur vermitteln, sondern auch behindern können, ermöglichen.

Die große praktische Frage, die sich stellt, ist, ob es genügend Interesse dafür gibt, solche Funktionen auszuüben, ob das Bedürfnis nach Partizipation so verbreitet und intensiv ist, wie es die Diskussion manchmal erscheinen läßt. Es ist aber auch fraglich, ob es wünschenswert ist, alle Bürger weitgehend in die Rolle der Partizipanten zu berufen. Hier scheint nicht nur das Problem des — mehr oder weniger starken — Eingriffs in die Freiheitssphäre des Einzelnen aufzutreten, sondern auch jenes, ob ein staatliches Gemeinwesen, das aus lauter „Aktiven“ besteht, bestehen kann⁴¹⁾.

2. Partizipation durch gewählte Repräsentanten des Volkes

Eine Partizipation unter Einsatz der zweiten demokratischen Bestellungsart — der Wahl — würde, was eine realistische Betrachtung nicht verkennen darf, die Mittler der politischen Willensbildung, die Parteien auf den Plan rufen. Es würde sich im Ergebnis um eine Verwaltung unter Partizipation der Vertreter politischer Parteien handeln.

Daß damit das Problem der Verpolitisierung der Verwaltung mit aller Schärfe auf den Plan treten kann, liegt auf der Hand. Daß eine solche parteipolitische Ausrichtung nicht immer eintreten muß, wohl aber eintreten kann, dürfte man an Hand der österreichischen Behördenorganisation zeigen können, die Formen solcher Partizipation kennt, von welchen bereits die *Wahlbehörden* (Art. 26 Abs. 6 B-VG) und die *Schulbehörden* genannt wurden.

Bei den *Wahlbehörden* geht es darum, den wahlwerbenden Gruppen die Kontrolle über einen ordnungsgemäßen Ablauf der Wahl zu sichern; alle Entscheidungen sind einfach und kontrollierbar. Die Partizipation von Vertretern politischer Parteien wirkt sich bei diesen Behörden nicht nachteilig aus und gewährleistet die gegenseitige Kontrolle.

Ganz anders ist die Sache bei den *Schulbehörden*, die eine Reihe von Verwaltungsaufgaben, insbesondere schwer kontrollierbare Personalentscheidungen zu fällen haben. Wenn nämlich eine Organisation mit voller Deutlichkeit die Nachteile einer parteipolitischen Partizipation zeigt, so sind dies diese

⁴¹⁾ Vgl. dazu z. B. Janowitz, Die soziologischen Voraussetzungen der Theorie der Demokratie, Kölner Zeitschrift für Soziologie, 1956, Heft 3, und die darauf bezugnehmenden Ausführungen von Schokking, Stammer, Steinberger und Landshut in diesem Heft.

Schulbehörden, die — soweit man dies zu beurteilen vermag — eine nahezu vollständige Verpolitisierung auf dem Sektor des Schulwesens herbeigeführt haben dürften. Die Posten des Schuldienstes sind auf die einzelnen Parteien „kontingentmäßig“ aufgeteilt⁴²⁾. Wenn man daher das Bonmot geprägt hat, daß das wichtigste Schulbuch das Parteibuch sei, so hat man die Lage zutreffend gekennzeichnet.

Das, was bei dieser Situation von allgemeiner Bedeutung erscheint, ist, daß eine derart gestaltete Verwaltung die Anforderungen, die an eine Verwaltungsentscheidung gestellt werden, offenbar nicht erfüllen kann: Geleitet von einer — keineswegs an sich zu verurteilenden — politischen Zielsetzung, kann sich eine solche Verwaltung den Tatsachen und Rechtsvorschriften — hier insbesondere den Grundsatz der gleichen Zugänglichkeit öffentlicher Ämter — nicht dienend unterordnen.

Freilich muß der demokratische Staat von heute ein Parteienstaat sein. Aber die Parteien müssen auch in einem solchen Staat die Grenzen ihrer legitimen Wirksamkeit erkennen.

⁴²⁾ Um davon einen ungefähren Einblick zu vermitteln, sei ein undementierter Bericht der Salzburger Nachrichten über die Lage im oberösterreichischen Schuldienst v. 1. IX. 1972 zitiert: „Im oberösterreichischen Schuldienst schreitet die Partei-Politisierung weiter fort. Bisher bestand nur im Schulbezirk Linz-Stadt eine Vereinbarung zwischen Volkspartei und SPÖ über die Aufteilung der Lehrerposten. Nun haben die SP- und VP-Mitglieder der Kollegien des Bezirksschulrates der Bezirke Linz-Land, Urfahr und Umgebung und Wels-Stadt ähnliche Vereinbarungen getroffen. Wird ein Lehrer in diesem Bezirk neu eingestellt oder versetzt, so wird er auf das Kontingent einer der beiden Parteien gesetzt. Das bedeutet in der Praxis, daß bestenfalls in Ausnahmefällen ein Lehrer ohne Parteibuch oder parteimäßiger Deklaration einen Staatsposten erhält. Die „Kontingente“ sind gemäß der Wählerstimmen der Parteien in den Bezirken aufgestellt worden. Auf diese, dem Wesen nach der Verfassung widersprechenden Vorgangsweise (alle Staatsbürger haben gleiche Rechte, die mit Parteibuch gleichere. Anm. d. Red.) sind in den meisten Bezirken nur SP und VP am Zug, nur in den Bezirken Ried, Vöcklabruck und Kirchdorf darf auch ein Freiheitlicher im Kontingent mitmischen.“

Im Bezirk Linz-Stadt gilt noch der Parteienschlüssel drei sozialistische Lehrer — zwei Volkspartei-Lehrer gemäß der alten Koalition. Die SPÖ strebt eine Anpassung des Schlüssels an die veränderte Situation zu ihren Gunsten an. Die Schlüsselbereinigung dürfte nach den Landtags- und Gemeinderatswahlen vor sich gehen.“

Vgl. auch den Bericht derselben Zeitung v. 29. IX. 1972 „Höchstgerichte mit Lehrerproporz beschäftigt“ (S. 6) und den darauf bezugnehmenden Leitartikel (S. 1).

Wenn wir uns entsinnen, daß wir die Aktualität der Problematik in einem Unbehagen im demokratischen Staat der Gegenwart gesehen haben, so können wir sagen, daß sie nicht zuletzt durch Erscheinungen wie die skizzierten herbeigeführt zu werden scheint, zumal die Partizipation in diesen Bereichen kaum Personen heranzieht, die ansonsten mit den Aufgaben des Staates nichts zu tun haben, sondern solche, die regelmäßig mit den Parteiapparaten in Verbindung stehen. Damit verschiebt sich aber das Partizipationsproblem zum Problem der Partizipation der Parteimitglieder an der Willensbildung der Parteien und dem Problem des Ausschlusses nicht Organisierter, die dann vielleicht nur mehr die Möglichkeit des Eintritts in eine politische Gruppe sehen.

IX. Die rechtspolitische Problematik der Partizipation von Interessenvertretern

Wie bereits angedeutet, findet sich in der österreichischen Rechtsordnung — wenn auch weitgehend verfassungswidrigerweise — eine umfangreiche, ihrer Art nach sehr intensive Partizipation von Interessenvertretern, insbesondere im Bereiche des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Dies vielfach auch in der Art, daß Vertreter von Interessengruppen mitberatend, mitentscheidend oder alleinentscheidend tätig werden. Damit ist eine Metamorphose der sogenannten „Interessenvertretungen“ eingetreten. Sie „vertreten“ nämlich die Interessen nicht mehr gegenüber dem Staat, sondern fällen die staatlichen Entscheidungen — weitgehend allerdings im Zusammenwirken miteinander, zum Teil auch mit anderen Organen. Daß dies auch ein Teil des „Abschieds vom Staat“ im klassischen Sinne ist, erscheint eindeutig. Die Eigenart dieser Entwicklung wird offenbar, wenn man sich die Situation im Bereich der individuellen Partizipation vergegenwärtigt: Bei dieser ist es klar, daß nicht die Partei — auch nicht die Parteien mit entgegengesetzten Interessen gemeinsam — sondern die Behörde unter Bedachtnahme auf alle Interessen zu entscheiden hat; und daß Organe, die an der Sache ein Interesse haben, nicht entscheiden dürften, vielmehr als befangen ausscheiden. Es ist nicht zu verstehen, weshalb es sich bei der Partizipation von Gruppenvertretern durchaus anders verhalten soll. Es sei eingeräumt, daß die Höhe der Organisationsstufe und die Allgemeinheit der Entscheidung einiges zu verändern vermag, jedoch nicht in dem Umfang, den wir gegenwärtig feststellen können. Daß hier Probleme auftauchen müssen, sei unter wenigen Gesichtspunkten aufgezeigt:

1. Ich brauche in diesem Kreis nicht zu betonen, daß es Interessen gibt, die sich organisieren lassen bzw. organisiert sind

und solche, deren Organisation schwierig ist und die nicht oder weitgehend nicht organisiert sind. Dies muß dazu führen, daß nicht alle Interessen, sondern nur bestimmte vertreten werden. In Österreich sind es in der Regel aber auch keineswegs alle organisierten Interessenvertretungen, die bei sehr weitreichenden Entscheidungen beteiligt zu werden pflegen, sondern lediglich die Interessenvertretungen der Arbeiter und Angestellten, der gewerblichen Wirtschaft und der Landwirtschaft. Dies führt dazu, daß Interessen anderer Gruppen — auch organisierter Gruppen — nicht repräsentiert sind. Dies erscheint besonders bedenklich, wenn solche Repräsentanten von Interessenvertretungen allein entscheiden, ist aber auch bedenklich, wenn sie zusammen mit Organen der Verwaltung zu entscheiden haben. Dabei ist zu betonen, daß es sich bei den — weitgehend wirtschaftlichen — Entscheidungen, die von solchen Gremien zu treffen sind, keineswegs um solche handelt, die nur die Interessen der repräsentierten Gruppen berühren. Dies zeigt sich insbes. daran, daß die Konsumenten in diesen Gremien nicht eigentlich repräsentiert sind. Ihre Belange mögen weitgehend von den Vertretern der Dienstnehmer geltend gemacht werden. Aber eine genaue Betrachtung zeigt die Grenzen der Belastbarkeit dieses Systems: So z. B. wenn die Interessen der Arbeitnehmer (etwa einer bestimmten Sparte) mit den allgemeinen Konsumenteninteressen kollidieren oder wenn die Vertreter der Landwirtschaft sich in gewissen Fällen stärker ihrer Rolle als Konsumenten denn als Produzenten bewußt werden.

2. Die grundsätzliche Frage, die sich hier stellt, ist jene nach der *Legitimation* dieser — nicht alle Interessen repräsentierender — Organe. Wie kann — so muß man fragen — in einem demokratisch verfaßten Staat angenommen werden, daß die Entscheidung großer Interessenvertretungen oder der wesentliche Einfluß auf sie die legitime Entscheidung ist bzw. herbeiführt. Vom Prinzip der Demokratie her ist eine Bejahung dieser Frage nicht zu gewinnen. Aber auch von einem stände- oder verbandsstaatlichen System her müßte wohl die Repräsentanz aller Interessen verlangt werden. Ein — zugegebenermaßen grobes — Zahlenbeispiel möge dies verdeutlichen: Von den etwa 5 Millionen wahlberechtigten Österreichern sind nur ca. 3 Millionen Mitglieder der drei großen Interessenvertretungen, die regelmäßig in die Entscheidungsvorgänge eingeschaltet sind. Damit zeigt sich, daß die demokratisch verfaßte Republik Österreich einfachgesetzlich sich einer Art von elitärem Verbände- und Kammerstaat angenähert hat. Die Entwicklung hat sich nicht geplant vollzogen, sondern ist allmählich vorangeschritten. Als

ihr Erfolg wird die Herstellung einer gewissen Ordnung in den Auseinandersetzungen im wirtschaftlichen Bereich, die Etablierung der sogenannten Sozialpartnerschaft angesehen. Diese Stabilität ist zweifellos gegeben. Zu wenig berücksichtigt erscheint allerdings, wer die Kosten dafür bezahlt hat. Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß es die nicht entsprechend repräsentierten Gruppen gewesen sind.

Allerdings könnte es sein, daß die Partizipationsproblematik bisher in Österreich deshalb politisch nicht in so heftiger Weise hervortrat als in anderen Ländern, weil diese immerhin weitreichende und nach außen deutlich in Erscheinung tretende Interessenrepräsentation der großen Gruppen bei vielen den Eindruck erweckte, daß ihre Vertretung gesichert sei. Das kann freilich nichts daran ändern, daß die eingetretene Wandlung des Verfassungsgefüges ohne entsprechende Verfassungsänderung von einem auf Rechtsklarheit bedachten Standpunkt abgelehnt werden muß.

X. Die Partizipation von Sachverständigen

Man kann es auch als eine Art von Partizipation bezeichnen, wenn (private) Sachverständige als mitentscheidende Mitglieder einer kollegialen Behörde herangezogen werden, wie dies z. B. bei verschiedenen Grundverkehrskommissionen der Fall ist.

Da der Sachverständige — kraft der für ihn kennzeichnenden Sach-, nicht Rechtskenntnis — zwar auf dem Sektor der Sachverhaltsfeststellung, nicht aber der Rechtsanwendung eine spezifische Kompetenz hat und auch nicht einzusehen ist, was ihn zur Ermessensübung legitimiert, erscheint fraglich, was diese Metamorphose der Sachverständigenposition rechtfertigen kann. Es gibt keine zwingenden Gründe, den Sachverständigen aus der ihm gemäßen Rolle eines Gehilfen der Behörde bei der von ihr vorzunehmenden Sachverhaltsfeststellung in die Funktion eines *Mitentscheidenden* zu berufen.

Es mag ein naiver Glaube an die Allmacht des „Sachverständigen“ sein, der die Grenze zwischen der Sachlage — dem Sein — und der Rechtsfolge — dem Sollen — übersieht, und dabei den Sachverständigen in eine ihm nicht gemäße Aufgabe drängt.

XI. Abschließende Bemerkungen

1. Der Ruf nach Partizipation an der Verwaltungsentscheidung erscheint nicht unverständlich und unter demokratischen Aspekten — insbes. in Hinsicht auf Ermessensübung — zum Teil legitim. Allerdings darf die Partizipation nicht durch eine unkritische Berufung auf das demokratische Prinzip gefordert

werden. Denn der moderne Staat beruht auf einer Kombination von Prinzipien, von welchen das Rechtsstaatsprinzip einer Demokratisierung und damit Partizipation entgegenstehen kann. Partizipation kann daher nur in Grenzen — insbes. in kleineren Bereichen (Gemeinde) — verwirklicht werden.

2. Die Situation in Österreich zeigt eine starke *Partizipation von Verbänden und Kammern*, die verfassungsrechtlich bedenklich ist und jedenfalls von den Formen der Partizipation gewisser Verbände (Kammern) in den Behörden in solche möglichst aller betroffenen Kreise vor den Behörden verwandelt werden soll. Es wäre möglich, daß die Vielfalt dieser Partizipationen Bestrebungen, wie sie andererseits in größerer Intensität zu sehen sind, nicht in gleicher Weise entstehen ließen.

3. Politische Forderungen — auch die nach Partizipation — haben stets die Tendenz zur Überspitzung in sich. Es ist Aufgabe rationaler Überlegung, ihren Gehalt zu prüfen und zu versuchen, sie mit dem Gesamtsystem der politischen Gemeinschaft zu konfrontieren. Es ist Aufgabe der Staatsrechtslehre, jene normativen Denkansätze zu liefern, die auch von einer ihrer Grenzen bewußten Soziologie benötigt werden und welche die politische Partizipation zu den weiteren Elementen des Systems in Bezug setzt, um zur Erkenntnis beizutragen, „welche Funktion unterschiedlichen Grades der politischen Partizipation“⁴³⁾ — auch der Partizipation an Verwaltungsentscheidungen — zukommt.

⁴³⁾ So Steiner, Bürger und Politik, Empirisch-theoretische Befunde über die Partizipation der Bürger in Demokratien unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, 1969.

Leitsätze des Berichterstatters über:

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

I.

1. Die Problematik der Partizipation kann noch keinen klaren Bezugspunkt in der Staatsrechtslehre aufweisen, betrifft vielmehr eine Reihe von Problemen (Demokratisches Prinzip, Stellung der Parteien und Verbände im Staat, Verhältnis Gesetzgebung-Verwaltung, Parteistellung im Verwaltungsverfahren u. a. m.).

2. Die Partizipationsproblematik kann unter zwei Aspekten, einem stärker individualistisch-verfahrensrechtlichen und einem vorwiegend gesellschaftlich-organisationsrechtlichen betrachtet werden, deren gemeinsame Behandlung vertretbar erscheint.

3. Die Aktualität des vorliegenden Themas beruht darauf, daß Partizipation aus einer eingetretenen politischen Skepsis gegen die Staatsform der Demokratie gefordert wird; diese Unzufriedenheit ergibt sich aus der Spannung zwischen dem demokratischen Ideal und der Realität, bezüglich der Verwaltungsentscheidung auch aus dem Unbehagen des Bürgers im Verwaltungsstaat.

II.

1. Partizipation ist einerseits als die Befugnis Einzelner, an dem auf die Erzeugung von Verwaltungsentscheidungen gerichteten Verfahren teilzunehmen, zu verstehen, andererseits als Teilhabe der Allgemeinheit am Entscheidungsprozeß der Verwaltung. Die zur Teilnahme als Vertreter der Allgemeinheit berufenen Einzelnen stehen dabei den dauernd in den Willensbildungsprozeß der Verwaltung eingeschalteten Personen, insbes. den Berufsbeamten gegenüber.

Die Partizipation in der Verwaltung im Sinne einer Volksbeteiligung ist weniger entwickelt als die traditionelle Partizipation an der Gerichtsbarkeit (Geschworne, Schöffen). Auf Parallelen ist zu achten.

2. Die Partizipation kann rechtlich verschieden gestaltet sein (Anhörung, Beteiligung, Mitberatung, Mitentscheidung, Alleinentscheidung), was im Hinblick auf verschiedentlich sehr ver-

einfachende Forderungen nach „Mitbestimmung“ hervorgehoben werden muß.

3. Die Partizipation kann eine unmittelbare oder eine mittelbare, d. h. durch Repräsentanten oder Vertreter sein, wobei Volksvertreter und Gruppenvertreter (Interessenvertreter) zu unterscheiden sind.

4. Unter Verwaltungsentscheidung sollen alle hoheitlichen Akte der Verwaltung verstanden werden, da die Partizipation im Bereiche der Privatwirtschaftsverwaltung spezifische Probleme (z. B. der betrieblichen Mitbestimmung) aufweist. Die — bei der Beurteilung der Partizipation zu beachtenden — Anforderungen an die Verwaltungsentscheidung sind die der richtigen Tatsachenfeststellung, der zutreffenden Rechtsanwendung und der zweckmäßigen Ermessensübung.

III.

Bezüglich der Tatsachenfeststellung und der Rechtsanwendung ist der Berufsbeamte den Partizipanten wegen seiner Sach- und Rechtskenntnis und seiner relativen Neutralität vorzuziehen. In diesen Sektoren einer Verwaltungsentscheidung ist auch gegen seine demokratische Legitimation — sie ergibt sich aus der — rechtsstaatlich erwünschten — präzisen Durchführung der demokratisch erzeugten Gesetze — nichts einzuwenden. Die Problematik seiner Legitimation liegt im Ermessensbereich. Wird die Bürokratie nicht als eigene legitime „Gewalt“ im Staate angesehen, so ist der Ermessensbereich als legitimer Ort der Demokratisierung — allenfalls durch Partizipation — anzusehen. Es muß allerdings abgewogen werden, wo der gesicherten Rechtsanwendung vor der Verwirklichung der demokratischen Legitimität der Ermessensübung der Vorzug zu geben ist.

Die angestellte Erwägung wird durch die festzustellende Ansiedlung von Partizipation bei Ermessensentscheidung unterstrichen.

Die Forderung nach stärkerer Partizipation im Bereiche der Verwaltung würde verstärkt durch eine Ausweitung der freien Bereiche der Verwaltung. Dagegen spricht das rechtsstaatliche Prinzip.

IV.

1. Die österr. Verfassung sieht allgemein die Möglichkeit der Partizipation durch gewählte Organe vor (Art. 20 Abs. 1 B-VG). Als besondere Fälle sind die Absetzung des Bundespräsidenten durch das Bundesvolk (Art. 60 Abs. 6 B-VG), die Besetzung der Wahlbehörden (Art. 26 Abs. 6 B-VG) und der

Schulbehörden (Art. 81 a B-VG) hervorzuheben und ist auf die dem Landesgesetzgeber eingeräumte Möglichkeit der Einrichtung von Partizipation insbes. im Bereiche der Gemeinden (Art. 117 Abs. 1 B-VG) hinzuweisen.

2. Die einfachgesetzliche Rechtslage sieht vor:

- a) Die Teilnahme Einzelner als Parteien (insbes. § 8 AVG);
- b) Die Teilnahme von Gruppenrepräsentanten als Parteien bzw. Anhörungsberechtigte;
- c) Die Teilnahme des Volkes, insbes. im Gemeindebereich durch „Volksbefragung“, „Gemeindeversammlung“ und „Volksentscheid“;
- d) Die Teilnahme von Parteienvertretern bei den Wahl- und Schulbehörden;
- e) Die Teilnahme von Interessenvertretern in einer großen Zahl von Organen, insbes. in der Wirtschaftsverwaltung;
- f) Die Teilnahme von Sachverständigen als mitberatende oder mitentscheidende Organe.

V.

Die rechtspolitische Problematik der individuellen Partizipation liegt in der zutreffenden Abgrenzung der Interessierten und der Einräumung von Positionen an Partei und Behörde, daß erstere zwar in der Lage ist, ihre Rechte und Interessen geltend zu machen, ohne aber die Behörde am Rechtsvollzug oder an der Wahrnehmung der allgemeinen Interessen behindern zu können.

VI.

Ähnlich ist die rechtspolitische Problematik der Partizipation von Gruppenvertretern als Parteien. Sie liegt vor allem in der Sicherung einer möglichst gleichgewichtigen Vertretung der relevanten Interessen und der Sicherung der Effektivität der behördlichen Tätigkeit.

VII.

Die rechtspolitische Problematik einer unmittelbaren Partizipation des Gesamtvolkes (oder eines Teiles) liegt abgesehen von der allgemeinen Partizipationsproblematik vor allem in technischen Schwierigkeiten. Die österr. Erfahrungen auf diesem Sektor gestatten noch keine abschließende Würdigung der insbes. im Gemeinderecht bestehenden Einrichtungen.

VIII.

Die Partizipation durch ausgeloste Repräsentanten des Volkes — ähnlich den Schöffen — ist in gewissen Fällen (weitgehendere Ermessensübung, weittragende Bedeutung der Entscheidung) in eingeschränkten Formen (insbes. nicht alleinige

Entscheidung) zu erwägen. Die Partizipation durch gewählte Repräsentanten führt im Parteienstaat notwendigerweise zu einer Repräsentanz durch Parteienvertreter und beschwört die Gefahr einer Verpolitisierung der Verwaltung (im Sinne einer unzulässigen Ausdehnung des Bereiches legitimer politischer Entscheidungen) herbei.

IX.

Die — im österr. Recht weitverbreitete — Partizipation von Interessenvertretern unterhöhlt — in weithin verfassungswidriger Weise — den demokratischen Rechtsstaat in Richtung eines Verbände- und Kammerstaates mit elitären Zügen (da nur gewisse Kammern, bzw. Interessenvertretungen herangezogen werden). Sie führt zu einer Metamorphose der Interessenvertretung, da diese nicht mehr Interessen vor Behörden vertritt, sondern entscheidet.

X.

Die Partizipation von Sachverständigen ist als systematisch verfehlt abzulehnen.

XI.

Der Ruf nach Partizipation ist verständlich und unter demokratischen Aspekten — in gewissem Ausmaß — legitim. Es darf allerdings zu keiner Gefährdung des zentralen demokratischen Willens durch die demokratische Willensbildung in kleineren Gemeinschaften kommen. Dasselbe erfordert auch die Bewahrung des rechtsstaatlichen Prinzips.

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

2. Mitbericht von Professor Dr. Walter *Schmitt Glaeser*,
Marburg/Lahn*)

Gliederung

	Seite
Einleitung	180
ERSTER TEIL: Bestandsaufnahme und Problemeingrenzung	183
A) Partizipation	183
B) Verwaltungsentscheidung	193
ZWEITER TEIL: Verfassungs- und verwaltungstheoretische Grundfragen der Partizipation	197
A) Partizipation als funktionales Phänomen	197
B) Partizipation als Verwaltungsfunktion und ihr Bezug zur Verfassung	199
DRITTER TEIL: Möglichkeiten und Grenzen verfassungs- und verwaltungsgerechter Partizipation	209
A) Partizipationsmodelle	209
1. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Demokratiegebot	209
I. Die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes	209
II. Legitimation durch Partizipation	214
III. Partizipation und Demokratieprinzip	221
2. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Rechtsstaatsgebot	240
I. Die Rechtsstaatskonzeption des Grundgesetzes	240
II. Partizipation und Rechtsstaatsprinzip	243
3. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Sozialstaatsgebot	249
I. Die Sozialstaatskonzeption des Grundgesetzes	249
II. Partizipation und Sozialstaatsprinzip	252
B) Zuordnung der Modelle	257

*) Für Hilfe bei der Materialsammlung, für Anregung und Kritik danke ich den Wissenschaftlichen Assistenten *Werner Hanisch* und *Andreas Hartisch*. — Die in eckige Klammern gesetzten Passagen wurden aus Zeitgründen nicht vorgetragen.

EINLEITUNG

Partizipation scheint ein heuristischer Begriff zu sein¹⁾. Im Bereich der Staatsideenlehre angesiedelt, dem Gedanken „politischer Selbstverwaltung“ verwandt²⁾, entspricht sein Zielbild als spezifisch *politischer Kampfbegriff* praktisch weitgehend dem der „Demokratisierung“, einem Wort, in dem *Wilhelm Hennis*³⁾ den „Generaltenor aller Ansprüche auf Veränderung der uns umgebenden gesellschaftlichen Welt“ auf seine kürzeste Formel gebracht sieht. Dahinter steht die viel beklagte, inzwischen fast schon zum negativen Selbstverständnis hochstilisierte demokratische Unterernährung unseres Gemeinwesens⁴⁾. Das neue Rezept ist das alte Konzept von der direkten

¹⁾ Ähnlichkeiten zeigen sich hier zum Begriff der „Daseinsvorsorge“. Vgl. etwa *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (1966), S. 342: „... 'Daseinsvorsorge' als Leitbegriff, unter den sich die gesamten Leistungsverhältnisse der Verwaltung zusammenfassen lassen ...“. Vgl. auch *Fischerhof*, DÖV 1957, 313 („politisches Leitziel“); *ders.*, DÖV 1960, 42; *Maunz*, VerwArch. 50 (1959), 319.

²⁾ Vgl. auch *Thieme*, in: Recht und Politik, Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik, 1972, S. 68, 69. — Auch der Begriff der Selbstverwaltung (als Restbestand der sehr viel weiter angelegten Idee des selfgovernment) taucht zunächst als „politischer Kampftruf“ auf (*Gönnenwein*, Bürgerverantwortung in der geschichtlichen Entwicklung, in: Bürgerverantwortung in der Gemeinde [1952], S. 21 ff. [29]) Vgl. *ders.*, Gemeinderecht (1963), S. 10, 13; *Heffter*, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert (1950), S. 7; *E. Becker*, Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Bd. (1956), S. 62 ff. (91).

³⁾ Demokratisierung. Zur Problematik eines Begriffs, in: *Lehmbruch u. a.* (Hrsg.), Demokratisches System und politische Praxis der Bundesrepublik (1971), S. 68. Vgl. auch *A. Gehlen*, Demokratisierung, in: Demokratie und Verwaltung (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 50), 1972, S. 179 ff. und *Blümel*, „Demokratisierung der Planung“ oder rechtsstaatliche Planung, in: Festschr. f. *Forsthoff* (1972), S. 9 ff. (10 ff. m. w. N.).

⁴⁾ Die Argumente sind bekannt und sie brauchen hier nicht erneut aufbereitet zu werden. Verunsicherung des Individuums durch wachsende Komplexität und Undurchschaubarkeit der Entscheidungsprozesse, fortschreitende „Entmachtung“ des Parlaments, mehr oder minder dolose Überakzentuierung von Sachzwängen, Unfähigkeit der Parteien als Instrument sozialer Integration, das sind einige von ihnen. Aus der kaum mehr überschaubaren Literatur sei herausgegriffen: *C. Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 4. Aufl. (1969); *Loewenberg*, Parlamentarismus im politischen System der Bundesrepublik Deutschland (1969); *Agnoli*, Die Transformation der Demokratie, in: *Agnoli/Brückner* (Hrsg.), Die Transformation der Demokratie (1968), S. 7 ff.; *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 4. Aufl. (1969),

Demokratie. Partizipation soll die „Formaldemokratie“ des Grundgesetzes überwinden oder doch wenigstens „demokratischer“ machen⁵⁾. Soziologen und Politologen verspüren hier besonderen Tatendrang und es stört die allgemeine *Partizipationseuphorie* wenig, daß die Bemühungen um eine wissenschaftlichen Anforderungen genügende Begründung in keinem Verhältnis zum Ausmaß der Partizipationsforderungen stehen⁶⁾. Quantität ersetzt Qualität, die empfohlenen Partizipationsstrategien sind kaum mehr überschaubar. Sie reichen vom Plebiszit über soziale Subsysteme, Direktkontakt zum Entscheidungsträger, Gegenexperten, Ombudsman, Informationshilfe, bis zur

insbes. S. 223 ff.; *Hennis*, Zur Rechtfertigung und Kritik der Bundestagsarbeit, in: *Festschr. f. A. Arndt* (1969), S. 147 ff.; *Kremendahl*, Parlamentarismus und marxistische Kritik, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung „Das Parlament“, B 32/72; *Steffani* (Hrsg.), Parlamentarismus ohne Transparenz, Kritik Bd. III (1971); *L. Romain/G. Schwarz* (Hrsg.), Abschied von der autoritären Demokratie? (1970); *Partizipation. Aspekte politischer Kultur* (1970), mit Beiträgen von v. *Pufendorf u. a.* (z. B. *Eckert*, S. 33: Unrealisierbarkeit des klassischen und Kritik am „realistischen“ Demokratiemodell als Grund für Partizipationsforderungen); *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 152 f.; v. *Schrötter*, Die Verwaltung 1971, 128, 148. — Die Frage nach der Partizipation gerät hier immer wieder zur Gretchenfrage der Demokratie und der Freiheit überhaupt. Vgl. statt vieler *Ellwein/Zoll*, in: *G. Zimpel* (Hrsg.), Der beschäftigte Mensch (1970), S. 7: „Ob politische Teilnahme zureichend möglich ist, entscheidet darüber, ob sich ein Gemeinwesen als demokratisch bezeichnen läßt“.

⁵⁾ *O. Stammer*, Politische Soziologie, in: *A. Gehlen/Schelsky* (Hrsg.), Soziologie. Ein Lehr- und Handbuch zur modernen Gesellschaftskunde (1955), S. 277 ff. Vgl. etwa auch *Naschold*, Organisation und Demokratie, 2. Aufl. (1971), z. B. S. 19 („Der Mittel- wie Zweckcharakter der politischen Beteiligung kann als durchgängiges Kennzeichen der direkten Demokratietheorie angesehen werden“) und S. 50 f.; *Habermas*, in: *ders. u. a.* (Hrsg.), Student und Politik (1969), S. 13 ff. (15 ff.). — Gegen den Vorwurf „Formaldemokratie“ grundsätzlich überzeugend v. *Simson*, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (9).

⁶⁾ Gewöhnlich bemüht man sich nicht einmal um eine differenzierte Begriffsklärung, sondern begnügt sich mit der Übersetzung in „(politische) Teilhabe“ und der Abgrenzung gegenüber dem engeren Begriff der „Mitbestimmung“. So z. B. v. *Pufendorf*, in: *Partizipation*, a. a. O. (Anm. 4), S. 5 f. Den Versuch einer Definition unternimmt dagegen *Steffani*, Parlamentarische Demokratie — Zur Problematik von Effizienz, Transparenz und Partizipation, in *ders.*, a. a. O. (Anm. 4), S. 17 ff. (20). Interessant *G. Zimpel*, in: *Görlitz* (Hrsg.), Handlexikon zur Politikwissenschaft (1970), Stichwort: „Politische Beteiligung“, S. 310. Partizipation ist danach zu einem „Zentralbegriff der neueren politischen Soziologie und Politikwissenschaft“ geworden; zugleich lasse er „sehr verschiedene Deutungen zu, die je nach dem Forschungsinteresse (!) des Autors und dem gewählten theoretischen Bezugsrahmen differieren“. Diese Ausführungen bedürfen keines Kommentars! — Die Unschärfe des Begriffs kritisiert auch *Blümel*, a. a. O. (Anm. 3), S. 21.

Bürgerinitiative und der Politisierung der Frau und des Alltags⁷⁾. Hier vermischen sich Momente der Moral, der Ethik, der Tugend und der Pädagogik mit strukturellen Elementen der politischen Ordnung, und diese Mixtur hat ihre messianischen Züge⁸⁾. Selbst über den therapeutischen Wert politischer Teilnahme wird reflektiert und Partizipation als Möglichkeit zur „Sublimierung und Kanalisierung blockierter sexueller Streben“ empfohlen⁹⁾.

Dies alles darf nicht dazu verleiten, Partizipation kurzerhand als modische Verwirrung oder auch gefährliche Verirrung abzutun. Hinter all' dem steckt ein strukturelles Problem nicht nur des Verständnisses der Demokratie¹⁰⁾, sondern unserer ganzen Verfassung¹¹⁾. Wir haben Grund, das Problem ernst zu nehmen.

Diese Untersuchung stellt die Frage nach einer Partizipation, die von unserer verfassungsrechtlichen Grundordnung gefordert, gefördert, ermöglicht, geduldet oder auch verboten wird. Es geht um *grundgesetzverwirklichende Partizipation* mit Spezifizierung auf *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*. Unter dieser Perspektive haben wir zunächst die Verfassung, die einfach-gesetzliche Rechtsordnung, die Verwaltungsrichtlinien und die Verwaltungswirklichkeit auf Partizipationsformen, -aussagen und -bilder zu befragen. Sodann geht es um Fortentwicklung: grundgesetzverwirklichende Partizipation ist

⁷⁾ Vgl. Dienel, Die Verwaltung 1971, 156 ff.; ders., Techniken bürgerschaftlicher Beteiligung an Planungsprozessen, in: Partizipation, a. a. O. (Anm. 4), S. 144 ff.; H.-E. Bahr, Öffentlichkeit und Partizipation, ebenda, S. 92 ff.; Jungk, Beteiligung der Bürger heute und morgen, ebenda, S. 62 ff.; Th. Schiller, Parteien und Bürgerinitiativen, ebenda, S. 114 ff.; Minssen, Die Arbeitsgemeinschaft für Bürgerinitiative, ebenda, S. 168 ff.; Eckert, Politische Partizipation und Bürgerinitiative, ebenda, S. 30 ff.; R. E. Lane, Über den therapeutischen Wert politischer Teilnahme, in: G. Zimpel (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 4), S. 209 ff. (218 ff.); U. Hansen, Die Institution des Ombudsmans (1972); Naschold, a. a. O. (Anm. 5).

⁸⁾ Vgl. etwa R. E. Lane, a. a. O. (Anm. 7), S. 192 ff.; R. J. Pranger, Bürgerschaft als Teilnahme, ebenda, S. 233 ff. (238); v. Pufendorf, in: Partizipation, a. a. O. (Anm. 4), S. 6 („Gewissen für das Ganze“ als Voraussetzung der Partizipation); Th. Schiller, a. a. O. (Anm. 7), S. 118 (Bürgerinitiative als „praktische Demokratiepädagogik“). — Zum moralischen Demokratiebegriff: Hättich, Demokratie als Herrschaftsordnung (1967), S. 55 ff.

⁹⁾ So R. E. Lane, a. a. O. (Anm. 7), S. 216.

¹⁰⁾ Hans H. Rupp, NJW 1972, 1537.

¹¹⁾ Die dabei nicht selten negiert (z. B. von Naschold, a. a. O. [Anm. 5]) und häufig attackiert wird und insgesamt „überwunden“ werden soll (vgl. etwa Altvater, Die Mitbestimmung — ein Herrschaftsinstrument, in: L. Romain/G. Schwarz, a. a. O. [Anm. 4], S. 147 ff.).

nicht nur ein verfassungsrechtliches, sondern ebenso ein verfassungspolitisches Problem.

ERSTER TEIL:

Bestandsaufnahme und Problemeingrenzung

A) Partizipation

I. Das Grundgesetz als notwendiger Ausgangspunkt einer Bestandsaufnahme bietet vom Wortlaut her wenig Ansatzmöglichkeiten. *Ausdrücklich* ist von Partizipation, von „Teilhabe“, „Mitwirkung“, „Mitbestimmung“ an *Verwaltungsentscheidungen* nicht die Rede¹²⁾. Immerhin ermöglichen Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 Satz 3 und Art. 16 Abs. 1 Satz 2 Beteiligungen von Bürgern als negative Voraussetzungen für bestimmte Verwaltungsagenden. Darüber hinaus liefert z. B. Art. 50 im Verhältnis Bund/Länder den Rahmen für verschiedene Partizipationsarten: für Gesetzesinitiativen, Zustimmungen und andere Beteiligungen an Gesetzgebung und Verwaltung¹³⁾. Art. 103 Abs. 1 gibt einen Anspruch auf rechtliches Gehör vor den Gerichten¹⁴⁾.

Partizipation als Element politischer Ordnungsstruktur ist also dem Grundgesetz jedenfalls nicht fremd. Die *Verfassungen der Länder* enthalten sogar *ausdrückliche* Regelungen. So heißt es z. B. in Art. 56 der Hamburgischen Verfassung: „Das Volk ist zur Mitwirkung an der Verwaltung berufen. Die Mitwirkung geschieht insbesondere durch die ehrenamtlich tätigen Mitglieder der Verwaltungsbehörden ...“¹⁵⁾. Ein differenziertes Bild aber läßt sich erst an Hand der *unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung* gewinnen.

1. Die Partizipationsformen können danach in eine *Intensitätsabstufung* gebracht und so vom Inhalt her strukturiert wer-

¹²⁾ Weil das Grundgesetz das Wort „Partizipation“ nicht gebraucht und der Begriff auch im übrigen (noch) nicht Bestandteil der Gesetzessprache geworden ist, hat die Bestandsaufnahme zweifellos etwas *Willkürliches* an sich. Behutsames Vortasten ist daher notwendig. Die im Text vorgenommene Gleichsetzung von Partizipation und „Teilhabe“ etc. scheint mir eine vertretbare Ausgangsbasis zu sein. — Blümel (a. a. O., Anm. 3, S. 19 ff.) will die „Modelformel“ Partizipation überhaupt vermeiden.

¹³⁾ Ausführlich dazu Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Bd. I (1971), RdNr. 12 ff. zu Art. 50. Vgl. außerdem die Regelungen in Art. 91 a und b GG.

¹⁴⁾ Auch in Art. 21 Abs. 1 Satz 1 ist *expressis verbis* von Mitwirkung die Rede. Sie ist jedoch auf die politische Willensbildung des Volkes (!) gerichtet.

¹⁵⁾ Ähnliche Bestimmungen enthalten: Art. 17 LVerf. Berlin; Art. 70, Art. 39 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 LVerf. Rheinland-Pfalz; Art. 38 Abs. 3, Art. 60 Abs. 1 LVerf. Hessen; Art. 26, Art. 10 Abs. 2 LVerf. Nordrh.-Westfalen; Art. 17 Abs. 4 LVerf. Baden-Württemberg.

den. Im wesentlichen handelt es sich um Partizipationen in Form der *Mitwirkung* und *Mitentscheidung*.

Die dem Öffentlichkeitsprinzip zuzurechnende *Beobachtung*¹⁶⁾ wird als eine passive Form der Beteiligung nicht zur Partizipation gerechnet. Sie ist vor allem ein Gegenbild zur Arkanverwaltung und ihr Akzent liegt mehr auf einer *Vorbereitung* zur Partizipation¹⁷⁾.

(1) *Mitwirkung* ist in vielen Spielarten denkbar; die wichtigsten sind Anhörung, Erörterung und Vorschlagsrecht.

Die *Anhörung* als Grundform der Mitwirkung ist in Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften besonders häufig anzutreffen. Sie bezieht sich auf Personen¹⁸⁾ und Behörden¹⁹⁾, auf Interessenvertreter und Sachverständige²⁰⁾. Steht bei ihr der Gewinn von Informationen im Vordergrund, so geht es

¹⁶⁾ Es gibt hier eine allgemeine Öffentlichkeit, z. B. die Öffentlichkeit der Gemeinderatssitzungen (s. etwa § 52 Abs. 1 HessGemO) sowie gewisse Publizitäts- und Auslegungspflichten (etwa nach § 5 Abs. 3 HessGemO oder §§ 2 Abs. 6, 12 Satz 1, 50 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 2, 69 Abs. 1 usw. BBauG) und eine besondere, genauer: organisationsinterne Öffentlichkeit, wie sie vor allem in Landesuniversitätsgesetzen vorgesehen ist (vgl. etwa § 9 Abs. 1 HessUnivG, § 48 Abs. 1 Satz 1 SaarlUnivG; § 41 Abs. 1 S. 1 BerlUnivG).

¹⁷⁾ Die Vorbereitungsfunktion wird besonders deutlich an Hand der verschiedenen spezifischen Informationsrechte und -pflichten zwischen den Behörden (z. B. §§ 15 Abs. 2, 42 HessUnivG; §§ 17 Abs. 1, 50 Abs. 2, 59 S. 3, 100, 130 Abs. 2, 137 HessGemO; §§ 35 Abs. 3, 38 Abs. 2 StädtebauförderungsG) und vor allem zwischen Behörden und Bürgern (z. B. §§ 52 Abs. 2, 66 Abs. 2 HessGemO; §§ 6 Abs. 6, 71 Abs. 1, 83 Abs. 1, 133 Abs. 1 S. 3 und Abs. 4 S. 2, 143 Abs. 5 BBauG), wobei das Recht auf Akteneinsicht eine hervorragende Rolle spielt (s. etwa § 90 BBG; § 56 BRRG; § 75 BBauG).

¹⁸⁾ Siehe z. B. §§ 18 Abs. 2 S. 2, 21 Abs. 3 S. 5, 43 Abs. 2 S. 4, 44 Abs. 3 S. 4, 120 Abs. 2 S. 1, 151 Abs. 2 BBauG; §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3 S. 2, 28 Abs. 2 S. 2 BRAO; §§ 5 Abs. 3 S. 1, 43 Abs. 2 S. 2 HessUnivG; §§ 19 Abs. 3 S. 4, 24 Abs. 2 S. 2 StädtebauförderungsG. Ein Beispiel für die Verankerung von Anhörmöglichkeiten in Verwaltungsvorschriften gibt § 15 Abs. 2 BetriebsprüfungsO v. 23. 12. 1965 (BStBl. 1966 I, S. 47).

Abgesehen von diesen speziellen Regelungen besteht heute in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit darüber, daß der betroffene Bürger ganz allgemein ein Recht auf Anhörung im Verwaltungsverfahren hat. Begründet wird dieses Recht im wesentlichen mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit. Vgl. etwa VGH Bad.-Württ., VerwRspr. 2, S. 263; VGH Kassel, NJW 1956, 1940 m. zust. Anm. von Hamann; Haueisen, DVBl. 1962, 881 ff.; Ule/Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat (1964), S. 38 f. Vgl. nunmehr auch Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Aufl., mit Anhang „Münchener Fassung“ (erschieden bei Grote, 1968), § 21 Abs. 1 sowie Einzelbegründung, S. 123.

¹⁹⁾ Siehe z. B. § 5 Abs. 2 FlurBG; §§ 12 Abs. 1 S. 2, 31 Abs. 5 S. 1, 36 Abs. 3 HessUnivG; § 108 Abs. 2 BBauG; §§ 39 Abs. 2 S. 2, 45 Abs. 1 S. 3, 69 Abs. 2 S. 2 StädtebauförderungsG. Ein Beispiel der

bei der *Erörterung* zugleich um die Verarbeitung von Informationen im Wege des Gesprächs, ggf. auch eines Streitgesprächs über Rechts- und Tatsachenfragen²¹⁾. Praktisch sind Anhörung und Erörterung nur schwer zu trennen²²⁾. Beim *Vorschlagsrecht* schließlich handelt es sich meist um das Recht von Gruppen und Verbänden, Personen für bestimmte Tätigkeiten (insbesondere in Kollegialorganen) zu benennen²³⁾ oder sie als ihre Vertreter in Gremien zu entsenden²⁴⁾. Die Tätigkeit der Vertreter ist in der Regel faktisch mit einem imperativen Mandat verbunden²⁵⁾.

(2) *Mitentscheidung* wird, abgesehen von den zahlreichen Kooperationsformen staatlicher Organe²⁶⁾, vor allem Sachverständ-

Anhörung von Behörden nach Verwaltungsrichtlinien ist § 2 Abs. 4 der HessVO über Ausverkäufe und Räumungsverkäufe vom 30. 4. 1971 (GVBl. I, S. 105).

²⁰⁾ Siehe z. B. § 4 S. 1 HandelsklassenG; §§ 2 Abs. 2, 5 Abs. 2 Gesetz zum Schutz deutschen Kulturgutes gegen Abwanderung; § 5 Abs. 1 i. Verb. m. § 4 StatG; §§ 16 Abs. 3 S. 3, 24 Abs. 1 GewO; § 22 Abs. 2 S. 2 BVFG; §§ 137 ff. BBauG; § 2 des Verwaltungsabkommens über die Errichtung eines Wissenschaftsrats v. 5. 7. 1957 (GMBl. 1957, S. 553); § 3 a Abs. 2 VO über die Fürsorgepflicht i. d. F. v. 20. 8. 1953 (BGBl. I, S. 967).

²¹⁾ Vgl. *Schütz/Frohberg*, Bundesbaugesetz, Kommentar, 3. Aufl. (1970), Anm. 3 zu § 66. — Beispiele für Erörterung mit beteiligten Personen: §§ 66 Abs. 1, 109 Abs. 1 S. 1, 112 Abs. 1 BBauG; § 140 Abs. 6 LandesverwaltungsG Schleswig-Holstein; § 59 Abs. 6 EVw-VerfG 1963 (a. a. O., Anm. 18); § 14 Abs. 1 S. 1 u. 2 Betriebsprüfungsordnung v. 23. 12. 1965 (BStBl. 1966 I, S. 47). — Beispiele für Erörterung mit Interessenvertretern und Sachverständigen: § 58 BRRG; §§ 94, 98 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 BBG; § 62 Abs. 6 HessGemO; § 33 Abs. 2 HessLandkrO; § 40 Abs. 1 S. 4 Bad.-WürttGemO; § 42 Abs. 2 S. 1 Nordrh.-WestfGemO; Art. 18 Abs. 1 BayerGemO.

²²⁾ Das gilt nicht nur für die Fälle, in denen das Gesetz von „Stellungnahme“ (z. B. § 82 Abs. 1 S. 2 BBauG) oder von „Beratung“ (z. B. § 10 Abs. 8 S. 1 HessUnivG) spricht. Auch dort, wo expressis verbis Anhörung vorgesehen ist, wird in der Praxis meist ein Gespräch bzw. eine Erörterung stattfinden.

²³⁾ Siehe z. B. §§ 40 Abs. 1, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1 S. 1 HessUnivG; §§ 94 Abs. 2 S. 2, 107 Abs. 2, 164, 166 Abs. 1 und 2 BRAO.

²⁴⁾ Siehe z. B. §§ 15 Abs. 1 S. 3, 36 Abs. 2 S. 2 HessUnivG; § 6 PostVerwG; § 10 Abs. 2 BundesbahnG. Vgl. außerdem *Evers*, Der Staat 3 (1964), S. 49 m. w. Beispielen und Nachweisen.

²⁵⁾ Die in manchen Gesetzen (z. B. § 5 Abs. 3 S. 1 PostVerwG; § 10 Abs. 4 S. 2 BundesbahnG; § 10 GjS; § 50 Abs. 2 SaarlUnivG) ausdrücklich gewährleistete Unabhängigkeit der Vertreter ändert daran wenig. Vgl. dazu etwa *Dagtoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter (1964), S. 56 ff.; *Leibholz*, Strukturprobleme der modernen Demokratie (1958), S. 200 f.; *Evers*, Der Staat 3 (1964), S. 50. Jüngst hat *Dagtoglou* (DVBl. 1972, 715) darauf hingewiesen, daß ein „freies Mandat“ bei *Interessenvertretern* nicht nur praktisch illusorisch, sondern auch „rechtslogisch falsch“ wäre.

²⁶⁾ Hierher gehört z. B. die Genehmigung gemeindlicher Satzungen durch die staatliche Aufsichtsbehörde (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2

digen (Fachleuten) und Interessenvertretern als Mitgliedern von Kollegialorganen eingeräumt. Beispiele sind die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften (§ 9 GjS), der Verwaltungsrat von Post (§§ 5, 6 PostVerwG) und Bahn (§ 10 BundesbahnG), die verschiedenen Rundfunk- und Fernsehräte²⁷⁾. Im übrigen finden sich Formen mitentscheidender Teilhabe vornehmlich im innerorganisatorischen Bereich von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Das Schlagwort von der „Demokratisierung“ der Universitäten weist auf ein aktuelles Beispiel²⁸⁾.

[Abschließend sei noch bemerkt, daß die gesetzlichen Vorschriften nicht immer eindeutig auf inhaltlich ganz *bestimmte* Partizipationsformen abstellen. Gerade moderne Gesetze, so

HessGemO); die besonderen Genehmigungsvorbehalte in §§ 18 Abs. 1 S. 3, 94 Abs. 2, 107 Abs. 1, 110 Abs. 1 S. 2, 117 Abs. 1, 121 Abs. 1, 130 Abs. 3 HessGemO; das Einvernehmen zwischen den beteiligten Behörden nach dem BBauG (vgl. §§ 14 Abs. 2, 19 Abs. 4, 31 Abs. 1 und 2, 36 Abs. 1) und dem StädtebauförderungsgG (vgl. §§ 12 Abs. 2, 53 Abs. 2); die Abstimmung zwischen Universitätsorganen und die Zustimmungsvorbehalte übergeordneter Behörden (vgl. §§ 26 Abs. 1 und 2, 33 Abs. 3, 37 Abs. 3 HessUnivG; §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 BerlUnivG).

²⁷⁾ Vgl. z. B. § 14 Abs. 1 und 2 des Staatsvertrages über die Errichtung des „Zweiten Deutschen Fernsehens“ (GBl. Bad.-Württ. 1961, S. 217). Weitere Beispiele: § 25 Abs. 1 S. 1 G. über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr; § 5 Abs. 4 S. 1 GetreideG sowie §§ 8 Ziff. 9, 9 Abs. 1 der Mustersatzung in der 4. DVO zum GetreideG; §§ 12 Abs. 11, 14 Milch- u. FettG; § 62 Abs. 1 GüKG; § 7 Abs. 9 G. über die Lastenausgleichsbank v. 24. 10. 1954 (BGBl. I, S. 293); § 63 PersVertrG i. Verb. m. §§ 8 Abs. 2, 21 S. 2, 22 Abs. 2 S. 2, 41 Abs. 2 S. 1, 98 Abs. 1 Ziff. 3, 103 Abs. 2 BBG; § 5 Abs. 1 Absatzfondsgesetz v. 12. 6. 1972 (BGBl. I, S. 1022); § 72 Abs. 2 HessGemO.

²⁸⁾ Siehe z. B. §§ 14, 17, 24, 27, 32, 35 HessUnivG. Vgl. etwa auch § 1 Abs. 1 i. Verb. m. § 2 G. über die Selbstverwaltung auf dem Gebiet der Sozialversicherung. — Im „Außenverhältnis“ ist eine mitentscheidende Teilhabe von (betroffenen) Bürgern selten (vgl. aber z. B. § 5 Abs. 5 StädtebauförderungsgG; § 62 Abs. 2 EVwVerfG 1963, a. a. O. [Anm. 18]). In einem weiteren Sinne gehört hierher auch der *mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt* (allgemein dazu etwa H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 8. Aufl., § 48, S. 350 ff.); es geht hierbei um die Veranlassung (Antrag) oder Ermöglichung (Unterwerfung, vgl. § 56 Abs. 2 S. 1 OWiG) verwaltungsrechtlichen Tätigwerdens. Eine Teilhabe an der Entscheidung selbst findet nicht statt. Beim *öffentlich-rechtlichen Vertrag* (vgl. §§ 40 ff. EVwVerfG 1963) wird der Bürger zum Vertragspartner und dementsprechend sind seine Mitentscheidungsmöglichkeiten (Beispiel für gesetzliche Einzelregelung: § 13 Abs. 1 S. 2 StädtebauförderungsgG). Aber auch dabei handelt es sich nicht um Partizipation im eigentlichen Sinn. Der Bürger beteiligt sich nicht an einer Verwaltungsentscheidung, sondern anstelle einer Verwaltungsentscheidung wird ein Vertrag geschlossen.

z. B. das Städtebauförderungsgesetz und die Landesuniversitätengesetze, enthalten oft Partizipationsaussagen allgemeiner Art, die mehr den Charakter von Vorschlägen besitzen oder Zielbilder sind²⁹⁾.]

2. In der *Verwaltungswirklichkeit* finden sich vor allem Partizipationsformen der Anhörung und Erörterung. Im wesentlichen sind zwei Modalitäten anzutreffen:

(1) Die Initiative geht von der Verwaltung aus, indem sie ohne rechtliche Verpflichtung Bürger, Bürgergruppen oder Interessenverbände z. B. an der Planung bestimmter Objekte beteiligt, etwa durch die Institutionalisierung von Beiräten³⁰⁾.

(2) Die Initiative geht von den Bürgern aus und wird dann in irgendeiner Form von der Verwaltung aufgenommen. Ein Beispiel ist die Bürgerinitiative „Verändert die Schule — jetzt“ aus dem Jahre 1971 in Frankfurt a. M., die von der Stadt aufgegriffen wurde und zu einer Verkleinerung der Schulanfängerklassen und zusätzlicher Einstellung von Lehrern geführt hat³¹⁾.

[3. Das Phänomen der Partizipation findet sich auch im Europarecht. Vor allem im *EWG-Vertrag*³²⁾ sind zahlreiche Teilhabemöglichkeiten geregelt, die sich inhaltlich ebenso struktu-

²⁹⁾ Vgl. etwa §§ 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 S. 4, Abs. 7, 2 S. 1, 14 Abs. 1 S. 1 Städtebauförderungsg; § 4 Abs. 2 S. 1 u. 2 HessUnivG.

³⁰⁾ So hat z. B. die Stadt Marburg a. d. L. für das Objekt „Altstadtsanierung“ einen *Sanierungsbeirat* berufen, der weder im Städtebauförderungsg noch in der HessGemO vorgesehen ist. Neben Vertretern der Stadt gehören dem Beirat 17 Personen als Vertreter der verschiedensten Bereiche an (vgl. „Bürgerinformation Nr. 1 Altstadtsanierung“ [1972], hrsg. v. Magistrat der Stadt Marburg a. d. L. betr. der Sanierung nach dem Städtebauförderungsg, S. 24). Ein weiteres Beispiel ist die Bremer Aktion „Planen Sie mit“ (vgl. dazu: Die demokratische Gemeinde, 1971, Nr. 2, S. 167).

³¹⁾ Dazu *Hartlaub*, Bürgerinitiative, „Verändert die Schule — jetzt“, in: *Grossmann* (Hrsg.), Bürgerinitiativen, Schritte zur Veränderung? Fischer Taschenbuch Nr. 1233 (1971), S. 11 ff., insb. S. 25, 31. — Erwähnt sei hier auch die Initiative von Gruppen im sozialpolitischen Bereich, die ganz allgemein das politische Bewußtsein und die soziale Mitverantwortung der Bürger intensivieren wollen (vgl. dazu etwa *Saulheimer*, Die Aktion Gemeinsinn, in: Partizipation, a. a. O. [Anm. 4], S. 219 ff., insb. S. 222 f.). — Nicht nur der Vollständigkeit halber muß noch gesagt werden, daß sich die Partizipationswirklichkeit nicht selten jenseits der Legalität bewegt. Zuweilen wird — vor allem im Bereich der Universitäten — demokratisches Pathos auch zum Deckmantel eindeutiger Rechtswidrigkeiten. Boykotte und Vorlesungsstörungen gehören ebenso hierher wie die Blockade amtlicher Verkehrsmittel (vgl. dazu etwa *Jungk*, a. a. O. [Anm. 7], S. 64).

³²⁾ Vom 25. 3. 1957 (BGBl. II 1957, S. 753).

rieren lassen wie innerstaatliche Partizipation³³⁾. Durch institutionalisiertes Zusammenwirken der verschiedenen EWG-Organen und der Mitgliedstaaten wird eine umfassende Partizipation an dem Entscheidungsprozeß der Gemeinschaft im Hinblick auf eine supranationale Partnerschaft an Lenkungs- und Verteilungsaufgaben³⁴⁾ gewährleistet.]

II. Befragt man die in der Verwaltungsrechts- und Verwaltungswirklichkeit anzutreffenden Partizipationsregelungen nach der *Intention*, so werden im wesentlichen folgende Leitbilder deutlich³⁵⁾: Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung des Bürgers; Kontrolle und Verteilung von Herrschaft; Effektivierung der Sachrichtigkeit und Sicherung der Verbindlichkeit von Entscheidungen; Verstärkung des Rechtsschutzes der Betroffenen.

[So wird für die Partizipation in Form der *Mitwirkung* z. B. angeführt: Diese Art der Beteiligung bringe notwendige Information für die Verwaltungsbehörde; vor allem die Heranziehung von Sachverständigen, Interessenvertretern (die oft die besten Sachverständigen seien) und anderen Behörden erhöhe den Wissensstand und ermögliche damit sachrichtigere Entscheidungen³⁶⁾. Von Anhörung und Erörterung wird insbesondere

³³⁾ Eine *Mitwirkung* wird insbesondere durch vielfältige Anhörmöglichkeiten gewährleistet, die oft auch Erörterungscharakter besitzen. Beispiele: der Wirtschafts- und Sozialausschuß (Art. 193 S. 1) wird beratend angehört beim Erlaß von Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit (Art. 54 Abs. 2; siehe ferner: Art. 43 Abs. 2 S. 1, 49, 63 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 75 Abs. 1, 79 Abs. 3). Der Währungsausschuß wird gehört, wenn ein Staat Schutzmaßnahmen zum Funktionieren des Kapitalverkehrs erlassen will (Art. 73 Abs. 1 S. 1; vgl. außerdem Art. 71 Abs. 1 S. 3, 107 Abs. 2, 109 Abs. 3). Schließlich findet sich im EWG-Vertrag eine Anhörung der beteiligten Organe, hauptsächlich der Versammlung, bei Entscheidungen des Rats: Art. 7 Abs. 2, 14 Abs. 7, 56 Abs. 2, 57 Abs. 1, Abs. 2, 75 Abs. 1. Ein Vorschlagsrecht hat die Kommission der Gemeinschaft (als Voraussetzung für die Ratsentscheidung) z. B. im Hinblick auf den Erlaß erforderlicher Maßnahmen zur Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 49 S. 1). Siehe ferner: Art. 20 S. 3, 21 Abs. 2 S. 1, 25 Abs. 1, 51, 55 S. 2, 116 S. 2, 209. — Ein Recht auf *Mitentscheidung* wird den Mitgliedstaaten bei allen Maßnahmen zur Erfüllung der Vertragspflichten zugesichert (Art. 5 S. 1); vgl. z. B. Art. 38 Abs. 4, 103 Abs. 1, 158 S. 1.

³⁴⁾ Vgl. etwa Ipsen, Fusionsverfassung europäischer Gemeinschaften (1969); Bülck, Der Strukturwandel der internationalen Verwaltung (Recht und Staat, Heft 147 [1962], S. 7, 13); ders., Europäische Integration und demokratische Repräsentation, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 247 ff.

³⁵⁾ Grundsätzlich dazu schon Dagtoglou, a. a. O. (Anm. 25), S. 129 ff.

³⁶⁾ So insb. Dagtoglou, a. a. O. (Anm. 25), S. 130 ff. Vgl. außerdem etwa Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969), S. 213 f.;

Transparenz des Entscheidungsprozesses erwartet; in einem schon sehr frühen Stadium des Verfahrens könnten alle beteiligten Interessen festgestellt und dadurch ein maximaler Interessenausgleich bzw. ein für alle tragbares Ergebnis erzielt werden³⁷⁾. Damit würden dann nicht nur Rechtsbehelfsverfahren vermieden oder doch wenigstens auf wesentliche Fragen beschränkt³⁸⁾, sondern auch dem Betroffenen die Chance eröffnet, seine Rechte und Interessen geltend zu machen, bevor die Weichen gestellt seien³⁹⁾. Schließlich wird die durch die Mitwirkung des Bürgers gegebene engere Beziehung mit den staatlichen Instanzen hervorgehoben, die neben der dadurch ermöglichten Kontrolle es vor allem ausschließe, daß der Mensch zum Objekt eines Verfahrens werde⁴⁰⁾. Gleichzeitig erhöhe sich die Bereitschaft zur Hinnahme der Entscheidung⁴¹⁾.]

Diese Intentionen lassen sich zwanglos mit den *wichtigsten Grundprinzipien* unserer Verfassung synchronisieren. Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung des Bürgers gehören ebenso zum *Demokratiegebot* wie Kontrolle und Verteilung von Herrschaft⁴²⁾. Verstärkung des Rechtsschutzes ist dem Prinzip der *Rechtsstaatlichkeit* zuzurechnen⁴³⁾. Die Effektivierung der

Heitzer/Oestreicher, Bundesbaugesetz, Kommentar, 4. Aufl. (1970), Anm. 2 zu § 108 (S. 356).

³⁷⁾ Vgl. etwa Schütz/Frohberg, a. a. O. (Anm. 21), Anm. 3 zu § 66; Amtl. Begr. zum Entw. eines BBauG 1958 (BT-Drucks. III/336, S. 80); EVwVerfG 1963, a. a. O. (Anm. 18), S. 220 (Einzelbegründung). Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 1 Abs. 4 BBauG und Heitzer/Oestreicher, a. a. O. (Anm. 36), Anm. zu § 7 (S. 45) sowie P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 92 ff.

³⁸⁾ H.-G. König, DVBl. 1959, 189 ff.; Schütz/Frohberg, a. a. O. (Anm. 21), Anm. 6 ff. zu § 2 (S. 36 f.).

³⁹⁾ Besonders relevant ist dies im Bereich der Planung. Dazu statt vieler: Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in: Festgabe für Forsthoff (1967), S. 133 ff.

⁴⁰⁾ Dazu vor allem Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 92 zu Art. 103 I.

⁴¹⁾ Ule, Verwaltungsreform als Verfassungsvollzug, in: ders. u. a. (Hrsg.), Recht im Wandel (1965), S. 53 ff. (64); Dagtoglou, a. a. O. (Anm. 25), S. 125, 127 m. FN 30; Schlempp, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung (1969), Anm. I zu § 21 (S. 146).

⁴²⁾ Vgl. v. Heppe/E. Becker, Zweckvorstellungen und Organisationsformen, in: Morstein Marx (Hrsg.), Verwaltung. Eine einführende Darstellung (1965), S. 87 ff. (89); Schlempp, a. a. O. (Anm. 41), Anm. IV zu § 66 (S. 346); Allg. Begr. zum Entw. eines HessUnivG v. 18. 3. 1969 (Hess. Landtg. Drucks. VI/19999, S. 29); Ule, a. a. O. (Anm. 41), S. 64; Frentzel/Jäckel, Kommentar zum Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammer (1957), Anm. 6 zu § 3 (S. 109); Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze, Kommentar (15. Erg.-Lief. 1972), RdNr. 6 zu Art. 18 GO.

⁴³⁾ EVwVerfG 1963, a. a. O. (Anm. 18), S. 123, 127 (Einzelbegründung); Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 2, 263; VGH Kassel, NJW 1956,

Sachrichtigkeit und Sicherung der Verbindlichkeit von Entscheidungen muß beim *Sozialstaatsgrundsatz* angesiedelt werden⁴⁴⁾. Im Hinblick auf die Verteilung von Herrschaft und den Gedanken der Dekonzentration ist schließlich auch das *Bundesstaatsprinzip* von Bedeutung. [Der Bundesrat zum Beispiel ist eine Stätte der Partizipation; überhaupt könnte man das föderative System als ein Groß-Modell der Partizipation werten, das durch die Einführung der sog. Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a/b GG) noch eine besondere Akzentuierung erfuhr.]

Die Bestandsaufnahme bekräftigt damit den oben gewählten Ausgangspunkt einer grundgesetzverwirklichenden Partizipation und zugleich bestätigt sich auch, daß Partizipation ein *nicht nur demokratisches Phänomen* ist, wie dies selbst im rechtswissenschaftlichen Schrifttum überwiegend angenommen wird⁴⁵⁾.

III. Die Vorstellung von Partizipation gewinnt Konturen:

Es handelt sich um institutionalisierte Teilhabe an Verwaltungsentscheidungen in den Intensitätsstufen der Mitwirkung und Mitentscheidung mit verschiedenen Intentionen, die sich dogmatisch den wichtigsten Grundprinzipien der Verfassung einordnen lassen. Aktiv-legitimierte Träger der Partizipation sind staatliche Organe oder Bürger und Bürgergruppen. Dementsprechend kann zwischen *organschaftlicher* und *bürger-schaftlicher Partizipation* unterschieden werden⁴⁶⁾.

1940 m. zust. Anm. von Hamann; H.-G. König, DVBl. 1959, 190 f.; Hauelsen, DVBl. 1962, 881 ff.; Ule/Becker, a. a. O. (Anm. 18), S. 27 m. w. N.

⁴⁴⁾ Darin erschöpft sich freilich die Beziehung von Partizipation und Sozialstaat nicht. Die eigentliche Bedeutung für Partizipation gewinnt das Prinzip durch die in ihr angelegte Forderung nach sozialer Gerechtigkeit. Dazu unten DRITTER TEIL, A, 3. Modelle.

⁴⁵⁾ Vgl. etwa v. Simson, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (37); Kriele, ebenda, S. 46 ff. (65 ff.); Ossenbühl, ebenda, S. 137 ff. (148); Apel, Mitbestimmung. Grundlagen, Wege, Ziele (1969), S. 123 f.; Oberndorfer, DÖV 1972, 529 ff. Zu wenig differenziert insofern auch Mayntz, Funktionen der Beteiligung bei öffentlicher Planung, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 341 ff. Ganz auf Demokratie stellt auch Hans H. Rupp ab: NJW 1972, 1537 ff.; Kisker (DÖV 1972, 527 f.) spricht dagegen wenigstens kurz die mögliche sozialstaatliche Perspektive an; vgl. auch schon Reuss, in: Reuss/Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit (1960), S. 21. — Blümel (a. a. O., Anm. 3, S. 23 ff.) stellt (für den Bereich der Planung) einseitig auf den Rechtsschutz ab. — Für Soziologie und Politikwissenschaft ist der demokratische Bezug offenbar ein wesentliches Kriterium des Begriffs (participatory democracy). Statt vieler: G. Zimpel, a. a. O. (Anm. 6), S. 310 ff. Vgl. demgegenüber Hättich, a. a. O. (Anm. 8), S. 54 f.: „... sollte man es vermeiden, überall von

Der organschaftlichen Partizipation werde ich im folgenden nicht mehr weiter nachgehen. [Auszuklammern ist auch die Sachverständigen-Partizipation mit sozialstaatlicher Affinität⁴⁷⁾. Sie hat ihren Akzent auf der *Verwaltungshilfe* durch Private und gehört mehr in den Problemkreis der „Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private“, dem bereits in Speyer diskutierten Thema⁴⁸⁾.]

Hier geht es um bürgerschaftliche Partizipation; es geht gleichsam um die staatliche „Organsouveränität“⁴⁹⁾ gegenüber dem Bürger (dem „Privaten“, dem „Beherrschten“), es geht um die Frage, inwieweit der von einem Verwaltungsverfahren (rechtlich) Betroffene, aber auch der Nicht-Betroffene, der bloß Interessierte, zu einem am Verwaltungsverfahren Beteiligten werden kann.

Die an Hand der Bestandsaufnahme nachgewiesene grundsätzliche Anerkennung bürgerschaftlicher Partizipation durch unsere Rechtsordnung ist Ausdruck und Folge der Erkenntnis, daß das „Öffentliche“, das „öffentliche Wohl“, das „öffentliche Interesse“, die Gemeinwohlbindung und die Gemeinwohlverwirklichung als zentrales politisches Problem jeder staatlichen Gemeinschaft nicht (mehr) allein Sache des Staates, sondern auch (öffentliche) Aufgabe des Bürgers und der Bürgergruppen

Demokratie zu sprechen, wo irgendwelches Mitsprechen in sekundären oder tertiären Bereichen des Sozialgebildes gegeben ist.“

⁴⁶⁾ In Anlehnung an die Terminologie *Loewensteins* (Verfassungslehre, 2. Aufl. [1969], S. 167 ff.) umfaßt dabei die organschaftliche Partizipation sowohl die „Intra-“ wie auch die „Inter“-Organ-Teilhabe.

⁴⁷⁾ Sozialstaatliche Dimension hat diese Art der Partizipation insofern, als die Heranziehung sachverständiger Bürger dem Staat gesellschaftliche Ressourcen nutzbar macht und damit seine Leistungsfähigkeit steigert. Effizienz staatlicher Tätigkeit aber ist Voraussetzung des notwendig leistungsfähigen Sozialstaats. Vgl. dazu etwa *Dagtoglou*, a. a. O. (Anm. 25), S. 59 ff.; *Kölble*, Sachverstand und Verantwortung im Hinblick auf die Aufgabenkomplikation in der Ministerialverwaltung, in: Sachverstand und Verantwortung in der öffentlichen Verwaltung (Schriftenreihe d. Hochschule Speyer, Bd. 30, 1966), S. 27 ff., insb. S. 49 ff.; *Mayntz*, a. a. O. (Anm. 45), S. 341 ff., insb. S. 346 f.; *Naschold*, a. a. O. (Anm. 5), S. 18; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. (201); *P. Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (etwa S. 60 f.).

⁴⁸⁾ *Ossenbühl* und *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. bzw. S. 211 ff.; vgl. insb. *Ossenbühl*, ebenda, S. 147 f., 162, 181. — Ähnlich wie hier *Dagtoglou* (DVBl. 1972, 715), der freilich das Element „gesellschaftlicher Repräsentanz“ (BVerwG) zu wenig beachtet. Vgl. dazu unten DRITTER TEIL, A, III, 3, a. E.

⁴⁹⁾ Hier nicht im herkömmlichen Sinne gemeint! Vgl. dazu etwa jüngst *Herzog*, Allgemeine Staatslehre (1971), S. 238 ff. m. w. N.

ist⁵⁰). Weil die Frage danach, was Gemeinwohl im einzelnen bedeutet, hic et nunc immer offen ist⁵¹), stellt sich die „Gemeinwohlfrage als Kompetenzfrage“, als Frage „nach der Person oder Instanz, die es ‚kompetent‘ verwirklicht“⁵²). Ein Gemeinwohl aber, das weder vorgegeben, weder „dogmatisiert“ noch beim Staat monopolisiert ist, verlangt für seine inhaltliche Fixierung *Kompetenzpluralismus*, ein pluralistisches und damit ein *partizipatives Verfahren*. Umgekehrt ist der „*Pluralismus der Verfahren* . . . legitimierender Ausdruck und Konsequenz des Pluralismus der Gemeinwohlgesichtspunkte in der heutigen res publica“⁵³).

Bürgerschaftliche Partizipation wird damit zum Gegenbegriff staatlicher „Organsouveränität“ und pluralistisches Gemeinwohlverständnis zum Legitimationsgrund für Partizipation. Gleichzeitig liegt hierin die strukturelle Entscheidung für eine bestimmte politische Ordnung, in der Herrschaftsausübung und öffentliche Willensbildung pluralistisch verläuft, und zwar pluralistisch nicht nur in dem Sinne, daß Herrschaft „geteilt“ ist⁵⁴) und Willensbildung in Konkurrenz der Meinungen erfolgt, sondern darüber hinaus in dem spezifischen Sinne, daß an *staatlichen* Entscheidungsverfahren *nichtstaatliche* Beteiligte, also Bürger und Bürgergruppen partizipieren. Wir können hierfür den Begriff *bürgerschaftliche Partizipationsordnung* verwenden.

Es ist eine *unmittelbare Teilhabe*⁵⁵), und in dieser direkten, nicht über gewählte Volksvertreter vermittelten Einflußnahme

⁵⁰) Vgl. Leibholz und Winkler, VVDStRL 24 (1966), S. 5 ff. bzw. S. 34 ff.; W. Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in Festschr. für C. Schmitt (1959), S. 253 ff. (265); P. Häberle, a. a. O. (Anm. 37), z. B. S. 46, 49 ff., 52, 88, 101; v. Simson, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (28 f.). — Interessant hierzu auch Ryffel, Der demokratische Gedanke im politischen und im sozialen Bereich, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 191 ff.

⁵¹) Einen gewissen Grundstock an Konsens (Wertbasis) muß es freilich immer geben (vgl. W. Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 128 ff. m. w. N.) und in diesem Sinne ist dann auch das Gemeinwohl nie *absolut offen* (Hättich, a. a. O. [Anm. 8], S. 119 ff.; vgl. auch v. Simson, VVDStRL 29 [1971], S. 3 ff. [13 ff.] und Kisker, DÖV 1972, 522). Eine „Vorabbestimmung“ und Fixierung des Gemeinwohls par excellence ist Art. 79 Abs. 3 GG.

⁵²) P. Häberle, a. a. O. (Anm. 37), S. 468, 49; vgl. auch z. B. S. 88, 101, 209.

⁵³) P. Häberle, a. a. O. (Anm. 37), S. 499.

⁵⁴) Dazu etwa Loewenstein, a. a. O. (Anm. 46), S. 12 ff., 26 ff.

⁵⁵) Vgl. dazu auch K. König, Verwaltungsreform und Demokratiediskussion, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 288 f.; Mayntz, a. a. O. (Anm. 45), S. 341 f.; Dagoglou, DVBl. 1972, 713.

liegt das aktuelle, grundsätzlich aber keineswegs neue Problem. Die Verbindung zur Idee der „politischen Selbstverwaltung“ wird hier sehr deutlich⁵⁶⁾.

B) Verwaltungsentscheidung

Damit haben wir schon etwas vorgegriffen. Angesprochen ist aber nur der *Grundgedanke*, nicht das *Maß* oder das *Wie* bürgerschaftlicher Partizipation. Immerhin zeigt sich die Partizipation in ihrer formellen Bedeutung als Organisations- und Verfahrensphänomen sowie in ihrem *materiellen* Bezug auf eine Verwaltungstätigkeit, der es, wie allem staatlichen Tun, um Verwirklichung und Konkretisierung eines Gemeinwohls⁵⁷⁾ geht, das nicht von vornherein feststeht und dessen Erkennen durch zunehmende Interdependenz der Lebenssachverhalte zunehmend schwerer fällt.

Wir sind damit beim Problem der Verwaltungsentscheidung⁵⁸⁾ und ihrem Verhältnis zur Partizipation. Für die heute führenden sog. behavioristisch-rationale *Entscheidungstheorie*⁵⁹⁾ ist

⁵⁶⁾ Im Hinblick auf die „juristische“ Selbstverwaltung ist bürgerschaftliche Partizipation ein innerorganisatorisches Phänomen. Vgl. in diesem Zusammenhang *Bachof*, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (48 ff.). — Zur historischen Entwicklung des Partizipationsgedankens: *Rammstedt*, Zeitschr. f. Politik 1970, 343 ff.

⁵⁷⁾ Zum Gemeinwohl als Kennzeichen öffentlicher Verwaltung: *P. Häberle*, a. a. O. (Anm. 37), z. B. S. 453 ff., 713 f. Vgl. etwa auch *Morstein Marx*, Einführung in die Bürokratie. Eine vergleichende Untersuchung über das Beamtentum (1959), S. 221.

⁵⁸⁾ Verwaltungsentscheidung ist im übrigen auch dann „echte“ Entscheidung, wenn sie durch Verfassung und (einfaches) Gesetz mehr oder minder „vorprogrammiert“ ist. Vgl. dazu vor allem *Walter Schmidt*, AöR 96 (1971), 336 ff. Außerdem etwa *Morstein Marx*, Stand der Verwaltungswissenschaft, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltung, a. a. O. (Anm. 42), S. 34 ff. (36); *ders.*, Bürokratisierung und Leistungsordnung, ebenda, S. 69 ff. (78). Die Frage nach dem Maß der Vorprogrammierung gehört in den Problemkreis der Entscheidungssituation (*Naschold*, in: Staatslexikon, 9. Bd., 6. Aufl. [1969], Stichwort: „Entscheidungstheorie“, Sp. 700 ff. (703).

⁵⁹⁾ Grundlegend *Ch. F. Barnard*, The Functions of the Exekutive (Cambridge, Mass. 1938). Vgl. außerdem vor allem *H. A. Simon*, Das Verwaltungshandeln (1955); *ders.*, A Behavioral Model of Rational Choice, in: *Models of Man* (New York 1964); *J. G. March/Simon*, Organizations (New York 1965). Für den deutschsprachigen Raum siehe insb. *Luhmann*, etwa: Funktionen und Folgen formaler Organisationen (1964); *ders.*, Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf (1966). Vgl. außerdem *K. König*, Erkenntnisinteressen der Verwaltungswissenschaft (1970), S. 264 ff. m. w. N. — Allgemein zur Entscheidungstheorie *Heinen/Naschold*, in: Staatslexikon, 9. Bd., 6. Aufl. (1969), Stichwort: „Entscheidungstheorie“, Sp. 689 ff. mit Angabe grundlegender Lit. (Sp. 705 f.). Vgl. im übrigen die prägnante Zusammenfassung von *K. König*, a. a. O., S. 247 ff. — Zu den unterschiedlichen Entscheidungsbegriffen *Lund-*

die soeben angesprochene Problem- und Umweltkomplexität ein wesentlicher Überlegungsansatz. Verbunden mit der Einsicht in die Begrenztheit menschlicher Leistungs- und Entscheidungskapazität wird die Möglichkeit einer Kompensation in Prozessen des Lernens und Suchens⁶⁰⁾ sowie in einer arbeitsteiligen Kooperation gesehen⁶¹⁾, deren Organisation über Art und Intensität der Komplexitätsreduzierung entscheidet⁶²⁾. Unter diesen Voraussetzungen kann Entscheiden nur ein empirischer Prozeß sein, kein Willensakt, keine Art „innerer Ruck, den der Einzelne nach vorausgegangener Überlegung sich selbst gibt“⁶³⁾ und der in einer Betrachtungsweise punktueller Isolierung zu der „einzig richtigen“ Entscheidung führen würde. *Entscheiden* ist danach ein „Ablaufprozeß innerhalb einer Zeiteinheit . . ., der sich aus der Interaktion zwischen einem Entscheidungsträger, dem System und dessen Umwelt ergibt“⁶⁴⁾, es ist das Ergebnis arbeitsteiliger Informationsverarbeitung, die praktisch nicht zu einzig richtigen, sondern immer nur zu brauchbaren, befriedigenden, vertretbaren Lösungen führt⁶⁵⁾.

berg, Administrative Decisions: A Scheme for Analysis, in: Gore/Dyson, The Making of Decision (New York 1964). Aus der Perspektive der Verwaltungswissenschaft, insb. für die Betriebswirtschaftslehre: W. Kirsch, Entscheidungsprozesse, 1. Bd. (1970), 2. und 3. Bd. (1971).

⁶⁰⁾ Vgl. etwa Naschold, Systemsteuerung. Einführung in die moderne politische Theorie (Narr/Naschold, Teil II), 2. Aufl., 1971, S. 50 ff.

⁶¹⁾ Vgl. etwa Naschold, a. a. O. (Anm. 58), Sp. 702; Luhmann, Theorie . . ., a. a. O. (Anm. 59), S. 51 f., 69; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 203.

⁶²⁾ Luhmann, Theorie . . ., a. a. O. (Anm. 59), S. 50 f.; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 203 f.; Walter Schmidt, AöR 96 (1971), 326 f.; Naschold, a. a. O. (Anm. 60), S. 31 f., 55.

⁶³⁾ Luhmann, Theorie . . ., a. a. O. (Anm. 59), S. 51. — Von der *de-zisionistischen* Vorstellung der Entscheidung als relativ unvermittelter Willensbekundung wird allgemein abgerückt. Vgl. Naschold, a. a. O. (Anm. 58), Sp. 700; ders., a. a. O. (Anm. 60), S. 31. Eine entsprechende Wandlung vollzieht sich auch im Bereich der Verwaltungs(rechts)lehre: K. König, a. a. O. (Anm. 59), S. 251; Walter Schmidt, AöR 96 (1971), 326, 337 ff.; Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (253 ff.), jeweils m. w. N.

⁶⁴⁾ Naschold, a. a. O. (Anm. 58), Sp. 700.

⁶⁵⁾ Naschold, a. a. O. (Anm. 58), Sp. 702; ders., a. a. O. (Anm. 60), S. 31, 50 ff.; Luhmann, Theorie . . ., a. a. O. (Anm. 59), S. 51, 68 f.; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 203; ders., VerwArch 51 (1960), S. 105; K. König, a. a. O. (Anm. 59), S. 66 ff.; Walter Schmidt, AöR 96 (1971), 349 f. m. w. N. — Vgl. nunmehr auch BVerwG v. 16. 12. 71, JZ 1972, 204 (206): „ . . . Die Vorstellung, daß bei der Anwendung des Begriffs der Eignung zur Jugendgefährdung nur eine richtige Lösung möglich sei, erweist sich als eine Fiktion“. (Vgl. die zustimmende Anm. von Bachof, ebenda, S. 208 ff.). Dies kann natürlich nicht heißen,

Als „Ablaufprozeß“ innerhalb einer Zeiteinheit verläuft die Entscheidung mehrgliedrig in verschiedenen Phasen und führt zu einem stufenweisen Herantasten an die Lösung. Die Stadien sind dabei *problemvariabel* und lassen sich nicht ein für allemal und allgemein festlegen. Grob strukturiert kann man aber im wesentlichen vier Phasen unterscheiden: (1.) Problemformulierung, (2.) Informationssammlung, Situationsanalyse, Ausarbeitung von Alternativen, (3.) Abwägung und Beratung unter Infragestellung des Bisherigen, ggf. Rückkoppelung, (4.) Beschluß⁶⁶⁾.

Partizipation an Verwaltungsentscheidung ist daher nicht punktuell und vor allem nicht nur beschluß-orientiert, sondern *phasendifferenziert* zu sehen. Natürlich kann die bürgerschaftliche Beteiligung erst im Beschlußstadium einsetzen, sie kann aber auch schon in der ersten Phase erfolgen. Die verschiedenen Entscheidungsstufen sind von unterschiedlichem Gewicht und daher kommt es sehr darauf an, in welcher Phase und an wievielen Phasen eine Beteiligung erfolgt. Nach dem einleuchtenden Satz: „It is better to be roughly right than exactly wrong“⁶⁷⁾ wird gerade der ersten Phase besonderes Gewicht beigemessen⁶⁸⁾. Praktisch ist jede Phase wichtig für die Lösung, und es läßt sich nicht allgemein sagen, wo die Entscheidung tatsächlich fällt⁶⁹⁾, so daß sich das *rechtliche* Problem der Partizipation an Verwaltungsentscheidungen in *jeder* Entscheidungsphase dem Grundsatz nach in gleicher Weise stellt. Insofern kann man ganz allgemein nach „Partizipation an Verwaltungsentscheidungen“ fragen, ohne sich dem Vorwurf unzuläs-

daß es mehrere rechtmäßige Entscheidungen gibt (Ossenbühl, DÖV 1972, 402 f. m. w. N. und Bachof, JZ 1972, 644 f. m. FN. 25).

⁶⁶⁾ Zu den verschiedenen Entscheidungsstadien vgl. etwa: H. D. Lasswell, *The Decision Process; Categories of Functional Analysis* (Univ. of Maryland 1956); W. Gore, *Administrative Decision Making. A Heuristic Model* (New York 1964), S. 36 ff.; D. Weiss, *VerwArch.* 63 (1972), S. 245 ff.; A. Nagel, *Leistungsfähige Entscheidungen in Politik und Verwaltung durch Systemanalyse* (1971), insb. S. 43 ff.; Joris in't Veld, *Hebung der Verwaltungsleistung*, in: Morstein Marx (Hrsg.), *Verwaltung*, a. a. O. (Anm. 42), S. 354 ff. (368); K. König, a. a. O. (Anm. 59), S. 250 ff.

⁶⁷⁾ E. S. Quade, *Principles and Procedures of Systems Analysis*, in: Quade/Boucher (Hrsg.), *Systems Analysis and Policy Planning* (New York 1968), S. 40.

⁶⁸⁾ So z. B. D. Weiss, *VerwArch* 63 (1972), S. 274. Allgemein auf die „Vorbereitungshandlungen“ legen den Akzent Ellwein/Görlitz/Schröder, *Politik, Regierung, Verwaltung*, Bd. 2, 1. Teil (1967), S. 19. Vgl. auch noch Luhmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 40 („So läuft das Verfahren ab als eine Entscheidungsgeschichte, in der jede Teilentscheidung einzelner Beteiligter Entscheidungsprämissen setzt .“).

⁶⁹⁾ Brohm, *VVDStRL* 30 (1972), S. 245 ff. (289 ff.).

siger Vereinfachung auszusetzen. [Andererseits ist die Frage des Ob und des Wie bürgerschaftlicher Partizipation eine Rechtsfrage, die angesichts der Bedeutung einer Verfahrensbeteiligung überhaupt und im Hinblick auf die unterschiedliche Relevanz einer Beteiligung in der ersten, ab der zweiten, in allen oder nur in der letzten Phase auch einer differenzierten *rechtlichen* Betrachtungsweise bedarf. Das gilt nicht zuletzt auch für die jeweilige *Intensität* der Beteiligung (Mitwirkung oder Mitentscheidung) und für den Typ der Entscheidung (etwa Routine- oder Innovationsentscheidung⁷⁰).] Für das, was schließlich als „vertretbare“ Lösung herauskommt, sind Organisationsart und Verfahrensweisen im allgemeinen und Partizipationsmodus im besonderen ausschlaggebend, die formelle Regelung gewinnt mit wachsender Komplexität und Vermehrung der Alternativen zunehmend *materiales* Gewicht⁷¹). Eine allgemeine Verwaltungsverfahrensregelung wird daher immer dringlicher, und insofern ist der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1963) wenigstens ein Anfang. Wenn er unter vielen Gesichtspunkten⁷²) und gerade auch im Hinblick auf die dort getroffenen Bestimmungen über Verfahrensbeteiligung⁷³) unbefriedigend ist, so kommt dies nicht von ungefähr. Zutreffend betont *Luhmann*⁷⁴), die Problemkomplexität stelle an eine „rationale Planung verwaltungsmäßiger Entscheidungsprozesse Anforderungen, deren Bewältigung heute weder die Theorie noch die Praxis gewachsen“ seien. Es wird daher in der Tat vorläufig nichts anderes übrig bleiben, als die Abfolge der Entscheidungsschritte, das Ob und Wie der Partizipation und

⁷⁰) Zur Entscheidungstypologie etwa *Naschold*, a. a. O. (Anm. 5), S. 59 ff.

⁷¹) Vgl. auch *Luhmann*, a. a. O. (Anm. 36), S. 203 f. („... der Selektionsprozeß selbst [gewinnt] sachliches Gewicht“); *Badura*, DÖV 1968, 454 („... Verwaltungsverfahren .. nicht nur eine Technizität“). — Allgemein zur Verbindung von Organisation und Entscheidung: *H. A. Simon*, Das Verwaltungshandeln (1955), S. 2 ff., 142 ff.; *Luhmann*, Theorie ..., a. a. O. (Anm. 59), S. 50; *Mayntz*, Soziologie der Organisation (1963), S. 139 ff.

⁷²) Vgl. etwa *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung (1966), S. 116 ff.; *Malte von Berg*, Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften (1968); *Ule/E. Becker*, a. a. O. (Anm. 18); *Baring*, DVBl. 1965, 180; *Redeker*, DÖV 1966, 543 ff.; *Bullinger*, Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen — Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes —, in: Gedächtnisschr. f. H. Peters (1967), S. 667 ff.; *Ule/Sellmann*, DVBl. 1967, 837 ff.

⁷³) §§ 21 f., 52. — Kritisch dazu etwa *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht (1971), z. B. S. 28 ff., 80 f., 266 ff.

⁷⁴) A. a. O. (Anm. 36), S. 206.

die Koordination der Einzelbeiträge, das Verfahren also, nur *ad hoc* festzulegen und die verschiedenen Einzelfragen lediglich durch allgemeine „Grundsätze“ zu koordinieren⁷⁴). Das hindert aber nicht, die *rechtlichen Grundprinzipien* herauszuarbeiten, an denen sich jede bürgerschaftliche Partizipation, prinzipiell unabhängig von „technischen“ Verfahrensperspektiven, zu orientieren hat. Maßstab muß in erster Linie das Grundgesetz sein, und es sei daran erinnert, daß es hier nur um eine grundgesetzverwirklichende Partizipation gehen kann. In diesem Sinne ist bürgerschaftliche Partizipation ein Instrument, um moderne Verwaltungsfunktion den Verfassungsprinzipien anzupassen und diese im Bereich der Verwaltung zu effektivieren. Unter Verwaltung ist hierbei staatliche Verwaltung (einschließlich der mittelbaren Staatsverwaltung, der kommunalen und sonstigen Selbstverwaltung⁷⁵) zu verstehen, soweit sie öffentlich-rechtlicher Bindung unterliegt, also (unabhängig von der formalen Organisation) *hoheitliche Funktionen* erfüllt⁷⁶). Nur in diesem Bezugsfeld können die zu entwickelnden Partizipationsgrundsätze Geltung beanspruchen.

ZWEITER TEIL:

Verfassungs- und verwaltungstheoretische Grundfragen der Partizipation

A) Partizipation als funktionales Phänomen

Partizipation ist *kein Selbstzweck* im Sinne einer isolierten oder isolierbaren Erscheinung und weder ein Wert noch ein Unwert *an sich*. Partizipation ist ein funktionaler Begriff, und ihre Bedeutung erschließt sich in den jeweiligen funktionalen Bezügen auf dem Bereich ihres rechtlichen und tatsächlichen Wirkungsfeldes⁷⁷). [Nicht nur die Art der verfaßten Gemein-

⁷⁵) Mit der Einordnung der Selbstverwaltung vor allem der Kommunen sowie anderer Verwaltungseinheiten des öffentlichen Rechts in die mittelbare Staatsverwaltung ist auch terminologisch die prinzipielle Staatsbezogenheit aller „öffentlichen Verwaltung“ und eben gerade auch der Selbstverwaltung betont (vgl. insb. *Forsthoff*, a. a. O. [FN. 1], S. 437 ff., 444 f., 452 f.). Die gegenteilige Meinung (vgl. etwa *Jochmus*, Die Berufsgenossenschaft 1957, 427 ff.; *E. R. Huber*, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1958, S. 40 f.) vermag nicht zu überzeugen. Mit der Einordnung der Selbstverwaltung in die mittelbare Staatsverwaltung soll gerade deutlich werden, daß es eine „gesellschaftliche Selbstverwaltung“ i. S. einer „Selbstregierung“ (so *Salzwedel*, VVDStRL 22 [1965] S. 206 ff. [222 ff.]) nicht gibt.

⁷⁶) Dazu ausführlich zuletzt *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (263 ff. m. w. N.).

⁷⁷) Ähnlich *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 154 f. (zur Partizipation an Planungsprozessen). — Die Frage des funktionalen Bezugs der

schaft ist daher für die Beurteilung von Partizipationen ausschlaggebend, sondern auch die Frage, wo, in welchem Umfang und mit welcher Intensität partizipiert wird. Für die hier allein zu beachtende freiheitliche demokratische Ordnung des Grundgesetzes bedeutet dies zunächst, daß die Eingrenzung des Themas auf Partizipation an Verwaltungsentscheidungen entsprechend der im Grundgesetz vorgenommenen Einteilung der Staatsgewalt in drei Grundfunktionen (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG)⁷⁸⁾ eine materielle Problemeingrenzung ist und (auch) die folgenden Untersuchungen im einzelnen keine Stellung nehmen zu Partizipationen an gesetzgebenden, regierenden und rechtsprechenden Funktionen⁷⁹⁾. Das kann aber nicht bedeuten, daß diese Bezugsfelder völlig außer Betracht bleiben. Schon im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung kann Partizipation an Verwaltungsentscheidungen nicht ausschließlich unter verwaltungsrechtlicher Perspektive gesehen werden. Darüber hinaus ist die Verwaltung selbst nicht nur formal-organisatorisch mit den übrigen staatlichen Grundfunktionen verflochten, sondern auch materiell allein in einer Zusammenschau mit Rechtsetzung, Regierung und Rechtsprechung begreifbar. Sie stehen in einem Verhältnis der Zuordnung und Ergänzung⁸⁰⁾.] Die weiteren Überlegungen müssen daher von der Verwaltung, ihrem Stellenwert in der Verfassung und im Rahmen der übrigen staatlichen Grundfunktionen ausgehen. Ist alles Verwaltungshandeln auf Entscheidung beziehbar⁸¹⁾ und Partizipation ein Bestandteil des Entscheidungsprozesses, so läßt sich nur vom Wesen der Verwaltung und ihrer Funktion im Gesamtgefüge der Verfassung her das Wesen der Partizipation an verwaltender Tätigkeit, ihre Möglichkeiten, ihre Gefahren und ihre Grenzen

Partizipation hängt eng mit dem Grundsatzproblem zusammen, inwieweit ein bestimmtes Strukturprinzip für alle Sozialgebiete vermutet und gefordert werden kann. Dazu Hättich, a. a. O. (Anm. 8), S. 49 ff., insb. S. 54. — Auch Habermas, a. a. O. (Anm. 5), S. 13 ff. lehnt eine „politische Beteiligung“ als Wert „an sich“ ab. Ihm geht es dabei aber um die Situation, in der Teilhabe gedeihen kann (S. 13) und letztlich um die Überwindung der „formellen“ zugunsten einer „materialen“ Demokratie (S. 55).

⁷⁸⁾ Vgl. dazu etwa K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. (1972), S. 196.

⁷⁹⁾ Partizipationsbeispiele für den Bereich der Gesetzgebung: § 73 GeschO des Dt. Bundestages (Hearing), Art. 50 GG; für den Bereich der Regierung: § 10 Abs. 1 GeschO der Bundesregierung; für den Bereich der Rechtsprechung: Art. 103 Abs. 1 GG, §§ 28 ff., 108, 109 GVG.

⁸⁰⁾ K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 198 ff.

⁸¹⁾ Luhmann, Theorie . . . , a. a. O. (Anm. 59), S. 47 f., 67; K. König, a. a. O. (Anm. 59), S. 250. — Grundlegend: Ch. F. Barnard, a. a. O. (Anm. 59); H. A. Simon, a. a. O. (Anm. 71).

erschließen. Partizipation an Verwaltungsentscheidungen ist Teil des Begriffs der Verwaltung als *Verwaltungsfunktion*.

B) *Partizipation als Verwaltungsfunktion und ihr Bezug zur Verfassung*

[Herkömmlich wird die Verwaltung prinzipiell zweckbestimmt und in vor allem *gesetzesvollziehender Funktion* gesehen⁸²). In dem Schema Gesetzgebung-Gesetzesausführung ist der Verwaltung allenfalls die Mittelwahl zugestanden. In diesem Rahmen ergeben sich dann (insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge) zwar mehr oder minder weite Spielräume eigenständiger Entfaltung⁸³). Das Grundmodell der Vollziehungsfunktion wird durch die Anerkennung eines solchen Spielraums aber nicht berührt; die „Fremdsteuerung“ der Verwaltung bleibt prinzipiell erhalten⁸⁴).

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese rechtliche Konzeption der Verwaltung ihrer Wirklichkeit jemals voll entsprochen hat⁸⁵).] Die seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts immer evidenter werdende Veränderung der Verwaltungswirklichkeit, herbeigeführt vor allem durch das gewaltige Ansteigen der staatlich zu regelnden öffentlichen Aufgaben, insbesondere der Daseinsvorsorge⁸⁶), hat [jedenfalls] auch einen

⁸²) Typisch hierfür etwa *Fleiner*, Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (2. Neudruck 1963), z. B. S. 4, 133; *H. J. Wolff*, a. a. O. (Anm. 28), § 2 III, b (S. 14 f.), § 21 (S. 96 f.). — Grundlegend dazu *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. (1968) und *Hans H. Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre (1965), S. 104 ff. — „Herkömmlich“ besagt hier: endgültig erst mit der sog. Kreuzberg-Entscheidung des *PrOVG* v. 14. 6. 1882, E Bd. 9, S. 353 ff. (363). Vgl. *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, in: *Festschrift für R. Smend*, 1952, S. 253 ff. (264 f.).

⁸³) *H. J. Wolff*, a. a. O. (Anm. 28), § 2 III, b (S. 14 f.); *Franz Mayer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1972), S. 29 ff.

⁸⁴) So betont z. B. *H. J. Wolff*, a. a. O. (Anm. 28), § 31 II, a (S. 184), daß Ermessen nur i. S. einer Unbestimmtheit der Rechtsfolge, nicht aber i. S. der Unbestimmtheit eines (Tatbestands- oder Rechtsfolge-) Begriffes oder gar der Beliebigkeit einer Tatbestandssetzung verstanden werden dürfe. Vgl. auch *Stern*, Ermessen und unzulässige Ermessensausübung (1964), etwa S. 22, 15. — Siehe andererseits *H. J. Wolff*, a. a. O., § 31 III (S. 192): freie gestaltende Verwaltung!

⁸⁵) Kritisch insofern z. B. schon *Haenel*, Studien zum deutschen Staatsrecht, Bd. II (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne), 1888, S. 186. Vgl. außerdem *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1959), S. 618; *Bachof*, *VVDStRL* 30 (1972), S. 193 ff. (212 ff.); *Hans H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb (1968), S. 58 f.; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 52 ff.

⁸⁶) Grundlegend hierzu *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938); Neubearbeitung: *Rechtsfragen der leistenden Ver-*

tiefgreifenden Wandel in der rechtlichen Betrachtungsweise der Verwaltung eingeleitet, der durch das Erkennen und Anerkennen ihrer zunehmenden Bedeutung als *sozialer Gestaltungsfaktor* charakterisiert ist. Die wesentlich am Gesetzesvollzug orientierte Ordnungsverwaltung tritt hinter die notwendig in größerem Umfang auch eigenschöpferisch tätige Leistungsverwaltung zurück⁸⁷⁾.

Die Wandlung von Verwaltung und Verwaltungsaufgaben interessiert hier unter der speziellen Perspektive bürgerschaftlicher Partizipation. Vor allem drei Tendenzen verdienen im Rahmen dieser Bezugsrelation Beachtung:

zum ersten die zunehmende Verselbständigung der Verwaltung gegenüber Parlament und Regierung;

zum zweiten die abnehmende Wirksamkeit gerichtlicher Kontrolle der Verwaltung;

zum dritten die intensiviertere und gleichzeitig anders akzentuierte Bedeutung der Verwaltung für den Bürger.

1. Im Mittelpunkt wissenschaftlicher und politischer Diskussion steht der Funktionswandel der Verwaltung im Sinne einer *zunehmenden Autonomie*.

[Die fortschreitende „Osmose“ von Staat und Gesellschaft (Forsthoff) verdichtet die Interdependenzen im sozialen Bereich, läßt vor allem die Aufgaben der Daseinsvorsorge rapide ansteigen und erhöht die Komplexität der zu ordnenden Sachverhalte. Vor allem die (formelle) Gesetzgebung, verfassungsrechtlich nach wie vor zentrales Regelungsinstrument (Art. 20 Abs. 3 GG⁸⁸⁾), wird damit dem „Zwang zur Vollständigkeit“⁸⁹⁾ unterworfen, und es ergibt sich nicht nur die Notwendigkeit von sehr viel mehr, sondern auch von sehr viel differenzierteren und detaillierteren Gesetzen⁹⁰⁾. Das Parlament, in seiner bis heute im wesentlichen erhaltenen idealtypischen Struktur auf wenige

waltung (1959). Vgl. außerdem Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat (Recht und Staat, Heft 328, 1966); ders., DÖV 1968, 446 ff.; Scheuner, DÖV 1969, 586; Habermas, a. a. O. (Anm. 5), S. 18 ff., insb. S. 21 ff.

⁸⁷⁾ Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 57 ff.; ders., Der Staat der Industriegesellschaft (1971), S. 105, 107; Badura, DÖV 1968, 450; Duppré, Herzog u. a., in: Funktionsgerechte Verwaltung im Wandel der Industriegesellschaft (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 43, 1969); zuletzt wieder Bachof und Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 193 ff. bzw. S. 245 ff. sowie P. Häberle, ebenda, S. 43 ff. (57 ff.). Vgl. dazu auch den Bericht von R. Scholz, AöR 97 (1972), S. 131 ff.

⁸⁸⁾ Herzog, a. a. O. (Anm. 49), S. 268 f.; M. Wentzel, Autonomes Berufsausbildungsrecht und Grundgesetz (1970), S. 66 f. m. z. N.

⁸⁹⁾ Forsthoff, a. a. O. (Anm. 87), S. 100.

⁹⁰⁾ Dichgans, Vom Grundgesetz zur Verfassung (1970), S. 65 ff.

politische Grundsatzentscheidungen eingestellt, hat diesen *quantitativen* Kompetenzgewinn nicht ohne *qualitativen* Kompetenzverlust überstanden⁹¹). Der Fachmann verdrängt den Politiker, die Spezialisierung verkürzt die politische Dimension⁹²), das Parlament rückt funktional immer mehr aus dem politischen Führungszentrum auf die Ebene der Exekutive, deren Apparatur es nicht besitzt und deren Instrumentarium es nicht bedienen kann.

Vordergründige Folge dieser Situation ist eine engere Bindung der Verwaltung durch das Gesetz⁹³). In Wahrheit ist eine zunehmende Abhängigkeit des Parlaments von der Exekutive zu registrieren. Symptomatisch dafür ist das absolute Übergewicht an Gesetzesinitiativen der Regierung, die gerade im Hinblick auf diese Agenda eine funktionale und organisatorische Einheit mit der Verwaltung bildet. Ist es richtig, daß der Zug der Zeit zum Besonderen drängt, programmatische Ansprüche aus dem Besonderen entwickelt werden müssen, weil das Abstrakte und Grundsätzliche nur aus dem alltäglich Geschehenden heraus erkannt und formuliert werden können⁹⁴), so ist es vor allem die Verwaltung, die mit ihrer differenzierten Natur und ihrer Alltagsnähe diesen Erfordernissen am besten gerecht zu werden vermag. Tatsächlich ergeben sich auch die meisten Entscheidungen über Notwendigkeit und Ausgestaltung neuer öffentlicher Aufgaben als *staatliche* Aufgaben entweder aus dem Vollzug derartiger Aufgaben oder aus vorbereitenden Überlegungen der Verwaltung⁹⁵). In diesem Sinne ist die Verwaltung

⁹¹) Vgl. auch Ellwein/Görlitz/Schröder, a. a. O. (Anm. 68), S. 21 ff.; Dichgans, a. a. O. (Anm. 90), S. 72 ff.

⁹²) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 87), S. 101 f.; Ellwein, Politik, Regierung, Verwaltung, Bd. 1 (1966), S. 195 f.

⁹³) In diesem Sinne vor allem Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 58 f., 75 ff.; ebenso z. B. Dichgans, a. a. O. (Anm. 90), S. 65 ff.; 84 ff.; 97 ff.

⁹⁴) Ellwein/Görlitz/Schröder, a. a. O. (Anm. 68), S. 41 f. — Insofern muß auch Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 59, zugestimmt werden, wenn er den Sozialstaat als *reaktiv* bezeichnet; als einen Staat charakterisiert, der aus der „jeweiligen Situation heraus“ handelt (vgl. auch a. a. O., S. 65 f.). Die Entwicklung hat aber gezeigt, daß die Situationsgebundenheit des Sozialstaats nicht unbedingt „Planlosigkeit“ zur Folge haben muß. Illustrativ hierfür vor allem die von Josef H. Kaiser herausgegebene Veröffentlichungsreihe Planung, Bd. I bis V. — Die Entwicklung wird sich weiter fortsetzen und sicher noch intensivieren. Ob sie auch jene *soziale Leitidee* bringen wird, die Forsthoff (a. a. O., S. 66) mit Recht vermißt, ist abzuwarten.

⁹⁵) Dazu vor allem Grauhan, Politische Verwaltung (1970), insb. S. 18 ff.; Ellwein, a. a. O. (Anm. 92), S. 80 ff. Franz Mayer, Geschäftsgang, in: Morstein Marx (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 42), S. 298 ff. (305 ff.); Breuckmann, Handelnde Verwaltung, ebenda, S. 215 ff.

wichtiger Informant für Regierung und Parlament und beeinflußt das „Ob“ und das „Wie“ politischer Entscheidungen entsprechend. Es ist vor allem die Komplexität der Verhältnisse, die den Informanten hier zum faktisch Mitentscheidenden werden läßt. Weder ist das Parlament in der Lage, die Regierung ausreichend zu kontrollieren, noch kann sich der Minister den nötigen Überblick über sein Ressort verschaffen, um auch nur alle wichtigen Entscheidungen zu bestimmen und zu kontrollieren⁹⁶). Die Informationen werden damit oft zu festen Orientierungspunkten für den Politiker, an denen er mangels Alternativen nicht vorbeikommt. Die Gesetzesbindung und überhaupt die politische Führung der Verwaltung kann daher nur noch bedingt und mehr in einem bloß *formalen* Sinn als „Außensteuerung“ gewertet werden. Es tritt hinzu, daß — wie neuestens *Brohm*⁹⁷) wieder deutlich gemacht hat — vor allem die planende, die beobachtende und die vorbereitende Verwaltung sich in erheblichem Maße *selbst programmiert*, eine Zwecksteuerung durch Parlament oder Regierung in diesem Bereich also von vornherein in nur beschränktem Umfang möglich ist. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von politischer Verwaltung⁹⁸).]

Speziell im Hinblick auf das Zustandekommen der Haushaltspläne: J. Hirsch, in: *Ellwein* (Hrsg.), Politik, Regierung, Verwaltung, Bd. 2, 2. Teil (1968) und Kriele, VVDStRL 29 (1971), S. 46 ff. (63 f. m. w. N.). Zur Planung allgemein neuestens E.-H. Ritter, JZ 1972, 110 f.

⁹⁶) *Ellwein*, a. a. O. (Anm. 92), S. 197 ff.; *Ellwein/Görlitz/Schröder*, a. a. O. (Anm. 68), S. 22, 43, 46; *Ellwein*, Formierte Verwaltung — Autoritäre Herrschaft in einer parlamentarischen Demokratie, in: *Steffani* (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 4), S. 48 ff., insb. S. 54 f.

⁹⁷) VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (259 f., 267 ff. m. w. N.). Vgl. außerdem noch *Rammstedt*, Zeitschr. f. Politik 1970, S. 343 ff., insb. S. 354 f.; E.-H. Ritter, JZ 1972, 110 f. — Zum Trügerischen der Logik des Zweck-Mittel-Schemas etwa *Luhmann*, Theorie ..., a. a. O. (Anm. 59), S. 90 f.; *ders.*, Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen (1968), S. 29, 31; *D. Weiss*, VerwArch 63 (1972), S. 243 ff.; *Morstein Marx*, a. a. O. (Anm. 42), S. 35.

⁹⁸) Das Problem der „politischen Verwaltung“ kann hier nicht vertieft werden. Wie immer und in welche Funktionen die Verwaltung aber auch ein- und aufgeteilt wird: jedenfalls ist die Feststellung zutreffend, daß manche Funktionen der Politik näher und andere ihr ferner stehen (*Scheuner*, DÖV 1969, 588; *Ellwein*, a. a. O. [Anm. 92], S. 115 f.). Darüber hinaus muß erkannt werden, daß sich in der Praxis politische und unpolitische Verwaltung kaum trennen lassen (*Köttgen*, Struktur und politische Funktion öffentlicher Verwaltung, in: *Festschr. f. Leibholz*, Bd. II [1966], S. 771 ff. [785 f.]). Abgesehen davon, daß die Verwaltung die Daten für politische Entscheidungen liefert, ist die politische Verwaltung in die Verwaltung integriert (*Ellwein*, a. a. O., S. 204); denn einerseits ist

Über das Ausmaß der Autonomie der Verwaltung mag man verschiedener Meinung sein. Unbestritten und unbestreitbar ist das Grundphänomen: Die Verwaltung entzieht sich in steigendem Maße direkt und indirekt der „Herrschaft der Gesetze“, sie wirkt an der politischen Führung von Parlament und Regierung wesentlich mit, führt sich zum Teil selbst und ist an der Bestimmung von Art und Intensität ihrer eigenen Bindung maßgeblich beteiligt.

Dem weitverzweigten Problem der sog. Entmachtung des Parlaments in der Verfassungswirklichkeit und den zahlreich angebotenen vielfältigen Therapien ist hier nicht nachzugehen⁹⁹). An dieser Stelle interessiert die Erkenntnis, daß ein *politisches Führungsdefizit* von Parlament und Regierung ein *demokratisches Legitimationsdefizit* der Verwaltung zur Folge haben kann. Sieht man in der „Herrschaft der Gesetze“ vor allem auch die „Herrschaft des *demokratischen* Gesetzes“¹⁰⁰), weil der Bürger als „Betroffener“ über seine gewählten Repräsentanten im Parlament als Gesetzgeber zugleich „Auftraggeber“ ist¹⁰¹), so liegt die Auffassung nahe, daß sich die Verwaltung in dem Maße von ihrer demokratischen Legitimation löst, in dem sie sich aus der Bindung an den Gesetzgeber befreit, sei es, daß die Bindung nur noch formal besteht oder ganz fehlt¹⁰²). Ist auch

jede Funktion der Verwaltung politisch, soweit sie auf Planung, Beobachtung und Erfahrungsauswertung bezogen ist, andererseits kann man in keinem Bereich der Verwaltung ganz ohne Planung etc. auf die Dauer auskommen (*Mädig, Verfahren der Stadtentwicklungsplanung*, in: *Coing/Joseph H. Kaiser* [Hrsg.], Planung V [1971], S. 319 ff., insb. S. 322; *Köttgen, Mandat, Methoden, Instrumente planender Verwaltung*, in: *Joseph H. Kaiser* [Hrsg.], Planung III [1968], S. 11 ff. [14]). — Zur institutionellen Trennung und Entgensetzung von „Politik“ und „Verwaltung“ bei *Luhmann*: vgl. etwa *Walter Schmidt*, AöR 96 (1971), 335 f. und *Grauhan*, DÖV 1970, 587.

⁹⁹) Siehe dazu die Lit.-Hinweise in Anm. 4.

¹⁰⁰) *Heller*, VVDStRL 4 (1928), S. 98 ff. (102); *Jesch*, a. a. O. (Anm. 82), S. 26 ff. m. w. N. Vgl. auch noch *Kriele*, VVDStRL 29 (1971), S. 46 ff. (49 ff.).

¹⁰¹) *L. v. Stein*, Die Verwaltungslehre, Teil 1, Abt. 1 (Neudruck der 2. Aufl., 1962), S. 85, 88; *D. Schindler*, Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie (1921), S. 20, 28 ff., 52; *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 3. Aufl. (1957), S. 148; *Habermas*, a. a. O. (Anm. 5), S. 18 f.; *Ellwein*, a. a. O. (Anm. 92), S. 192 ff.; *Ellwein/Görlietz/Schröder*, a. a. O. (Anm. 68), S. 64.

¹⁰²) *Schaeder*, Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft, in: *Demokratie und Verwaltung*, a. a. O. (Anm. 3), S. 159 ff. (170 ff.), verkürzt die Problematik unzulässig, wenn er das Recht der Verwaltung auf „echte Sachinitiative.. in unserem demokratischen Milieu 'aus der Natur der Sache' folgen“ läßt und es darüber hinaus auch noch der Verwaltung überläßt, diese „Natur“ zu bestimmen. Gewiß hat die Verwaltung einen „na-

die Regierung nicht in der Lage, dieses Defizit an parlamentarischer Führung auszugleichen¹⁰³), so drängt sich (unter anderem) die Frage nach einer „Demokratisierung“ der Verwaltung durch bürgerschaftliche Partizipation auf. *Partizipation hätte insofern eine demokratische Funktion.*

2. Was die Tendenz einer *abnehmenden Wirksamkeit der Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung durch die Gerichte* betrifft, so muß man sich zunächst vergegenwärtigen, daß Art. 19 Abs. 4 GG das Versprechen auf verfahrensrechtlich lückenlosen Individualrechtsschutz¹⁰⁴) insbesondere gegenüber der Verwaltung von vornherein nicht einzulösen vermochte. [Wegen seiner repressiven Natur¹⁰⁵), der Forderung nach *unmittelbarer* Rechtsverletzung¹⁰⁶), der Überlastung der Verwaltungsgerichte, vor allem der Obergerichtsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts¹⁰⁷), kommt der Rechtsschutz durchweg *sehr spät*¹⁰⁸), wegen der Zeitempfindlichkeit subjektiver Rechte

turgegebenen“ Eigenbereich und sie wird auch immer wesentliche Initiativen ergreifen und Impulse gerade für die Gesetzgebung liefern müssen. Unter der Geltung des Grundgesetzes kann daraus, insbesondere aus der Sachnähe der Verwaltung, aber noch nicht die demokratische Legitimation oder ihre Überflüssigkeit hergeleitet werden.

¹⁰³) Zur Legitimation der Verwaltung durch die Regierung: *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung (1969), S. 247 f. m. z. N.

¹⁰⁴) *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 1 zu Art. 19 IV; *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 82. Das *BVerfG* (E 8, 274 [326]; E 13, 153 [161] u. stdg.) und im Anschluß daran auch das *BVerwG* (E 16, 289 [293] u. stdg.) sprechen vorsichtig von einem „möglichst (!) lückenlosen gerichtlichen Schutz...“.

¹⁰⁵) Vgl. etwa *Bettermann*, Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung* (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 45 [1970]), S. 185. Allgemein hierzu *F. Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (1967). — Gerichtsschutz ist in diesem Sinne auf Wiedergutmachung und nicht auf Verhinderung von Rechtsschutzverletzungen gerichtet. Schon insofern könnte man von einem zu späten Rechtsschutz sprechen (vgl. *Kopp*, a. a. O. [Anm. 73], S. 2 f. m. z. N.).

¹⁰⁶) Siehe §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 *VwGO*. — *Lerche*, *DÖV* 1961, 490: „... Man denke nur etwa an Planungen..., die bei Erreichung des Stadiums einer *unmittelbaren* Einwirkung auf die Rechtssphäre des Einzelnen vielfach schon vollendete Tatsachen geschaffen haben werden.“ Ebenso z. B. *Blümel*, a. a. O. (Anm. 39), S. 137 f. m. w. N.

¹⁰⁷) Bis zur rechtskräftigen Entscheidung vergehen oft Jahre. Aufschlußreich dafür: *Thieme* (Hrsg.), *Mängel im Verhältnis von Bürger und Staat* (1970), S. 42 f. Vgl. etwa auch *Redeker*, *NJW* 1967, 1299.

¹⁰⁸) Einen gewissen Ausgleich schafft das Institut des vorbeugenden Rechtsschutzes; die grundsätzliche Lösung des Problems kann auf diesem Weg aber nicht erreicht werden. Der vorbeugende Rechtsschutz muß immer Ausnahme bleiben; er vermag nur im

im allgemeinen¹⁰⁹) und der „normativen“ Kraft der sich inzwischen verändernden Wirklichkeit im besonderen¹¹⁰) kommt der Rechtsschutz häufig *zu spät*¹¹¹). Der *formal* gesicherte Gerichtsschutz ist also nur zum Teil *materiell* wirksam¹¹²). Nimmt man den herkömmlichen Entscheidungsspielraum der Verwaltung, vor allem den Ermessens- und Beurteilungsspielraum¹¹³) hinzu,

Einzelfall (und ohne endgültige Klärung) Verbesserungen zu schaffen. Vgl. dazu etwa *Kopp*, a. a. O. (Anm. 73), S. 106 f. und außerdem *Bettermann*, a. a. O. (Anm. 105), S. 185 ff.; *Schenke*, AöR 95 (1970), 223 ff.; *Erichsen*, VerwArch 62 (1971), 418 ff.; *Brohm*, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht (1959), S. 75 ff.; *Bartlspurger*, DVBl. 1967, 369; BVerwGE 26, 23 ff.; E 30, 352 ff.; E 31, 177 ff.; OVG Lüneburg, OVG 21, 473 ff.

¹⁰⁹) *Spanner*, DÖV 1958, 655; *Lerche*, ZZP 1965, 27; *Kopp*, a. a. O. (Anm. 73), S. 104 f. m. w. N. — Auch die Möglichkeit, die Wahrheit zu finden, wird natürlich mit zunehmender zeitlicher Entfernung immer geringer (*A. Arndt*, NJW 1959, 6).

¹¹⁰) Statt vieler: *Blümel*, a. a. O. (Anm. 39), S. 137 ff. m. z. N., speziell unter der Perspektive der Raumplanung. (Seine Bedenken werden von der Rechtsprechung nicht akzeptiert; vgl. neuerdings wieder *BVerwG* v. 25. 8. 71, VRspr. Bd. 23, S. 607 [611 ff.]). Zutreffend betont er, daß das Problem der vollendeten Tatsachen darüber hinaus überall dort auftritt, „wo ein fehlerhafter staatlicher Hoheitsakt . . . Wirkungen entfaltet hat, die mit der nachträglichen Beseitigung des Hoheitsaktes nicht mehr aus der Welt zu schaffen sind“ (a. a. O., S. 141). — Ein illustratives Beispiel aus der Praxis liefert *Apelt*, VVDStRL 17 (1959), S. 240 f.

¹¹¹) *Forsthoff* (VVDStRL 18 [1960], S. 184) sieht hierin das „Fundamentalproblem des ganzen Rechtsschutzes“.

¹¹²) *Bull*, NJW 1957, 1100 f.

¹¹³) Auf die unterschiedlichen Ansichten zum Umfang der Eigengzone verwaltungsrechtlicher Gestaltung kann hier nicht eingegangen werden. Aus dem fast unübersehbaren Schrifttum: *Ehmke*, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht (Recht und Staat, Heft 230/231 [1960]); *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.; *Jesch*, AöR 82 (1957), 163 ff.; *Stern*, a. a. O. (Anm. 84); *Hans H. Rupp*, a. a. O. (Anm. 82), S. 177 ff.; *P. Häberle*, a. a. O. (Anm. 37), S. 595 ff., 691 ff.; *Ossenbühl*, DÖV 1968, 618 ff.; *ders.*, DÖV 1970, 84 ff.; *Schmidt-Salzer*, Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden (1968); *H. J. Weigel*, Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff? (1971); *Thieme*, a. a. O. (Anm. 107), S. 36 f.; *H. J. Wolff*, a. a. O. *Salzer*, a. a. O., S. 26 ff. Die Verwaltungsrechtsprechung war im letzten Jahrzehnt „durch eine sprunghafte Expansion und Verdrängung der richterlichen Kontrolle der Verwaltung gekennzeichnet“ (*Ossenbühl*, DÖV 1972, 401; *ders.*, DÖV 1968, 618 ff. und *Redeker*, DÖV 1971, 757). Kritisch zu dieser Tendenz auch *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (277 ff. mit FN. 97). Mit der „fast als eine Sensation“ (*Bachof*) empfundenen Entscheidung des *BVerwG* v. 16. 12. 71 (JZ 1972, 204 ff.) scheint sich ein Wandel zu vollziehen, genauer: eine Umkehr anzubahnen. Dazu die Urt.-Anm. von *Bachof* (JZ 1972, 208 ff.) sowie *Ossenbühl*, DÖV 1972, 401 ff. Vgl. nunmehr auch den Beschluß des *Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes* v. 19. 10. 1971, JZ 1972, 655 ff. und dazu *Bachof*, JZ 1972, 641 ff.; siehe auch schon *P. Häberle*, a. a. O.

so wird augenscheinlich, daß die sog. verwaltungsgerichtliche Generalklausel von Anfang an bedeutsame „Lücken“ aufwies¹¹⁴⁾.]

Dieses *Gerichtsschutzdefizit* vergrößert sich nun mit Ausdehnung der gestaltenden Verwaltung und erfährt neue, ungeahnte Dimensionen. Dies wird heute allgemein gesehen. Die Regensburger Staatsrechtslehrertagung hat sich mit wichtigen Aspekten dieser Entwicklung beschäftigt¹¹⁵⁾. In der Diagnose herrschte weitgehend Einigkeit: Die Verwaltung emanzipiert sich auch gegenüber der Rechtsprechung, weil der auf ein relativ geschlossenes, punktuell angelegtes Verhältnis zwischen Bürger und Staat eingestellte Gerichtsschutz im wesentlichen nur noch periphere Bereiche zu decken vermag. Läßt die „nahezu totale Interdependenz aller Tätigkeiten und Zustände“ schon die herkömmlichen Verwaltungsagenden vielfach „ihren individuell begrenzten Charakter“ verlieren¹¹⁶⁾, so ist die immer stärker ins Zentrum der Bedeutung rückende gestaltende Verwaltung mit der Aufgabe, eine grundsätzlich nicht vorgegebene, sondern immer wieder neu zu konzipierende gerechte Sozialordnung auszubilden, für den Bürger eine *all- und immergegenwärtige Größe*, die sich nicht auf gelegentliche Einzelkontakte beschränken läßt¹¹⁷⁾. Die gestaltende Verwaltung hat für den Bürger auch und oft gerade dann existentielles Gewicht, wenn kein oder noch kein unmittelbarer Eingriff in seine Rechtssphäre vorliegt, wenn es an Einzelvollzugsmaßnahmen fehlt oder noch fehlt. Bei Planungen wird dies bekanntlich besonders offenkundig, gleichgültig, ob es hierbei um Raumordnung, Wirtschafts-, Bildungs- oder Sozialpolitik geht¹¹⁸⁾. Hier zeigt sich darüber hinaus, daß die Gestaltungsfunktionen der Verwaltung nur sehr bedingt durch Gesetz vorgezeichnet werden können¹¹⁹⁾;

¹¹⁴⁾ Redeker, NJW 1967, 1299: „Die Wirkung der Generalklausel wird überschätzt...“.

¹¹⁵⁾ Vgl. vor allem Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff., insb. S. 263 ff. m. z. N.

¹¹⁶⁾ Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (259) unter Hinweis auf die Typengenehmigung im Kraftfahrzeug- oder Baustoffgewerbe.

¹¹⁷⁾ Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 71: „Die Berührung des Einzelnen mit dem Staat aktualisiert sich nicht mehr in Einzelakten wie einer gelegentlichen Polizeiverfügung oder einer einmaligen Erlaubniserteilung. Sie ist ein Dauerzustand.“ Vgl. etwa auch Habermas, a. a. O. (Anm. 5), S. 25 f.

¹¹⁸⁾ Statt vieler: Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, in: Joseph H. Kaiser (Hrsg.), Planung III (1968), S. 21 ff.; Imboden und K. Obermayer, VVDStRL 18 (1960), S. 113 ff. bzw. S. 144 ff.

¹¹⁹⁾ Forsthoff, a. a. O. (Anm. 1), S. 67; vgl. etwa auch W. Hoppe, Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen (1971); E.-H. Ritter, JZ 1972, 110: Planung ist ihrem We-

allenfalls das Ob und das Wohin, nicht aber das Wie ist normierbar¹²⁰). Dementsprechend beschränkt ist die auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit bezogene Gerichtskontrolle.

Diese Lage hat zu einem Überdenken des herkömmlichen Rechtsschutzsystems geführt. [Das Institut des vorbeugenden Rechtsschutzes, die Unmittelbarkeit der eigenen Rechtsverletzung und die Systematisierung der (anfechtbaren) Hoheitsakte sind dabei als zentrale Problemkreise erkannt¹²¹).] Wie fruchtbar diese Überlegungen immer sein mögen: auch ein maximal aktivierter Gerichtsschutz kann und soll nicht jede Verwaltungsagende abdecken¹²²). In gewissen Bereichen wird die Verwaltung immer erste und letzte Instanz sein. Das gilt vor allem für die Gestaltungsfunktionen. Mit ihrer ständig zunehmenden Bedeutung innerhalb der Verwaltungstätigkeit wird daher die Frage nach einem „Ausgleich“ für die abnehmende Relevanz der gerichtlichen Kontrolle aktuell. Eine stärkere Beachtung des Verwaltungsverfahrens bietet sich an, wobei eine Beteiligung des betroffenen Bürgers als Rechtsschutz nicht-judizieller Art naheliegt. *Partizipation hätte insofern rechtsstaatliche Funktion.*

3. *Das veränderte Verhältnis der modernen Verwaltung zum Bürger* schließlich wird nach wie vor am anschaulichsten durch das bekannte Bild *Forsthoffs* von dem zunehmenden effektiven und immer stärker schrumpfenden beherrschten Lebensraum des Menschen signalisiert¹²³). Der durch den industriell-

sen nach „kein ermessensausfüllender, sondern ein schöpferischer Prozeß... Aus dem Grunde entzieht sie sich den traditionellen Kategorien der Gesetzesbindung.“; *Harnischfeger*, Planung in der sozialstaatlichen Demokratie (1969).

¹²⁰) Die modernen Planungsgesetze tragen dem Rechnung, indem sie sich auf die Formulierung weitgespannter *Zielvorstellungen* beschränken. Siehe z. B. § 1 Abs. 4, 5 BBauG; § 1 Abs. 3, 4, 5 Städtebauförderungsg; § 1 Stabilitätsg. Vgl. auch E.-H. Ritter, JZ 1972, 110. Diese Bestimmungen werden mit *Verwaltungsverfahrensgesetzen* kombiniert. Siehe z. B. § 2, insb. Abs. 4 ff. BBauG; §§ 3 ff., §§ 53 ff. Städtebauförderungsg; § 3 Abs. 1 Stabilitätsg.

¹²¹) Unter dem Stichwort „Verbandsklage“ ist die Frage der unmittelbaren Selbstbetroffenheit (§ 42 Abs. 2 VwGO) derzeit besonders in der Diskussion. Vgl. dazu etwa *Hans H. Rupp*, ZRP 1972, 32 ff. und *Ule*, DVBl. 1972, 444, jeweils m. w. N.; *Oberndorfer*, DÖV 1972, S. 529 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht: *Bleckmann*, VerwArch 63 (1971), S. 183 ff. Allgemein zu dem Problem *P. Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (123: „Modifikation des herkömmlichen Eingriffsbildes“!).

¹²²) Vgl. *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, in: *v. Caemmerer u. a.* (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. II (1960), S. 229 ff. (233, 252).

¹²³) *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 25 f.; *ders.*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in: *ders.*,

technischen Prozeß verursachte vielbeschriebene und buchstäblich beispiellose Wandel des Staates zu einem „universalen Daseinsgaranten“ (A. Gehlen) braucht nicht erneut dargestellt zu werden. Wichtig ist hier die offenkundige Tatsache, daß der moderne Mensch ohne beherrschten Lebensraum gerade auch in seiner *elementaren Existenz* vom Staat bzw. der staatlichen Verwaltung abhängig ist, die nicht nur das *Wie*, sondern auch das *Ob* seines Lebens bestimmt¹²⁴). [Im sozio-ökonomischen Raum gibt es praktisch keinen „staatsfreien Winkel“ mehr. Von der Wasserversorgung über den Personenverkehr bis zum Heilbad, vom Mutterschutz über die Jugendhilfe bis zum Jugendarbeiterschutz, zur Arbeitsförderung, Vorsorgeuntersuchung, Krankenversicherung, Sozialversicherung, Vermögensbildung usw., die Verwaltung „umsorgt“ den Menschen bis hinein in den Kern seiner *Intimssphäre*: der moderne Staat ist uns sehr nahe gerückt¹²⁵).] Neben die individuelle Daseinsverantwortung tritt zunehmend die Verantwortung der Allgemeinheit für das Dasein des Individuums.

Man muß nicht unter liberalen Vorurteilen leiden, um das Ausmaß der Gefahren abschätzen zu können, die der personalen Freiheit aus dieser Situation erwachsen. Allgemein wird die Gefahr einer technokratischen Entartung der Verwaltung gesehen und vor ihrer Ausklammerung aus dem politischen Integrationsprozeß gewarnt¹²⁶). Dies scheint mir freilich mehr und ganz allgemein ein Problem unserer parlamentarischen Verfassungsstruktur insgesamt zu sein, deren freiheitsverbürgender Effekt auch im Bereich einer daseinsvorsorgenden Verwaltung abzuschern und zur Wirkung zu bringen ist. Die Daseinsvorsorge, vom Grundgesetz mit der Formel vom *sozialen Rechtsstaat* verfassungsrechtlich eingefangen¹²⁷), hat ihre spezifische Gefahr in einer zwangsläufig „nivellierenden Wucht der wohlfahrtsstaatlichen Aufgaben und Formen des Verwaltens“ (Ba-

Rechtsstaat im Wandel (1964), S. 111 ff. (112 ff.); *ders.*, a. a. O. (Anm. 1), S. 340 ff. m. w. N.; vgl. auch Bülck, Abhängigkeit und Selbständigkeit der Verwaltung, in: *Morstein Marx* (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 42), S. 52 ff. (58 ff.); W. Bogs, Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat, in: *Forsthoff* (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (1968), S. 509 ff.

¹²⁴) *Forsthoff*, *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung* (1959), S. 27 f. Vgl. außerdem etwa *Weichmann*, Wandel der Staatsaufgaben im modernen Staat, in: *Joseph H. Kaiser* (Hrsg.), *Planung III* (1968), S. 39 ff.; *Bülck*, a. a. O. (Anm. 123), S. 58 f.; *Scheuner*, a. a. O. (Anm. 122), S. 261 f.

¹²⁵) *Hennis*, PVS 1965, 427 f.

¹²⁶) Sehr ausgewogen dazu *Badura*, DÖV 1968, 450 ff.; vgl. auch *ders.*, a. a. O. (Anm. 86), jeweils m. z. N.

¹²⁷) Vgl. etwa *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 84 ff.

dura); eine solche Verwaltung kann den Menschen als *eigengestartetes Individuum* verfehlen und ihn zum austauschbaren Leistungsempfänger denaturieren. Entwicklungen dieser Art sind *allein* durch die politische Kontrolle seitens eines durch egalitäre Wahl besetzten Parlaments, das im wesentlichen auf die Festlegung allgemeiner Direktiven beschränkt bleiben muß, *nicht* zu verhindern. Die verlorene Autonomie des einzelnen in seiner individuellen Daseinssicherung und Daseinsgestaltung kann nur dadurch angemessen ausgeglichen werden, daß er darüber hinaus gerade seine Eigenart oder vielleicht auch seine „Unart“ in die sein Dasein gestaltende Verwaltung miteinbringen kann. *Insofern hätte Partizipation eine sozialstaatliche Funktion*, wenn man das Ziel des Sozialstaats nicht in einer kollektiven Massenabfütterung, sondern im Ermöglichen individueller Daseinsgestaltung sieht.

DRITTER TEIL:

Möglichkeiten und Grenzen verfassungs- und verwaltungsgerechter Partizipation

Die Basis für eine verfassungsgerechte Partizipation an Verwaltungsentscheidungen ist damit gelegt. Auf dieser Grundlage werden nunmehr Partizipationsmodelle entwickelt, die am Demokratiegebot, am Rechtsstaatsprinzip und am Grundsatz der Sozialstaatlichkeit ausgerichtet sind.

A) Partizipationsmodelle

1. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Demokratiegebot

I. Die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes

1. Hier geht es um die „Demokratisierung“ des (demokratischen) Staates des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG), speziell darum, Verwaltungsentscheidungen demokratisch oder „demokratischer“ zu machen¹²⁸). Das ist zunächst ein *Legitima-*

¹²⁸) Die „Demokratisierung“ der *Gesellschaft*, die mögliche oder unmögliche Übertragbarkeit des Demokratieprinzips als einem Prinzip der politischen Ordnung auf gesellschaftliche Organisationseinheiten steht also *unmittelbar* nicht zur Debatte. Vgl. dazu etwa einerseits: Roos, Demokratie als Lebensform (1969); Schüle, Demokratie als politische Form und als Lebensform, in: Festschr. f. R. Smend (1952), S. 321 ff.; Habermas, a. a. O. (Anm. 5), S. 13 ff.; Willy Brandt, Die Alternative, in: Die neue Gesellschaft 1969, Sonderheft Mai, S. 3 ff. und andererseits: Hennis, a. a. O. (Anm. 3), S. 68 ff.; Hans Maier/Matz, Die politische Meinung 1969, 42 ff.; Leibholz, VVDStRL 29 (1971), S. 105 f.; Dürig, ebenda, S. 127; W. Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 85 ff. m. w. N.

tionsproblem¹²⁹) und, weil hier ausschließlich die Demokratie-konzeption des Grundgesetzes als geschriebener Verfassung in Frage steht, zugleich ein Problem der *Legalität*¹³⁰).

[2. Die Demokratie des Grundgesetzes ist am politischen *output* orientiert¹³¹). Besonders deutlich zeigt dies die jeder Diskussion entzogene „Ewigkeitsentscheidung“ des Art. 79 Abs. 3 GG, aber nicht nur sie, wie v. Simson auf der Staatsrechtslehrrer-tagung in Speyer eindrucksvoll gezeigt hat¹³²). Eine „Partizipation aller Bürger am diskutant aufzuhellenden politischen Entscheidungsprozeß“¹³³), wie es Vorbild der radikalen, ausschließlich am *input* orientierten Demokratietheorie ist¹³⁴), gibt es unter der Geltung des Grundgesetzes nicht¹³⁵). Eine solche Partizipation kann Herrschaft nicht legitimieren¹³⁶). Plebiszitäre Momente sind dem Grundgesetz prinzipiell fremd, wenn auch das Volk über die Möglichkeit der Bildung einer öffentlichen Meinung als „Vorformung des politischen Willens“ (Scheuner) sehr viel größeres Gewicht bekommt, als es bei vordergründiger Betrachtung den Anschein hat¹³⁷). Die Staatswillensbildung wird aber hierdurch allenfalls mittelbar beeinflusst¹³⁸).

¹²⁹) Zum Problem der Legitimation allgemein: Heller, Staatslehre, 4. Aufl. (1970), z. B. S. 175 ff., 196, 221, 278; Quaritsch, in: Evangelisches Staatslexikon (1966), Stichwort: „Legalität, Legitimität“, Sp. 1226 f.; Luhmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 27 ff.

¹³⁰) K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 15, 81.

¹³¹) Zu dieser am Schema der Systemtheorie orientierten Einteilung politischer Ordnung: Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung (1970), S. 21 ff.

¹³²) VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (13 ff.).

¹³³) Euchner, Demokratietheoretische Aspekte der politischen Ideengeschichte, in: Kress/Senghaas (Hrsg.), Politikwissenschaft. Eine Einführung in ihre Probleme, 3. Aufl. (1972), S. 37 ff. (43).

¹³⁴) Scharpf, a. a. O. (Anm. 131), S. 25 ff., 55 f. m. z. N. Vgl. noch Habermas, a. a. O. (Anm. 5), S. 15 ff.; Eckert, a. a. O. (Anm. 7), S. 31 f.

¹³⁵) K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 54 f. — Das gleiche gilt natürlich für die pluralistische Variante der input-orientierten Demokratietheorie. Dazu Scharpf, a. a. O. (Anm. 131), S. 29 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Hans Maier/Matz, a. a. O. (Anm. 128), S. 46 f.

¹³⁶) Eine Ausnahme ist Art. 28 Abs. 1 S. 3 GG. Spätestens mit der kommunalen Gebietsreform hat die Bestimmung ihre praktische Bedeutung verloren.

¹³⁷) K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 61 ff.; Herb. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. (1966), S. 977 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Dienel, Die Verwaltung 1971, 157; W. Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 60 ff., 276 ff.

¹³⁸) BVerfGE 8, 104 (112 ff.); E 20, 56 (98 ff.); W. Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 102 ff., 108 ff.

In der freiheitlichen Demokratie unserer Verfassung ist *Herrschaft konstituiert*, und sie wird durch das institutionalisierte Verfahren der *Volkswahl legitimiert*. Das Grundgesetz lehnt die utopische Konzeption einer Demokratie als herrschaftslose Ordnung und damit jede undifferenzierte Identifikation von Staat und Gesellschaft ab¹³⁹). In Erkenntnis der Tatsache, daß es eine Identität von Regierenden und Regierten nicht gibt, jeder Staat als verfaßte Herrschaftsordnung einer Repräsentation bedarf¹⁴⁰) und alle Machtentfaltung dem „Gesetz der kleinen Zahl“ unterliegt¹⁴¹), trennt es in Art. 20 Abs. 2 zwischen *Legitimation* als der Frage nach Sinn und Rechtfertigung von Herrschaft und *Ordnung* als der Frage nach dem konkreten Herrschaftsvorgang¹⁴²). Die Volkswahl ist institutionalisierter Ausdruck einer *Legitimationskette vom Volk zu den „besonderen Organen“* i. S. des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG¹⁴³), und die in Art. 38 Abs. 1 GG verankerten Grundsätze gewährleisten, daß es die tatsächliche, die empirische Mehrheit des Volkes, die *volonté de tous* ist, die den Herrschaftsauftrag erteilt. Die plebiszitäre Annahme eines fiktiv-einheitlichen Volkswillens und dessen Identität mit dem Gesamtinteresse¹⁴⁴) wird abgelehnt.

3. Das in Art. 20 Abs. 2 GG errichtete Modell gilt gem. Art. 28 Abs. 1 GG ebenso für die Herrschaftslegitimierung in den *Ländern, Kreisen und Gemeinden*. Diese gebietsmäßige Ab-

¹³⁹) Statt vieler: K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 54 ff. — Allgemein dazu Heller, a. a. O. (Anm. 129), S. 246 ff.; Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats* (1954); Eschenburg, *Staat und Gesellschaft in Deutschland*, 2. Aufl. (1956), S. 277; Herb. Krüger, a. a. O. (Anm. 137), S. 654 ff.; Dürig, VVDStRL 29 (1971), S. 127; Ossenbühl, ebenda, S. 137 ff. (150 m. w. N.). — Zu einem „Hinwegfingieren“ von Herrschaft neigt z. B. auch die Konzeption von Leibholz, a. a. O. (Anm. 25), S. 90 ff.; dazu Hättich, a. a. O. (Anm. 8), S. 45 f. m. FN. 42.

¹⁴⁰) Joseph H. Kaiser, in: *Staatslexikon*, 6. Bd., 6. Aufl. (1961), Stichwort: „Repräsentation“, Sp. 866: „Es gibt kein Staatswesen ohne Repräsentation“.

¹⁴¹) Heller, a. a. O. (Anm. 129), S. 247.

¹⁴²) Siehe einerseits Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und andererseits Satz 2. Allgemein hierzu Hättich, a. a. O. (Anm. 8), S. 25 ff. — Die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ermöglichte Abstimmung bezieht sich auf die abschließend geregelten Fälle der Art. 29 und 118 GG. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Zacher, *Freiheitliche Demokratie* (1969), S. 22 ff. — Weitergehendere Regelungen finden sich in den Landesverfassungen. Vgl. etwa Art. 74 LVerf. Bayern, Art. 60 LVerf. Bad.-Württemberg, Art. 68 LVerf. Nordrhein-Westfalen.

¹⁴³) Scheuner, VVDStRL 16 (1958), S. 124; vgl. auch Herzog, a. a. O. (Anm. 49), S. 209 f., 212 ff.

¹⁴⁴) Hättich, a. a. O. (Anm. 8), S. 48 m. w. N.

stufung interessiert einmal im Hinblick auf die organschaftliche Partizipation; zum anderen bringt der Aufbau von unten nach oben auch wichtige Voraussetzungen für die bürgerschaftliche Partizipation durch ihren Effekt möglichst *bürger naher Entscheidungen*¹⁴⁵). Schließlich und vor allem aber manifestiert sich in Art. 28 Abs. 1 GG eine *Dezentralisation der Legitimation*, indem nicht nur dem „*ganzen Volk*“¹⁴⁶), sondern auch dem „*Teilvolk*“¹⁴⁷) des einzelnen Landes, Kreises und der einzelnen Gemeinde herrschaftslegitimierende Wirkung beigemessen wird. Die Volkswahl ist dabei immer auf die Volksvertretung als zentrale Führungsinstanz bezogen. Alle anderen Organe, und damit auch die Organe der Verwaltung, werden unmittelbar oder mittelbar (über die Regierung) von der Volksvertretung eingerichtet (z. T. auch errichtet) und kontrolliert. Eine unmittelbare Berufung dieser Organwalter durch Volkswahl ist vom Grundgesetz nicht vorgesehen und prinzipiell ausgeschlossen¹⁴⁸). *Demokratische Verwaltung* heißt also zu allererst einmal *parlamentsbezogene* und *parlamentsabhängige Verwaltung*¹⁴⁹).

4. *Neue Legitimationsprobleme* wirft nun — wie wir sahen — die zunehmende Verselbständigung der Verwaltung gegenüber Parlament und Regierung auf. Dabei ist natürlich nicht zu verkennen, daß es weder Verwaltungsbereiche gibt, in de-

¹⁴⁵) Zacher, a. a. O. (Anm. 142), S. 180 f.; v. Simson, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (20); Kopp, ebenda, S. 119. — Auswirkungen zeigen sich vor allem auf kommunalem Gebiet: BVerfGE 11, 266 (275 f.); v. Unruh, DÖV 1972, 16 ff. — Vgl. aber unten III, 3, FN. 212.

¹⁴⁶) Davon geht Art. 20 Abs. 2 GG aus. Dabei ist es natürlich richtig, daß der sog. Wahlkreisbewerber nicht vom ganzen Bundes- oder Landesvolk, sondern nach § 5 BWahlG nur vom Volk seines Wahlkreises gewählt wird. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, daß diese „Amtsinhaber“ damit „nur von Teilen des Volkes“ legitimiert seien (so aber Herzog, a. a. O. [Anm. 49], S. 221). Die gebotene Gesamtsicht richtet sich auf das Parlament, das vom ganzen Volk gewählt wird. Das „Volk“ eines Wahlkreises ist zwar nur ein „Teil“ des Volkes im tatsächlichen Sinne, aber nicht „Teilvolk“ im Rechtssinne.

¹⁴⁷) Zur Terminologie Kelsen, Allgemeine Staatslehre (Neudruck 1966), S. 180 f. Vgl. auch Herzog, a. a. O. (Anm. 49), S. 220 ff.

¹⁴⁸) So wieder jüngst Geiger, Das Demokratieverständnis des Grundgesetzes, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 229 ff. (233 f.). — Dieses Prinzip hindert nicht, daß der Gesetzgeber für bestimmte Fälle eine Volkswahl der Exekutivspitze zuläßt, wie das z. B. in der BayGemO (Art. 17) und BayLKRö (Art. 31 Abs. 1 Satz 2) hinsichtlich des (Ober-)Bürgermeisters und Landrats geschehen ist.

¹⁴⁹) Scheuner, a. a. O. (Anm. 82), S. 275 f., 277; ders., DÖV 1969, 589 f., 591 f.; Ellwein/Görlitz/Schröder, a. a. O. (Anm. 68), S. 71 ff.; Ellwein, a. a. O. (Anm. 96), S. 51; Brohm, a. a. O. (Anm. 103), S. 246 f.

nen jede Tätigkeit nur Vollziehung detailliert vorgenornter Entscheidungsschablonen ist, noch Verwaltungsagenden feststellbar sind, die sich jeglicher (auch mittelbarer) Bindung an die parlamentarische Führung in praxi entzogen hätten. Vor allem ist die Sachinitiative der Verwaltung ebenso legitim und notwendig wie es selbstverständlich ist, daß Parlament und Regierung bei einschlägigen Entscheidungen die Überlegungen und die Erfahrung der Verwaltung beachten¹⁵⁰). In diesem Sinne gibt es immer nur ein Mehr oder Weniger an Selbständigkeit und Einfluß der Verwaltung. Idealtypisch argumentiert geht es hier um jene Verwaltungsbereiche, in denen das „Mehr“ *tatsächlich* soviel geworden ist, daß es verfassungsrechtlich ein „Zuviel“ ist, weil eine ausreichende parlamentarische Führung und Kontrolle nicht mehr funktioniert und damit der Legitimationsstrang vom Parlament zur Verwaltung tatsächlich nicht mehr existiert¹⁵¹), d. h. jene Situation geschaffen ist, die — mehr aus empirischer Sicht — häufig mit dem Begriff „Verwaltungsstaat“¹⁵²) gekennzeichnet wird und in welcher der legitime *Einfluß* der Verwaltung faktisch in *Zuständigkeit*, die notwendige *Selbständigkeit* in *Bindungslosigkeit* umschlägt¹⁵³).

Diese Spannung zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungswirklichkeit kann nicht durch *Normativierung der Wirklichkeit* unter *Negierung der Verfassung* gelöst werden. Selbstverständlich ist das Gebot, die Wirklichkeit der Verfassung anzupassen, d. h. speziell: die Verwaltung wieder an die Legitimationskette zu legen, so wie es das Grundgesetz verlangt. Fragen der Parlamentsreform im weiteren Sinne stehen hier im Mittelpunkt.

¹⁵⁰) Vgl. etwa Ellwein, a. a. O. (Anm. 92), S. 80 ff. mit Beispielen, die den Funktionszusammenhang anschaulich zeigen; zutreffend wird aber auch betont, daß „Einfluß“ nicht mit „Zuständigkeit“ verwechselt werden darf (Ellwein/Görlitz/Schröder, a. a. O. [Anm. 68], S. 73).

¹⁵¹) Illustrativ dazu etwa E.-H. Ritter, JZ 1972, 110 f.

¹⁵²) Vgl. Herb. Krüger, a. a. O. (Anm. 137), S. 80 ff. m. z. N.; Ellwein, Politik, Regierung, Verwaltung, Bd. 3, 1. Teil (1970), S. 14 ff.; Peters, Der Kampf um den Verwaltungsstaat, in: Festschr. f. Lafort (1952), S. 19 ff. — Besonders weitgehend die Vision von Schelsky, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation (1961). Vgl. außerdem: Joseph H. Kaiser, Einleitung. Exposé einer pragmatischen Theorie der Planung, in: ders., Planung I (1965), S. 11 ff. (26 ff.). Richtig freilich Badura (DÖV 1968, 450), wenn er meint: „Der Wohlfahrtsstaat ist notwendig 'Verwaltungsstaat' in dem Sinne (!), daß er seine Zwecke nur durch einen umfangreichen und bürokratisch organisierten Verwaltungsstab verwirklichen kann“.

¹⁵³) Dazu vor allem Köttgen, DVBl. 1957, 441; ders., DÖV 1964, 147; ders., Struktur und politische Funktion öffentlicher Verwaltung, in: Festschr. f. Leibholz, Bd. II (1966), S. 771 ff.

Die fortschreitende *Pluralisierung der Verwaltung*, ihre Aufgliederung in eine Vielzahl von Teil- oder Subsystemen, Sonderbehörden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften und andere Verwaltungseinheiten, kann und soll aber durch eine solche Reform nicht aufgehoben, geschweige denn zurückgeschraubt werden. Nur eine pluralistische Struktur der Verwaltung in ihrer Komplexität ermöglicht die Bewältigung der an eine moderne Verwaltung gestellten vielfältigen Aufgaben¹⁵⁴). Problematisch aber ist, wieweit die Selbständigkeit dieser Subsysteme von Verfassungen wegen reichen darf, inwieweit also eine solche Selbständigkeit *legitim* ist oder — und das ist die zentrale Frage — durch Partizipation *legitimiert* werden kann oder muß.]

II. Legitimation durch Partizipation

In Frage steht eine *ersatzweise* oder eine *zusätzliche* Legitimation staatlicher Verwaltungsentscheidungen durch unmittelbare Beteiligung von Bürgern oder Bürgergruppen als solchen. Als „unmittelbar“ muß dabei auch eine Beteiligung angesehen werden, die durch Gruppenvertreter vollzogen wird.

Gegenstand der Legitimation durch Partizipation können sein:

— einzelne Entscheidungsvorgänge (z. B. Subventionsvergaben),

— mehrere, sachlich zu einem zeitlich und/oder räumlich vorübergehend in sich geschlossenen Entscheidungskomplex verbundene Einzelagenden (z. B. Planungsmaßnahmen),

— oder schließlich ganz generell die Tätigkeiten bestimmter vor allem körperschaftlich verfaßter und sachbezogener Verwaltungseinheiten (z. B. Berufskammern).

Das grundsätzliche Problem ist dabei immer dasselbe: *es geht um die Legitimationskraft einer „Betroffenen“-Teilhabe im Sinne der Erledigung „eigener“ Aufgaben*¹⁵⁵). Bei der Komplexität der Problematik kann in diesem Rahmen nur exemplarisch argumentiert werden. Besondere Beachtung verdient die

¹⁵⁴) Luhmann, etwa: Politische Planung, Jahrbuch für Sozialwissenschaft 17 (1966), S. 271 ff.; ders., Theorie ..., a. a. O. (Anm. 59), S. 64 ff.; W. R. Ashby, An Introduction to Cybernetics (London 1957); Dienel, Die Verwaltung 1971, 152 f.; Mäding, a. a. O. (Anm. 98), S. 319 ff., insb. S. 322 ff.; Köttgen, Mandat, Methoden, Instrumente planender Verwaltung, in: Joseph H. Kaiser (Hrsg.), Planung III (1968), S. 11 ff. (insb. S. 14 f.); Forsthoff, Über Mittel und Methoden moderner Planung, ebenda, S. 21 ff. (22 ff.); W. Ernst, Raumordnung als Aufgabe der planenden Gesetzgebung und Verwaltung, ebenda, S. 129 ff. (144 ff.); Bonheim, DUZ 1969, Heft 15/16, S. 2 f.

¹⁵⁵) So jüngst z. B. Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (269 f. mit FN 69).

sachbezogene Verwaltungseinheit. Ist doch gerade sie ein Turnmelplatz neuer *Demokratiehoffnungen*.

1. Die Frage nach der Möglichkeit *ersatzweiser Legitimation durch Partizipation* kann beim Demokratieverständnis des Grundgesetzes nur rhetorischen Charakter haben, würde dies doch bedeuten, daß Partizipation *allein*, und d. h. *anstelle der Volkswahl*, Herrschaft legitimiert. Damit würde die über das institutionalisierte Verfahren der Volkswahl zu knüpfende Legitimationskette vom gesamten Volk (Art. 20 Abs. 2 GG) oder dem in Art. 28 Abs. 1 GG als Legitimationsbasis anerkannten „Teilvolk“ zu den Verwaltungsorganen mittels Bürgerbeteiligung an konkreten Verwaltungsentscheidungen *gleichsam kurzgeschlossen*¹⁵⁶⁾. Eine solche Konzeption widerspricht dem zwingenden Prinzip der Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig.

Diesem Verdikt unterfallen grundsätzlich alle pluralistischen Varianten der input-orientierten Demokratietheorie¹⁵⁷⁾, [wobei es an der Sache nichts ändert, daß sie unter neuer und reichlich komplizierter Terminologie erscheinen¹⁵⁸⁾]. Die Verdienste vor allem der modernen Organisationstheorie¹⁵⁹⁾ sollen damit in keiner Weise geschmälert werden, und ich bin sicher, daß ihre Erkenntnisse verfassungskonform genutzt werden können. Subsystem, Einzelorganisation, Teilsystem (oder wie immer

¹⁵⁶⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang *Mayntz*, a. a. O. (Anm. 45), S. 344. Ohne auf verfassungsrechtliche Fragen einzugehen, sieht sie dem Grundsatz nach hierin eine Möglichkeit (allerdings zusätzlicher) Legitimation (S. 351 ff.). *Oberndorfer* (DÖV 1972, 532) akzeptiert eine „Legitimation durch die Verwaltungsadressaten“. — Demgegenüber will *Hans H. Klein* (Demokratie und Selbstverwaltung, in: Festschr. f. Forsthoff [1972], S. 165 ff. [177]) nicht einmal die Selbstverwaltungseinrichtungen i. S. des Art. 28 GG als „eigenständige Legitimationsquelle“ anerkennen.

¹⁵⁷⁾ Dazu *Scharpf*, a. a. O. (Anm. 131), S. 29 ff. — Eine andere Beurteilung verdient allerdings die normativ reduzierte Pluralismustheorie, von der *Scharpf* (S. 54) unter Verweis auf *Dahl* bemerkt, sie sei „etwa auf dem Stand der älteren Balancetheorie angelangt“.

¹⁵⁸⁾ Vgl. etwa *Jean Millar*, Die Rolle des Sachverständigen in der politischen Willensbildung und im Entscheidungsprozeß (1970), S. 26 ff.; *Ch. E. Lindblom*, The Intelligence of Democracy (New York 1965), S. 205 ff.; *R. M. Cyert/ J. G. March*, Behavioural Theory of Organizational Objectives, in: *M. Haire* (Hrsg.), Modern Organization Theory (New York 1959), S. 76 ff.; *Glaser*, Radikalität — Scheinradikalität — Spielraum. Zur Sozialpsychologie des Protestes, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 12/1969, S. 10 f.; *Naschold*, PVS 1968, 494 ff.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 60), passim; *ders.*, a. a. O. (Anm. 5), passim.

¹⁵⁹⁾ Dazu etwa *Luhmann*, Der Staat 3 (1964), S. 129 ff.

man die fraglichen Organisationseinheiten nennen mag) als selbständige, vom Gesamtwillensbildungsprozeß der parlamentarischen Führungsinstanz losgelöste Entscheidungsträger aber sind verfassungsrechtlich unzulässig, und zwar auch dann, wenn es etwa über die Institution von „Gruppenführern“ zu einer vertikalen und horizontalen Verklammerung der Teilsysteme und auf diese Weise letztlich doch zu einem gewissen institutionalisierten Gesamtwillensbildungsprozeß kommen sollte¹⁶⁰). Das „Kurzschließen“ des Legitimationsstranges führt auch hier zum „Ausschließen“ der vom Grundgesetz geforderten Legitimationsbasis.]

2. Was nun die Möglichkeit einer *zusätzlichen Legitimation durch Partizipation* betrifft, so ist zu beachten, daß das Grundgesetz neben den Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 Normen mit speziellen Kompetenzzuweisungen enthält, die die allgemeinen Legitimationserfordernisse modifizieren¹⁶¹). Für den hier interessierenden Verwaltungsbereich ist z. B. Art. 88 GG zu nennen, der eine dem Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vorgehende Ausnahmebestimmung sein soll¹⁶²).

Darüber hinaus gibt es zahlreiche sachbezogene Verwaltungseinheiten vor allem in Form von Körperschaften, aber auch von Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts mit dem *Recht auf Selbstverwaltung*¹⁶³). Das Grundgesetz hat sie nicht nur als Typus, sondern zu einem großen Teil in concreto vorgefunden: die Rechtsanwalts- und Handwerkskammern, die Landwirtschaftskammern, die Industrie- und Handelskammern, die Innungen, die Boden- und Wasserverbände, die öffentlich-rechtlichen Marktverbände, die Universitäten. Es hat sie offenbar auch akzeptiert. In Art. 87 Abs. 2 und 3 GG sind sachbezogene Verwaltungseinheiten sogar *expressis verbis* normiert.

¹⁶⁰) Näher dazu Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (295 ff.). — Zur *Systemgrenze* innerorganisatorischer „Demokratisierung“ K. König, a. a. O. (Anm. 55), S. 292 ff.

¹⁶¹) Ein Beispiel ist Art. 9 Abs. 3 GG als Ermächtigung zur tarifvertraglichen Normsetzung. Dazu etwa Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 102 ff.; Brohm, a. a. O. (Anm. 103), S. 245. — Ebenso hierher gehören die Regelungen in Art. 92 oder Art. 114 GG.

¹⁶²) Hamann/Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. Aufl. (1970), Anm. 2 zu Art. 88 (S. 586); Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 27 (S. 17) zu Art. 88; Brohm, a. a. O. (Anm. 103), S. 245.

¹⁶³) Dazu besonders ausführlich H. J. Wolff, Verwaltungsrecht II, 3. Aufl. (1970), § 84 (S. 159 ff., insb. § 93, S. 271 ff.); E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 75), S. 7 (vgl. auch S. 26 ff.), spricht in diesem Zusammenhang von einem „Verfassungsprinzip ‚Selbstverwaltung‘“.

Bedeutet dies nun auch Legitimation der Selbstverwaltungstätigkeit durch Partizipation im Wege der organisationsinternen Willensbildung? Es wäre eine *zusätzliche* Legitimation, weil auch der Selbstverwaltungsbereich mindestens einer staatlichen Rechtsaufsicht unterliegt¹⁶⁴⁾ und grundsätzlich in den Gesamtwillensbildungsprozeß eingebettet bleibt¹⁶⁵⁾.

Die Frage ist zu verneinen. Es gibt kein „Verbandsvolk“ als Legitimationsbasis¹⁶⁶⁾. [Der immer wieder angeführte Art. 87 Abs. 2 und 3 GG¹⁶⁷⁾ stellt zwar von Verfassungs wegen klar, daß sachbezogene Verwaltungseinheiten zulässig sind, zur Art und Weise der Legitimation besagt er aber nichts. Das gleiche gilt z. B. für Art. 40 Abs. 1 oder Art. 88 GG¹⁶⁸⁾. Vor allem aber führt allein die Existenz und Anerkennung der Selbstverwaltung, etwa einer Körperschaft wie der Handwerkskammer¹⁶⁹⁾, noch nicht zu einem irgendwie strukturierten „Verbandsvolk“ als Legitimationsbasis, es sei denn, man versucht

¹⁶⁴⁾ Vgl. etwa H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 84 III, c, 2 (S. 167); *Dahlgrün*, Parlamentarische Kontrolle und autonome Verwaltungsbereiche, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 317 f.; E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 75), S. 7 f., 17; *Hans H. Klein*, a. a. O. (Anm. 156), S. 180 ff.; *BayVerfGH*, VRspr. 3, 651 (656 f.).

¹⁶⁵⁾ Die Körperschaften werden durch staatlichen Hoheitsakt (in der Regel durch Gesetz) gebildet, rechtlich wirksam und aufgelöst. Dazu etwa *Scheuner*, Voraussetzungen und Form der Errichtung öffentlicher Körperschaften (außerhalb des Kommunalrechts), in: *Gedächtnisschr. f. H. Peters* (1967), S. 797 ff., insb. S. 804 ff.; H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 84 II, S. 162 ff.; E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 75), S. 40 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. (173 f. m. z. N.). Auch die autonome Rechtsetzungsmacht ist immer abgeleitete Rechtsetzungsmacht (*Wentzel*, a. a. O. [Anm. 88], S. 106 m. z. N.).

¹⁶⁶⁾ So aber *Brohm*; zunächst auf die Wirtschaftsorganisation bezogen (a. a. O. [Anm. 103], S. 243 ff.) stellt er nunmehr (VVDStRL 30 [1972], S. 245 ff. [269 ff. mit FN. 68 und 69]) das *Verbandsvolk* als Legitimationsbasis für Verwaltungsmaßnahmen von begrenztem Wirkungskreis ganz *allgemein* zur Diskussion. Eine ähnliche Konzeption findet sich bei *Herzog*, a. a. O. (Anm. 49), S. 220 ff. Auch *Scheuner*, a. a. O. (Anm. 165), S. 808, scheint in der „mitgliedschaftlichen Verankerung“ der Autonomie eine zusätzliche Legitimation zu sehen; in gleicher Richtung *Chr. Starck*, AöR 92 (1967), S. 452.

¹⁶⁷⁾ Zuletzt *Brohm*, VVDStRL 30 (1972), S. 245 ff. (270 FN. 69); vgl. schon *ders.*, a. a. O. (Anm. 103), S. 256 FN. 84, S. 261.

¹⁶⁸⁾ Verwunderlich ist es, daß *Brohm* in diesem Zusammenhang auch Art. 28 Abs. 2 GG heranzieht (a. a. O. [Anm. 103], S. 256 FN. 84 und VVDStRL 30 [1972], S. 245 ff. [270 FN. 69]), obwohl er an anderer Stelle (a. a. O. [Anm. 103], S. 248 ff.) ausführlich und überzeugend begründet, daß Selbstverwaltung und Autonomie der Gemeinden gerade kein Vorbild für eine eigenständige demokratische Legitimation anderer organisatorischer Einheiten sein kann.

¹⁶⁹⁾ §§ 90 ff. HandwO. Zum „demokratischen“ Prinzip in der HandwO: *Wentzel*, a. a. O. (Anm. 88), S. 112 ff. m. z. N.

hier eine in jeder Hinsicht unhaltbare Verbindung (etwa im Wege der Analogie) zu Art. 28 Abs. 2 GG herzustellen¹⁷⁰.)

Soweit das Grundgesetz ein „Teilvolk“ als Legitimationsbasis akzeptiert, verlangt es, ebenso wie beim Gesamtvolk, einen *territorialen Bezug* (Art. 20 Abs. 2 / 28 Abs. 1 GG). Ein mitgliedschaftlich strukturiertes *sachbezogenes* „Verbandsvolk“ ist ihm als Legitimationsquelle unbekannt. Man kann darüber streiten, ob ein derartiges „Verbandsvolk“ außerhalb der staatlichen Organisation eine irgendwie geartete „demokratische“ Legitimation zu vermitteln vermag¹⁷¹). *Staatliche* Entscheidungsprozesse lassen sich auf diese Weise jedenfalls nicht legitimieren. Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GG müssen als *abschließende* Regelungen verstanden werden, weil von dem dort angesprochenen territorial bezogenen Gesamt- und Teilvolk nicht nur Staatsgewalt, sondern gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG *alle* Staatsgewalt ausgeht. Die Konzeption einer „Mitgliederdemokratie“ widerspricht der Grundstruktur unserer Verfassung¹⁷²).

[Dieses Ergebnis ändert freilich nichts an der Tatsache, daß die Legitimationskette zwischen Parlament und Verwaltungsentscheidung *zu lang* ist, und es ändert nichts an dem Legitimationsdefizit durch die oben (ZWEITER TEIL, II, 1) geschilderte zunehmende Autonomie der Verwaltung. Kompensation durch „demokratische“ Partizipation ist deswegen aber noch kein Verfassungsgebot und auch nicht die einzige Lösung. Im Vordergrund steht das Problem der *Eigenständigkeit der Verwaltung*, genauer die — schon logisch vorrangige — Frage, wie weit und wie intensiv die Bindung der Verwaltung an den vornehmlich vom Parlament geführten Gesamtwillensbildungsprozeß sein muß, inwieweit also eine Selbständigkeit der Verwaltung *legitim* ist. Dieses vieldiskutierte Problem kann hier nicht vertieft werden¹⁷³). Es sei aber immerhin vermerkt, daß

¹⁷⁰) Siehe Anm. 167. Vgl. etwa auch Köttgen, a. a. O. (Anm. 153), S. 795. Interessant hier die scharfe Unterscheidung, die L. v. Stein (Die Verwaltungslehre, Teil 1, Abt. 2 [Neudruck 1962], S. 22, 128) zwischen „Selbstverwaltung“ und „Vereinswesen“ trifft. Vgl. schließlich noch Wentzel, a. a. O. (Anm. 88), S. 109.

¹⁷¹) Dabei wäre dann zu erwägen, inwieweit Art. 9 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG als „Modelle“ herangezogen werden können.

¹⁷²) Das gleiche gilt natürlich für den Versuch, staatliche Verwaltungstätigkeit durch Beteiligung des Adressaten oder gar durch Bediensteten-Partizipation zu legitimieren. Zur Bediensteten-Partizipation statt vieler: E.-H. Ritter, JZ 1972, 107 ff., insb. 109 ff.

¹⁷³) Zum Streitstand insbesondere Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt (1962), S. 93 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz (1968), S. 196 ff.; Peters, Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?, in: Festschr. f. Hans Huber (1961), S. 206 ff. Vgl.

Art. 20 Abs. 3 GG die vollziehende Gewalt und damit auch die Verwaltung lediglich an „Gesetz und Recht“ bindet, die Frage der demokratischen Legitimation für die Verfassung also eine Frage der Gesetzesbindung ist¹⁷⁴). Das *tatsächliche* Funktionieren dieser gesetzlichen Bindung ist ein Problem der Parlamentsreform, nicht der Partizipation. Daß hierbei der Verwaltung immer ein legitimer *Eigenbereich* verbleiben muß¹⁷⁵), ist selbstverständlich. In diesem Sinne besitzt die Verwaltung — wie *Badura*¹⁷⁶) formuliert — zwar kein „eigenständiges“, wohl aber ein „durch das parlamentarische Regierungssystem vermitteltes und kontrolliertes demokratisches Mandat“.

Sehr ausgewogen ist hier eine neuere Entscheidung des BVerfG speziell zur Selbstverwaltung sachbezogener Verwaltungseinheiten (Ärztekammer)¹⁷⁷). Darin wird einerseits die sinnvolle Einordnung des Autonomiegedankens in das System der grundgesetzlichen Ordnung betont, andererseits die Notwendigkeit ihrer Grenzen deutlich gemacht und dabei vor allem auf das Prinzip der Demokratie abgestellt, das gebiete, „daß jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volk bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können“¹⁷⁸): Der Gesetzgeber dürfte daher seine „vornehmste Aufgabe nicht anderen Stellen innerhalb oder außerhalb der Staatsorganisation zu freier Verfügung überlassen“¹⁷⁸). Das Gericht betont damit vor allem die Kompetenz des Parlaments für politische *Grundentscheidungen* und die notwendige *Einheit des politischen Gemeinwesens*.

außerdem *Quaritsch*, Das parlamentslose Parlamentsgesetz (1961), S. 7 ff.; *Jesch*, a. a. O. (Anm. 82), S. 171 ff.; *K. Vogel*, VVDStRL 24 (1967), S. 125 ff.; *Dahlgrün*, a. a. O. (Anm. 164), S. 317 ff.; *Ch.-Fr. Menger*, Verwaltungsrichtlinien — autonome Rechtsetzung durch die Exekutive?, ebenda, S. 299 ff. Vgl. dazu auch schon *L. v. Stein*, a. a. O. (Anm. 101), S. 9 f., 58.

¹⁷⁴) Vgl. *Bullinger*, a. a. O. (Anm. 173), S. 94 m. w. N. Grundsätzlich wie hier auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. (160 f.); *Hans H. Klein*, ebenda, S. 121 f. Die Grenzen der Eigenständigkeit der Verwaltung werden überzeugend von *Dahlgrün*, a. a. O. (Anm. 164), S. 319 ff., gezogen, der vor allem vor einer „absoluten Autonomie“ warnt.

¹⁷⁵) Vgl. etwa BVerfGE 9, 268 (279 f.).

¹⁷⁶) DÖV 1968, 450.

¹⁷⁷) BVerfGE 33, S. 125 ff. Vgl. dazu die Rezensionen von *P. Häberle*, DVBl. 1972, 909 ff. und *Chr. Starck*, NJW 1972, 1489 ff.

¹⁷⁸) BVerfGE 33, S. 158.

Diese Einheit wird nun keineswegs durch Partizipation *schlechthin* gefährdet¹⁷⁹⁾. Sie ist aber zumindest ernsthaft in Frage gestellt, wenn Partizipation an staatlichen Verwaltungsentscheidungen als *Legitimationselement* fungieren soll. Damit wird nämlich dem Prinzip der *Legalität*, unter dem nach dem Willen des Grundgesetzes alle staatliche Verwaltung gerade aus *Legitimitätsgründen* (Art. 20 Abs. 2/3 GG) stehen muß, *insgesamt* eine (von der Verfassung nicht vorgesehene) Legitimierung der jeweils „Betroffenen“ eines sachbezogenen Teilbereiches entgegengestellt — wobei es dann gleichgültig ist, ob dieser Teilbereich als feste Verwaltungseinheit organisiert ist, Einzelentscheidungen oder einen Komplex von Einzelentscheidungen betrifft. Bezieht man die Legitimation und damit die Frage nach dem Sinn der Herrschaft, wenn auch nur zusätzlich, so doch *generell* auf die jeweils konkret „Betroffenen“, und zwar nicht nur dort, wo sie in festgefügtens überschaubaren Verwaltungseinheiten organisiert sind, sondern auch dort, wo sie als „ad-hoc-Gemeinschaften“ im Hinblick auf bestimmte Entscheidungskomplexe oder Einzelmaßnahmen auftreten, so wird von der Frage nach dem Sinn der Herrschaft aus die Herrschaftsstruktur als verfaßte Herrschaft zerfasert. Hat man erst einmal *ganz allgemein* akzeptiert, daß „Betroffene“ im Hinblick auf eine wahrzunehmende Aufgabe als eine einheitliche Gruppe anzusehen sind, die eigene Aufgaben wahrnimmt und daraus ihre Legitimation schöpft, so muß man auch sehen, daß derartige Aufgabenbereiche weder theoretisch noch praktisch klar bestimmt und abgegrenzt werden können und damit insgesamt die Struktur der Staatsverwaltung in Auflösung gerät, die unbestimmte Summe unbestimmbarer Betroffeneneneinheiten über eine „parlamentarisierte Verwaltung“ tendenziell zum *Ersatzparlament der Besonderheiten* heranwächst, und es ist eine Binsenweisheit, daß aus einer bloßen Addition der Sonderinteressen alles mögliche, auf keinen Fall aber das Gemeininteresse entspringt.]

3. Partizipation hat also keine Legitimationsfunktion.

Das heißt aber nicht, daß sie überhaupt keine demokratische Dimension besitzt. Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG enthalten nur eine Ausgestaltung des in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Demokratieprinzips.

¹⁷⁹⁾ Nicht gefährdet wird sie vor allem durch rechtsstaatliche und sozialstaatliche Partizipation (vgl. unten: DRITTER TEIL, A, 2. und 3. Modell).

III. Partizipation und Demokratieprinzip

Die andere Ausgestaltung zeigt sich in den folgenden, unsere freiheitliche Demokratie wesentlich mitbestimmenden Grundsätzen: im Konstitutionsprinzip der Menschenwürde¹⁸⁰⁾, dem Konsensprinzip¹⁸¹⁾ und dem Grundsatz der Öffentlichkeit „mit dem Ziel, . . . den Delegations- und Verantwortungszusammenhang vom Volk zu den Staatsorganen transparent . . . und kontrolliert zu halten“¹⁸²⁾.

1. Darüber hinaus liegt es nahe, auch im Hinblick auf diese Grundsätze und unter Beachtung einer Dogmatik der „grundrechtssichernden Geltungsfortbildung“, die mit guten Gründen den Akzent zunehmend vom status negativus auf den status activus (processualis) verlagert und das Grundrecht als Mitwirkungs- oder Teilhaberecht stärker in den Vordergrund rückt¹⁸³⁾, *Grundrechte und Partizipation in ihrer demokratischen Dimension in Deckungsgleichheit zu bringen*¹⁸⁴⁾. Allgemein spricht man auch von einer demokratischen Komponente vor allem der in Art. 5, 8 und 9 GG normierten Grundrechte¹⁸⁵⁾. Im Gegensatz zur Partizipation ermöglichen Grundrechte mit gestaltender Funktion jedoch eine nur *mittelbare* Teilhabe an

¹⁸⁰⁾ Dazu *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, a. a. O. (Anm. 13), RdNrn. 1 ff. zu Art. 1 I; *Peters*, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: *Festschr. f. Laun* (1953), S. 669 ff. (671); *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 49 f. m. z. N. aus der Rspr. des BVerfG.

¹⁸¹⁾ *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 57 ff.; *A. G. Obern* (Hearing and Consultative Procedure in Public Administration: The United States Practice, RISA 61, 104) kennzeichnet das „engineering of social consent“ als wesentliche Aufgabe einer demokratischen Verwaltung. Vor allem ein Problem politischer Konsensbeschaffung ist Demokratie für *Luhmann*; siehe z. B. *Theorie . . .*, a. a. O. (Anm. 59), S. 73 ff.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 36), S. 151 ff., 207. Vgl. schließlich auch *Dagtolou*, DVBl. 1972, 719 („ . . . kann eine Demokratie in langer Sicht nur auf Konsens beruhen“.)

¹⁸²⁾ *P. Häberle*, Politische Bildung 1970, Heft 3, S. 3 ff., insb. S. 9; *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 62 f.; *Zacher*, a. a. O. (Anm. 142), S. 75 ff.; *Kopp*, a. a. O. (Anm. 73), S. 191 ff. — Restriktiv *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969).

¹⁸³⁾ Zuletzt und besonders prononciert *P. Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (insb. S. 86 ff.).

¹⁸⁴⁾ Zur engen Beziehung z. B. von Grundrecht und Öffentlichkeit: *P. Häberle*, a. a. O. (Anm. 182), S. 6, 8, 9.

¹⁸⁵⁾ Vgl. etwa *Herzog*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, a. a. O. (Anm. 13), RdNrn. 2, 4, 5 zu Art. 5 und RdNr. 2 zu Art. 8; *Maunz*, ebenda, RdNrn. 9, 13 zu Art. 9. Zur Vereins- und Versammlungsfreiheit: *Mallmann*, in: *Staatslexikon*, Bd. 8, 6. Aufl. (1963), Sp. 107 f.; zur Rspr. des BVerfG zur Meinungsfreiheit: *W. Schmitt Glaeser*, AöR 97 (1972), S. 60 ff.

Verwaltungsentscheidungen¹⁸⁶). Der Wirkungskreis der Grundrechtsausübung nach Art. 5, 8 oder 9 GG (vgl. auch Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG) ist die *Volks-*, nicht die *Staatswillensbildung*; diese wird nur mittelbar — nämlich vor allem über die öffentliche Meinung — beeinflusst¹⁸⁷). [Unterscheidet man — etwa mit *Ellwein*¹⁸⁸) — einen „offenen“ und einen „geschlossenen“ Bereich politischer Willensbildung und rechnet man zum *offenen Bereich* den normativ grundsätzlich nicht geregelten, nicht kanalisiertem Bereich des Meinungsaustausches in der Öffentlichkeit¹⁸⁹), der Interessenabklärung innerhalb der größeren Gruppen, der Diskussion in den Parteien und dgl., zum *geschlossenen Bereich* den normativ abgesteckten und verfahrensrechtlich gegliederten Bereich staatlicher Willensbildung, so gehören die Grundrechte in den offenen, die Partizipation aber in den geschlossenen Bereich politischer Willensbildung.] In diesem Sinne ist das Grundrecht als mittelbares Teilhaberecht gegenüber der Partizipation als Phänomen unmittelbarer Teilhabe am Staatswillensbildungsprozeß ein *aluid*, und sie dürfen nicht vermengt¹⁹⁰) oder gar miteinander identifiziert werden, soll unsere Demokratie eine *freiheitliche* bleiben. Das Grundrecht als Basis personaler Freiheit ist und bleibt gerade als Mitwirkungsrecht ein prinzipiell in der eigenen Beliebigkeit des Individuums¹⁹¹) stehendes Instrument der Selbstbestimmung und Umweltbeeinflussung. Es entzieht sich demokratischer Mehrheitsentscheidung und läßt sich unter keinen Umständen in staat-

¹⁸⁶) Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 S. 3, 16 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG sind keine echten Ausnahmen. Der Akzent liegt bei diesen Bestimmungen gerade nicht auf der Teilhabe *an*, sondern im Schutz *vor* staatlichen Entscheidungen. M.a.W.: Die individuelle *Schutzfunktion* der Grundrechte wird hier in Form einer (unmittelbaren) Partizipation verwirklicht. Mit *demokratischer* Partizipation hat das jedenfalls nichts zu tun. Wir werden darauf aber im Rahmen der *rechtsstaatlichen* Partizipation (2. Modell) zurückzukommen haben.

¹⁸⁷) Vgl. vor allem BVerfGE 8, 104 (112 ff.) und insb. E 20, 56 (98 ff.), worin einerseits scharf zwischen der Willensbildung des Volkes und der staatlichen Willensbildung unterschieden und andererseits ihre Verschränkung betont wird. Im einzelnen dazu W. Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 108 ff. m. w. N.

¹⁸⁸) Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. (1965), S. 63 ff.

¹⁸⁹) Vgl. hierzu auch W. Schmitt Glaeser, a. a. O. (Anm. 51), S. 108 ff. m. w. N.

¹⁹⁰) Zu wenig differenziert insofern z. B. Kopp, a. a. O. (Anm. 73), etwa S. 189.

¹⁹¹) W. Schmitt Glaeser, AöR 97 (1972), S. 82 ff.; Zacher, a. a. O. (Anm. 142), S. 81: Grundrecht als „Ort des Menschen im Staat“; vgl. auch S. 116 ff.

liche „Verwaltung“ nehmen, sonst ist es nicht mehr¹⁹²). Demgegenüber ist die Partizipation *funktionaler Teil staatlicher Verfahren* und findet gerade darin ihre Erfüllung und Begrenzung. Der Bürger kann und muß hier von vornherein in Pflicht genommen werden, soll das staatliche Verfahren *staatliches* Verfahren bleiben und dem institutionalisierten Volkswillen entsprechend ablaufen. Partizipation gibt kein Recht auf individuelle Beliebigkeit; sie ist strikt auf die Gemeinschaft ausgerichtet, in den institutionalisierten Prozeß staatlicher Willensbildung eingebunden und der Mehrheitsentscheidung unterworfen. Partizipation kann daher grundrechtliche Freiheit nicht ersetzen. Individuelle Freiheit als personales Phänomen ist *kein Tauschobjekt* und läßt sich nicht gegen „Mitbestimmung“ aufwiegen¹⁹³). Gestaltendes Grundrecht und demokratische Partizipation können sich aber *ergänzen* gerade in und durch ihre Verschiedenheit, und hierin liegt eine Chance weiterer Effektivierung der Freiheitlichkeit unserer Demokratie.

2. Die Verschiedenartigkeit von Grundrecht und Partizipation darf aber nicht die Tatsache verschleiern, daß der Grundrechts-

¹⁹²) Nicht ohne Gefahr daher die Konstruktion eines *status acti-vus processualis* (P. Häberle, VVDStRL 30 [1972], S. 43 ff., insb. S. 86 ff.), wenn nicht zugleich unmißverständlich zum Ausdruck gebracht wird, daß auch ein so verstandenes Grundrecht seinen Standort im Bereich prinzipiell-individueller Beliebigkeit behält. Dazu W. Schmitt Glaeser, ebenda, S. 171 f. und P. Häberle, ebenda, S. 185, 189 f. Auch Hans H. Rupp hat in letzter Zeit immer wieder eindringlich vor einer Gleichsetzung von „politischer Partizipation“ und Grundrecht gewarnt (Konzertierte Aktion und freiheitsrechtsstaatliche Demokratie, in: Hoppmann [Hrsg.], Konzertierte Aktion [1971], insb. S. 8 f.; ders., Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. [Anm. 3], S. 611 ff. insb. S. 612 f.).

¹⁹³) An dieser Stelle zeigt sich die besondere Gefahr direkter (organisationsinterner) Demokratiekonzepte. Dazu etwa Naschold, a. a. O. (Anm. 5), S. 19: „... Die Organisationsmitglieder erreichen ihre volle individuelle (!) Selbstentfaltung... nicht im privaten Bereich, sondern nur (!!) über ihre Teilnahme am öffentlich-politischen Leben sowohl im Gesamtsystem wie in der jeweiligen Organisation...“. Dahinter steht eine gefährliche Überbewertung alles Gemeinschaftlichen, der auch Naschold (S. 50 f.) das Wort redet. Ähnliche Tendenzen sind in der Rechtsprechung des BVerfG festzustellen (dazu W. Schmitt Glaeser, AöR 97 [1972], insb. S. 112 ff. und S. 290 ff.). Typisch hierfür schließlich auch Heymann/Stein (AöR 97 [1972], S. 230 f.), wenn sie meinen, der in den Grundrechten liegende Autonomieeffekt begründe wegen des „Umschlags der isolierten Selbstversorgung in organisierte Gemeinschaftsanstrengungen anstelle (!) der Selbstbestimmungsrechte im individuellen Bereich Mitbestimmungsrechte in kollektivem Bereich“. Das wäre dann in der Tat „nichts anderes als Demokratisierung“; mit *freiheitlicher* Demokratie hat eine solche Konzeption nichts mehr zu tun. — Ähnlich wie hier: Kisker, DÖV 1972, 526 f.

teil die freiheitliche Aussagekraft der Verfassung entscheidend mitbestimmt und als „objektive Wertordnung“ und „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“¹⁹⁴⁾ zusammen vor allem mit den Verfassungsprinzipien auch Grundlage von Partizipationsgeboten sein kann.

Eine Verbindung zwischen Art. 20 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG bietet sich an. Die Ausbeute ist allerdings gering. Immerhin wird aus der in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Schutzpflicht des Staates allgemein abgeleitet, daß der Mensch gerade im Rahmen des staatlichen Verwaltungsverfahrens nicht zum Objekt denaturiert werden darf¹⁹⁵⁾. Konkret bedeutet dies die grundsätzliche Verpflichtung der staatlichen Verwaltung, den Betroffenen (wenigstens) *anzuhören*¹⁹⁶⁾. Wir können insofern von einer verfassungsrechtlich gebotenen demokratischen *Minimalpartizipation* sprechen, zu der auch ein gewisses Maß an *Partizipationshilfe* gehört, damit sichergestellt ist, daß der einzelne sein Recht auf Anhörung auch *tatsächlich* wahrnehmen kann [und nicht z. B. aus Unbeholfenheit, Unerfahrenheit oder aber auch aus Unkenntnis mangels Information letztlich doch „ungehört“, d. h. unbeachtet bleibt¹⁹⁷⁾. Im einzelnen kann

¹⁹⁴⁾ BVerfGE 7, 198 ff. (205).

¹⁹⁵⁾ Vgl. insb. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 92 zu Art. 103 I und RdNr. 28, 34 ff. zu Art. 1 I. — Dies gilt natürlich auch für den Bediensteten selbst, soweit er von den Entscheidungen „seiner“ Behörde betroffen wird. Die einschlägigen Gesetze gehen dabei durchweg über ein bloßes Anhörerecht hinaus (vgl. etwa §§ 90, 26 BBG).

¹⁹⁶⁾ Besonders ausführlich zu den verfahrensrechtlichen Folgerungen, die sich für die Verwaltung aus Art. 1 GG ergeben: Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 16 ff. Zustimmung wird man jedenfalls insofern können, als er (S. 21) in der „Anerkennung des einzelnen, dessen materielle Rechtsstellung von einer Entscheidung der Verwaltung betroffen wird, als Partei im Verfahren“, die „wichtigste Folgerung“ sieht, die sich aus Art. 1 GG für das Verwaltungsverfahren ergibt. Der Begriff des „Betroffenen“ wird hierbei zutreffend weit ausgelegt (S. 22 ff.). — Zum Recht auf Anhörung von Beteiligten nunmehr §§ 21, 52 EVwVerfG 1963, a. a. O. (Anm. 18); kritisch dazu Kopp, a. a. O., S. 28 ff. — Vgl. außerdem etwa Pipkorn, DÖV 1970, 173 f.

¹⁹⁷⁾ Näher dazu vor allem Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 40 f. — Zum Anspruch auf Akteneinsicht als Voraussetzung eines effektiven rechtlichen Gehörs vgl. etwa Ule/Becker, a. a. O. (Anm. 18), S. 46; Pipkorn, DÖV 1970, 175; BVerwG, DÖV 1968, 836. — Partizipationshilfe ist hier im übrigen auch die konsequente Folgerung aus einem Verfassungsgebot auf *materiale Gleichheit*, wie sie allein einer sozialen Demokratie entspricht. Grundlegend dazu Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1930), insb. S. 8 ff., 26. Vgl. etwa auch BVerfGE 8, 51 (68 ff.) und E 22, 83 (86 ff.).

dies bis zu einer behördlichen Auskunftspflicht führen¹⁹⁸). (Daß in einzelnen Länderverfassungen weitergehendere Minimalpartizipationen verankert sind¹⁹⁹), kann hier nur erwähnt werden.) Mehr ist aus der Verbindung von Art. 20 Abs. 1 mit Art. 1 GG für Partizipation als Demokratiegebot konkret nicht zu gewinnen. [So sehr das Verbot, den Menschen als Objekt zu traktieren, die gleichsam *negative Grundvoraussetzung* eines demokratischen Menschenbildes ist, weil ohne ein derartiges Verständnis Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung des Menschen von vornherein ausgeschlossen wäre, so wenig lassen sich (von der eben genannten Minimalpartizipation abgesehen) daraus *positive Strukturierungsgebote* in concreto für das Verwaltungsverfahren von Verfassungen wegen herleiten. Mit der Idee der Selbstbestimmung allein läßt sich so ziemlich alles und nichts „begründen“. Art. 1 GG hilft hier kaum weiter, zumal der Begriff der Menschenwürde komplex und nur bedingt konturierbar ist. So läßt sich aus dem demokratischen Gehalt des Art. 1 GG schon nicht mehr beantworten, ob in dem einen oder anderen Fall über die Anhörung des Betroffenen hinaus auch eine Erörterung oder gar eine Mitentscheidung angeordnet erscheint²⁰⁰). Erst recht kann daraus kein allgemeines „Demokratisierungsgebot“ abgeleitet werden.

Auch Art. 20 Abs. 1 GG allein liefert kein „Modell“ für Partizipation²⁰¹). Das BVerfG hat hierzu in der Sozialversicherungsentscheidung eindeutig Stellung bezogen: „Aus dem den Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG zugrundeliegenden Bekenntnis zur Demokratie läßt sich eine konkrete Forderung nach einer bestimmten organisatorischen Gestaltung der Sozialversicherung nicht herleiten. Der Gesetzgeber ist daher nicht gezwungen, die Errichtung von Sozialversicherungsträgern von der Zustimmung der Betroffenen abhängig zu machen“²⁰²). Schließlich

¹⁹⁸) Allgemein dazu K. Krieger, Das Recht des Bürgers auf behördliche Auskunft (1972); vgl. auch Pipkorn, DÖV 1970, 171 ff.

¹⁹⁹) Vgl. oben ERSTER TEIL, A, I, m. Anm. 15.

²⁰⁰) Gegen eine „absolute Bedeutung“ des Art. 1 Abs. 1 „in dem Sinn, daß aus dem Begriff der Menschenwürde . . . absolute Forderungen entwickelt werden dürften“, auch Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 20. Er geht dann freilich im Verlauf seiner weiteren Ausführungen ohne überzeugende Begründung weit über das Anhörerecht hinaus (z. B. S. 34 f., 38 f.).

²⁰¹) So aber offenbar z. B. Kopp, a. a. O. (Anm. 73), etwa S. 189 (vgl. allerdings andererseits S. 196 f.).

²⁰²) BVerfGE 11, 310 (321). Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man diese Entscheidung dahin interpretiert, daß auch für die laufende Verwaltung ein derartiges Mitwirkungsgebot den Art. 20 Abs. 1/28 Abs. 1 GG nicht entnommen werden kann. Auch dies ist Frage einer „bestimmten organisatorischen Gestaltung“.

enthält auch die *Idee der Betroffenheit* als allgemeine „Herrschafts-Betroffenheit“²⁰³) kein Strukturierungsgebot, wenn auch Partizipation regelmäßig Betroffenen-Partizipation in diesem allgemeinen Sinne sein wird. Die Herrschafts-Betroffenheit ist eine mögliche Begründung für die in Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GG verankerten staatsorganisatorischen Grundsätze, sie ist aber nicht das demokratische Prinzip selbst²⁰⁴).]

Gewiß kann Partizipation die demokratischen Grundsätze Menschenwürde, Konsens und Öffentlichkeit effektivieren. Sie ist aber nicht der einzig denkbare Weg. Die Verfassung erwähnt sie nicht ausdrücklich und legt den Akzent auf die Grundrechte. Demokratische Beteiligung an staatlicher Herrschaftsausübung vollzieht sich in der repräsentativen Demokratie des Grundgesetzes essentiell über das institutionalisierte Verfahren der Volkswahl. Dieser Akzent darf nicht wesentlich verschoben werden. [Bürgerschaftliche Partizipation aus Gründen der Demokratie hat die ergänzende Funktion, Bürger und Staat einander näher zu bringen. „Selbstbestimmung durch

²⁰³) „Betroffenheit“ ist hier *mehr* als eine bloße Rechtsbetroffenheit i. S. etwa von § 42 Abs. 2 VwGO. Aus der Perspektive demokratischer Partizipation geht es im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2/28 Abs. 1 GG um eine Betroffenheit allgemein durch Herrschaftsausübung, die wegen der Orientierung an konkreten Entscheidungsvorgängen am besten mit der Formel vom „berechtigten Interesse“ umschrieben ist. — Im übrigen läßt sich eine *grundsätzliche* Aussage zum Verhältnis „Betroffenheit“ und Partizipation (unter Einbeziehung der noch zu behandelnden rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Partizipation) derzeit nicht machen. Als Voraussetzung und Rahmen für die weitere Diskussion ist zunächst die Frage wichtig, ob und inwieweit Partizipation verfassungsrechtlich geboten oder verboten ist. Daher wird diesem Problem besondere Beachtung geschenkt. Aus der Perspektive des verfassungsrechtlichen Gebots wird auch die mögliche Einordnung der Partizipation in das System der subjektiven öffentlichen Rechte in Umrissen deutlich. Freilich ist gerade die Dogmatik von den subjektiven öffentlichen Rechten — wie vor allem die Regensburger Staatsrechtslehrertagung gezeigt hat, — wieder stärker in Fluß geraten, und nicht zuletzt die Idee von der Partizipation des Bürgers an staatlichen Entscheidungsprozessen weist hier den Weg zu neuen Denkkategorien. Vor allem bei der demokratischen, aber auch bei der rechtsstaatlichen Partizipation, soweit es ganz allgemein um die Ermöglichung und Gewährleistung gerechter Verwaltungstätigkeit geht (DRITTER TEIL, A, 2. Modell, II), führt allein die Frage: subjektives Recht — ja oder nein, nicht mehr weiter. Hier geht es auch um objektive, um Gemeinwohlinteressen, die der einzelne und die Bürgergruppe aktivieren sollen, und zwar unabhängig von eigenen Interessen oder doch jedenfalls ohne unmittelbare Verbindung mit ihnen. (Dies wird z. B. von Blümel, a. a. O., Anm. 3, S. 21 f., zu wenig beachtet!)

²⁰⁴) Vgl. auch Leisner, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst (1970), S. 30.

Mitbestimmung“ kann hier nur heißen: Förderung des Gemeinwohls durch Einbringung personaler Impulse in das Allgemeine. Demokratische Partizipation ist keine Betroffenenpartizipation *im eigentlichen Sinne*. Um die Wahrnehmung „eigener“ Aufgaben geht es lediglich insofern, als der Staat, das gemeine Wohl, öffentliche Aufgabe *jedes* Bürgers ist. Ausbau und Verteidigung *subjektiver* (Rechts-)Positionen ist nicht das Ziel demokratischer Partizipation. Dies hat der einfache Gesetzgeber zu beachten.

Die oben genannte Minimalpartizipation ist also keineswegs die „ideale“ *demokratische* Partizipation. Man kann sie nur insofern dem Demokratieprinzip zurechnen, als ohne die Beachtung des Menschen als *Subjekt* ein demokratisches Verhältnis zwischen Bürger und Staat von vornherein unmöglich wäre.]

3. Die reservierte Haltung des Grundgesetzes kann aber nicht als *prinzipielles* Verbot demokratischer Partizipation gewertet werden²⁰⁵). So sehr heute dem Auswachsen unseres Gemeinwesens zur „Gefühlsdemokratie“ entgegengetreten werden muß²⁰⁶) und so sehr es abzulehnen ist, Partizipation herrschaftslegitimierende Wirkung zuzuerkennen, so wenig zweifelhaft dürfte es *dem Grundsatz nach* sein, daß unmittelbare Teilhabe des Bürgers am staatlichen Entscheidungsprozeß den demokratischen Vorstellungen auch des Grundgesetzes entspricht²⁰⁷). Der einfache Gesetzgeber hat hier eine *demokratische Aufgabe* zu erfüllen. [Diese Aufgabe besteht natürlich nicht darin, maximal Vielen maximale Beteiligung an maximal vielen Entscheidungen zu ermöglichen. Das ist nicht selten die demagogische Kampfpapare der Anti-Demokraten, die Entdemokratisierung

²⁰⁵) Vgl. in diesem Zusammenhang *Wentzel*, a. a. O. (Anm. 88), S. 109: „...es gibt keinen verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach jedes Gebilde in der Rechtsordnung des Gemeinwesens positivrechtlich in der Verfassung verankert sein muß“. Vgl. auch *K. Hesse*, a. a. O. (Anm. 78), S. 20 ff. m. w. N.

²⁰⁶) Eine „harmlose Blüte“ aus der Verkehrsfibel der Marburger Polizei: „...Darum gilt — nicht nur bei Staat und Magistrat, auch im Verkehr SEI DEMOKRAT“.

²⁰⁷) Das war auch übereinstimmende Meinung der Referenten der Tagung in Speyer: v. *Simson*, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff., insb. S. 37; *Kriele*, ebenda, S. 46 ff. (74 ff.); ebenso z. B. *Leibholz*, ebenda, S. 103 f. Vgl. außerdem *Bäumlin*, in: *Evangelisches Staatslexikon* (1966), Stichwort: „Demokratie“, Sp. 281; *Ryffel*, *Der demokratische Gedanke im politischen und im sozialen Bereich*, in: *Demokratie und Verwaltung*, a. a. O. (Anm. 3), S. 191 ff. (198); *BVerfGE* 5, 85 ff. (198, 204 f.). — Zur politikwissenschaftlichen Diskussion etwa *Scharpf*, a. a. O. (Anm. 131), S. 66 ff. und *Shell*, in: *Görlitz*, a. a. O. (Anm. 8), Stichwort: „Demokratie“, S. 54 ff.

durch Überdemokratisierung erreichen wollen²⁰⁸). Die Zielformel kann nur lauten: demokratische Partizipation zur maximalen Effektivierung der demokratischen Prinzipien Menschenwürde, Konsens, Öffentlichkeit. Und hier ist ein weites Feld, denn die *Entfremdung* des Menschen verstärkt sich, die Lebens- und Gemeinschaftsordnung wird ihm mit wachsender Undurchsichtigkeit immer unverständlicher²⁰⁹) und sein Verhältnis gerade auch zur Verwaltung immer fatalistischer. Diese Situation ist der Nährboden für Anarchien, für Diktaturen oder für „Volksdemokratien“. Eine freiheitliche Demokratie wird sich unter solchen Umständen nicht entfalten. Partizipation kann ein Ausweg sein.] Die „technisch“ ohnehin notwendige Pluralisierung der Verwaltung bietet sich als sinnvolle Ausgangsbasis an. In ihrer horizontalen und vertikalen Dezentralisierung „öffnet“ sie die Verwaltung für eine tätige bürgerschaftliche Anteilnahme. [Jede Art von Subsystem im Rahmen der unmittelbaren oder mittelbaren staatlichen Verwaltung kann in der damit verbundenen Aufteilung eine partizipationsermöglichende und damit verständnisfördernde Entflechtung herbeiführen, die den Bürger die Verwaltung als „seine“ Verwaltung begreifen läßt und „greifbar“ macht. Angesichts dieser Sachlage hat man sich jener inneren Zusammenhänge zu erinnern, die „offenbar schon begrifflich zwischen Selbstverwaltung und Selbstbestimmung bestehen“²¹⁰), und zutreffend wird das Institut der Selbstverwaltung als „demokratisches Instrument gegen die Allmacht der zwar demokratisch legitimierten, doch immer undurchsichtigeren und zu eigener Gesetzlichkeit und Technik tendierenden Großbürokratien“ gewertet²¹¹).] Dabei ist nicht so sehr an die kommunale Selbstverwaltung zu denken, die im Zuge der Gebietsreform immer mehr an Bürgernähe verliert²¹²), als an die Selbstverwaltung sach-

²⁰⁸) Treffend F. Heubl, Der Landkreis 1971, 367 f.

²⁰⁹) Vgl. dazu etwa Ortlieb, Die verantwortungslose Gesellschaft oder wie man die Demokratie verspielt (1971), S. 22 ff. m. w. N.; W. Weber, Das politische Kräftesystem in der wohlfahrtsstaatlichen Massendemokratie (1956); Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommune, in: ders., Rechtsstaat im Wandel (1964), S. 111 ff. (116, 120 ff.); Morstein Marx, a. a. O. (Anm. 58), S. 42 f.; Dienel, Die Verwaltung 1971, 152.

²¹⁰) Köttgen, in: Beckerath u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 9 (1956), Stichwort: „Selbstverwaltung“, S. 221.

²¹¹) Wentzel, a. a. O. (Anm. 88), S. 126 m. w. N.

²¹²) Es tritt hinzu, daß der Schwerpunkt kommunaler Selbstverwaltung ohnehin (und schon lange vor der Gebietsreform) in Großstädten und Landkreisen liegt und hier hat der „Abstand vom Wähler zum Gewählten Dimensionen erreicht . . . , die sich qualitativ

bezogener Verwaltungseinheiten, insbesondere in Form der Körperschaften des öffentlichen Rechts, die in ihrer spezifischen Aufgabenstellung übersichtlich und transparent sein können und in dieser *selektiven Bürgernähe* am besten in der Lage sind, bürgerschaftliche Partizipation zu ermöglichen. Darüber hinaus ist zu erwägen, ob nicht auch zeitlich und räumlich begrenzte Tätigkeitskomplexe der Verwaltung (z. B. Mikroplanung) stärker als bisher der Partizipation zugänglich gemacht werden können.

a) Dies alles bedeutet — entgegen einer weitverbreiteten Ansicht — aber nicht, daß die nach Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GG für *Gebietskörperschaften* vorgeschriebenen Strukturprinzipien auch für *sachliche* Verwaltungseinheiten Geltung beanspruchen²¹³), die keinen universellen Wirkungskreis haben und bei denen die territorialbezogene Allgemeinheit der Aufgaben fehlt. Es gibt weder ein Verfassungsgebot noch einen vernünftigen Grund für ein derartiges Homogenisierungsverlangen²¹⁴). Dagegen fordert die *spezifische Sachbezogenheit* eines Subsystems eine *spezifische, darauf eingestellte Sachstruktur*²¹⁵), und

kaum von der Distanz des Wählers zum Abgeordneten im staatlichen Parlament unterscheiden“ (*Thieme*, a. a. O. [Anm. 2], S. 68). Von der „guten Pflege des Überschaubaren“ (*Th. Heuss*, Die Selbstverwaltung [1955], S. 125) ist hier kaum mehr etwas geblieben.

²¹³) So aber z. B. *Wentzel*, a. a. O. (Anm. 88), S. 126 f. m. w. N. Bei der Begründung wird sehr großzügig verfahren. Das *BVerwG* (NJW 1969, 153) bestätigt diese Auffassung z. B. nicht! Sehr unklar auch *Maunz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 43 zu Art. 20.

²¹⁴) Allgemein dazu auch *Hättich*, a. a. O. (Anm. 8), S. 54 f.

²¹⁵) Wohin die Mißachtung dieses selbstverständlichen, beim Leistungsprinzip anzusiedelnden Grundsatzes (vgl. *Herb. Krüger*, a. a. O. [Anm. 137], S. 272 f.) führt, zeigen unsere „demokratisch“ arg strapazierten und z. T. bereits funktionsunfähigen Hochschulen (eindrucksvoll *Watrin*, Die Universität als politische Anstalt, in: *ORDO*, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. XXIII [1972], S. 153 ff.). Dazu nur soviel (vgl. auch *Ryffel*, a. a. O. [Anm. 207], S. 198 ff.): Ersetzt man die Entschließung des Fachkundigen durch sog. demokratische Willensbildung des Unkundigen, so vollzieht sich hier nichts anderes als ein reaktionärer Prozeß zurück zur „vorgegebenen Ordnung“. Das „Vorgegebene“ ist freilich nicht mehr die göttliche Schöpfungsordnung, die jedem seinen Platz zuweist. An ihrer Stelle ist die Vorgegebenheit einer Ordnung der „menschlichen Selbstbestimmung“ getreten, die das Wirkliche mit neuem Erkenntnisbann belegt, dieses Mal in den unreflektierten Bann der Erkenntnis, daß jeder über alles bestimmen könne. Einen in skurriler Komik verzerrten Höhepunkt dieser neuen „Schöpfungsordnung“ stellt zweifellos die Tatsache dar, daß „progressive“ Hochschulgesetze nicht nur nichtwissenschaftliche Bedienstete an wissenschaftlichen Entscheidungen mit Stimmrecht beteiligen, son-

das in den Grundrechten angelegte *Konkurrenzsystm der Individualitäten* muß auch hier gewahrt bleiben, wo sich Grundrechtsträger zusammengeschlossen haben. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Zusammenschluß „von Staats wegen“, also vor allem in Zwangskörperschaften des öffentlichen Rechts²¹⁶), oder freiwillig erfolgt, z. B. um grundrechtlich geschützter Betätigung stärkere Resonanz zu sichern²¹⁷). (Die freiheitsbeschränkende Wirkung von Zwangszusammenschlüssen ist mit Art. 2 Abs. 1 u.a. GG nur dann vereinbar, wenn der einzelne oder bestimmte Gruppen nicht *institutionell majorisiert* werden²¹⁸). Das ist keine Frage „demokratischer“, sondern ein Problem *grundrechtssichernder Binnenstruktur*, und auf dieser Linie liegt auch die vom BVerfG im Fernsehurteil aus Art. 5 GG hergeleitete pluralistische Organisation der Rundfunkanstalten²¹⁹). Die Grundrechtssicherung kann *egalitäre Partizipation* aller und sie kann Mehrheitsentscheidung gebieten, wo die in der Mitgliedschaft liegende Funktion mit dem gleichen Grund-

dern diese nichtwissenschaftlichen Bediensteten auch noch *ausdrücklich* als solche bezeichnen (so das HessUnivG: z. B. § 19 Abs. 2 Ziff. 3).

²¹⁶) Dazu gehören die meisten Körperschaften des öffentlichen Rechts, so z. B. die Rechtsanwaltskammern, §§ 60, 62 I BRAO; die Industrie- und Handelskammern, §§ 3, 5 IHK-G; die Handwerkskammern, §§ 90, 92 HandwO; die Studentenschaften, vgl. etwa § 26 Abs. 2 HessHochschG.

²¹⁷) Hier dürfte auch der Ansatzpunkt für eine verfassungsgerechte Lösung der Binnenstruktur von Interessenverbänden liegen, deren Existenz durch Art. 9 GG prinzipiell abgesichert erscheint. Die durch den Zusammenschluß bezweckte Effektivierung grundrechtlich gewährleisteter Interessenvertretung darf nicht dazu führen, daß die Individualrechte der einzelnen Verbandsmitglieder durch eine sachlich nicht gerechtfertigte autoritäre Binnenstruktur zu einem „Verbandsgrundrecht“ zusammengefaßt werden, dessen Gebrauch einigen Funktionären vorbehalten bleibt (vgl. in diesem Zusammenhang BVerfGE 16, 147 [158]). Das Problem ist damit nur angedeutet. Es kann hier nicht vertieft werden. Siehe noch unten, 3. Modell, II, 3.

²¹⁸) So BVerwG, NJW 1969, 153.

²¹⁹) BVerfGE 12, 205 (261 ff.). — Eine andere und noch keineswegs beantwortete Frage ist es, ob die „Repräsentanten aller bedeutsamen politischen, weltanschaulichen und gesellschaftlichen Gruppen“ (S. 261 f.) überhaupt benannt werden können und wenn ja, tatsächlich in den Rundfunkanstalten vertreten sind und schließlich eine derartige Besetzung wirklich die Gewähr „inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung“ (S. 263) gibt. Diese Zweifel gelten daher auch für die Konzeption von v. Schrötter, Die Verwaltung 1971, insb. S. 148 ff. Zur ähnlichen Problematik bei der konzertierten Aktion: Hans H. Rupp, Konzertierte Aktion . . ., a. a. O. (Anm. 192), S. 14. Vgl. außerdem Dagtoglou, a. a. O. (Anm. 25), S. 75 ff. m. w. N.; Kisker, DÖV 1972, 524.

recht verbunden ist (Beispiel: Rechtsanwaltskammer)²²⁰). Grundrechtssicherung kann aber wegen Art. 3 GG auch *ungleiche Partizipation* im Sinne einer sachlichen Differenzierung gebieten²²¹), und sie kann schließlich zu *Partizipationsverboten* führen: in § 118 BetrVerfG, der eine Begrenzung der Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern in Tendenzbetrieben und Religionsgemeinschaften anordnet, findet dieser Gedanke positivrechtlichen Ausdruck²²²). Grundrechte werden zu Partizipationsverboten, wenn Partizipation die grundrechtlich geschützte individuelle Autonomie kollektivieren, wesensmäßig Unabgestimmtes und daher Unabstimmbares der Abstimmung nach Mehrheitsprinzip unterwerfen würde²²³). [Hier endet die Gemeinschaft vor der grundrechtsgeschützten Besonderheit; jedenfalls muß dies in einer freiheitlich demokratischen Ordnung gelten, deren vornehmstes Anliegen es ist, personale Freiheit zu achten und zu schützen. So kann „demokratische“ Partizipation auch *undemokratisch* sein: „Selbstbestimmung“ und „Mitbestimmung“ stehen in komplizierter Ambivalenz. Partizipationsverbote müssen sich im übrigen nicht immer auf „private“ Freiheitsbereiche beziehen. Sie können ebenso öffentlichkeitsrelevante Bereiche betreffen, wie das z. Z. besonders ak-

²²⁰) Vgl. insb. §§ 60 Abs. 1, 64 Abs. 1, 72 Abs. 1 und 88 Abs. 2 und 3 BRAO.

²²¹) Ein unverfängliches Beispiel war die Versagung des Stimmrechts für Mitglieder einer Steuerberatungskammer, die nicht Steuerberater sind, bei Beschlußfassung über reine Berufsangelegenheiten der Steuerberater. Vgl. dazu BVerwG, NJW 1969, 153. — Zur neuen Rechtslage: DStR 1972, 389 ff. und FAZ vom 5. 7. 72, S. 17. Wie hier grundsätzlich auch Geck, VVDStRL 27 (1969), S. 154.

²²²) Vgl. dazu R. Dietz, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. (1967), Anm. 2 a zu § 81; Arras, Tendenzbetrieb und Mitbestimmung, BB 1953, 62 f.; BAG AP Nr. 1 und 4 zu § 81 BetrVerfG. — Neuerdings vertritt nun das BAG (AP Nr. 13 zu § 81 BetrVerfG) die Ansicht, in der Partizipationsbegrenzung komme kein besonderer Schutz bestimmter Grundrechte zum Ausdruck, sondern das Gesetz erkenne lediglich bestimmte geistig-ideelle Zielsetzungen und deren Verwirklichung als vorrangig vor der Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer an (zustimmend H.-T. Brecht, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz [1972], RdNr. 1 zu § 118). Daran ist natürlich richtig, daß jede unternehmerische Tätigkeit grundrechtlichen Schutz genießt, nicht nur Tendenzbetriebe. Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften können aber — anders als z. B. eine lederverarbeitende Fabrik — neben Art. 2 Abs. 1 GG noch weitere Grundrechte geltend machen, nämlich Art. 4 und 5 GG. Und diese Grundrechte schließen Arbeitnehmerpartizipation grundsätzlich aus. Man kann hier natürlich auch von einer Vorrangigkeit geistig-ideeller Zielsetzungen sprechen; die Begrenzung bleibt trotzdem ein Grundrechtsproblem.

²²³) Vgl. auch Geiger, a. a. O. (Anm. 148), S. 241.

tuelle Partizipationsverbot des Art. 5 Abs. 3 GG hinsichtlich der Wissenschaftsfreiheit zeigt²²⁴).]

Grundrechtliche Partizipationsverbote beziehen sich grundsätzlich nur auf Partizipation in Form der Mitentscheidung. Mitwirkung ist in der Regel verfassungsrechtlich unbedenklich²²⁵).

b) Ein weiteres wichtiges und aktuelles Partizipationsverbot von Verfassungs wegen betrifft die *Mitentscheidung der öffentlichen Bediensteten an den Zielsetzungen der Verwaltung*. Es geht hier nicht um die traditionelle Mitbestimmung der Personalräte, die verfassungsrechtlich nicht nur als unbedenklich, sondern jedenfalls insofern als vom Grundgesetz (und zwar — wie noch zu zeigen sein wird — vom Sozialstaatsprinzip) zumindest erwünscht angesehen werden kann, als sie Grundrechte öffentlicher Bediensteter am Arbeitsplatz spezifisch effektiviert und einer tendenziellen „Versächtlichung“ des Menschen zum Verwaltungsmittel entgegenwirkt²²⁶). Bei der

²²⁴) Dazu jüngst wieder *Hans H. Rupp*, Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, a. a. O., (Anm. 192), S. 611 ff. — Auf eine ähnliche Situation bezieht sich Art. 6 Abs. 2 GG. Soweit die Erziehungsaufautonomie der Eltern reicht, ist nicht nur jede staatliche Reglementierung, sondern auch jede Partizipation Dritter verfassungsrechtlich untersagt. Andererseits muß sich das elterliche Erziehungsrecht auch im Bereich staatlicher Reglementierung auswirken, wie die Spezialregelung des Art. 7 Abs. 2 GG erkennen läßt. Auch hier zeigt sich wieder ein Ergänzungsverhältnis zwischen Grundrecht und Partizipation. Zum Verhältnis von Elternrecht und Schulwesen als staatliche Aufgabe vgl. HessStGH v. 20. 12. 71 (DÖV 1972, 285 ff.). Dort wird das elterliche Beteiligungsrecht aus Art. 56 Abs. 6 LVerf. Hessen als Grundrecht gewertet und in seinem Inhalt auf die Gestaltung des Unterrichtswesens bezogen. Der Bereich der schulorganisatorischen Maßnahmen wird dagegen ausdrücklich ausgeklammert. — Allgemein zur „Demokratisierung der Bildung“: *Heymann/Stein*, AöR 97 (1972), insb. S. 227 ff. m. z. N. Ihre z. T. übertriebenen Partizipationsforderungen sind nicht zuletzt auf die hier abgelehnte generelle Identifizierung von Grundrechtssicherung und „Demokratisierung“ zurückzuführen (S. 230 f.).

²²⁵) Die Praxis in den Hochschulen zeigt freilich, daß oft schon die bloße Beobachtung (unter dem Slogan „aktive demokratische Öffentlichkeit“) freie Willensentschließung tatsächlich unmöglich machen kann. Besonders betroffen als Objekt psychischen und manchmal auch physischen Terrors sind die öffentlich tagenden Fachbereichskonferenzen. Solche Faktizitäten müssen auch (verfassungs-)rechtliche Beachtung finden (dazu *Hans H. Rupp*, Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, a. a. O. [Anm. 192], S. 627 f.).

²²⁶) Vgl. *Leisner*, a. a. O. (Anm. 204), S. 50; *E.-H. Ritter*, JZ 1972, 111. — Daß freilich auch hier verfassungsrechtliche Probleme entstehen können zeigt BVerfGE 9, 268 (281 ff.); vgl. auch *Leisner*, a. a. O., S. 50 f. m. w. N.

heute vor allem von Seiten der Gewerkschaften²²⁷⁾ unter dem Stichwort „Mitbestimmung im öffentlichen Dienst“ engagiert vorgetragenen Partizipationsforderung geht es um mehr: es geht um die generelle Einflußnahme auf die Behördenleitung, auf die Verwaltungsführung, auf die Innovationsentscheidungen²²⁸⁾. Nun läßt sich gewiß über vieles diskutieren, so etwa darüber, wie man Personalpolitik institutionalisieren kann²²⁹⁾, über Führungsstil²³⁰⁾ und auch darüber, wie man *Verantwortung* innerhalb einer Verwaltungsorganisation tatsächlich verteilt. Über die Aufteilung der *Verantwortlichkeit* i. S. einer Rechenschaftspflicht für Fehler²³¹⁾ aber, durch generelle Mitentscheidung der Bediensteten, läßt sich nicht streiten. Die prinzipielle Verfassungswidrigkeit einer derartigen Partizipation ist schon öfters überzeugend nachgewiesen worden²³²⁾. Ergänzend nur soviel: Die generelle Mitentscheidung der Bediensteten an den Zielsetzungen der staatlichen Verwaltung ist eine Forderung, die sich gerade beispielhaft nicht demokratisch le-

²²⁷⁾ Vgl. die Nachweise bei E. Zeller, *Kommunale Mitbestimmung* (1972). — Sehr weitgehend, aber nicht ohne Differenzierung, auch Ellwein, *Mitbestimmung im öffentlichen Dienst — eine Gefahr für den Staat?*, in: ders. u. a. (Hrsg.), *Mitbestimmung im öffentlichen Dienst* (1969), S. 11 ff.

²²⁸⁾ In einer Beteiligung an den Innovationsentscheidungen sieht z. B. Naschold (a. a. O. [Anm. 5], insb. S. 67, 72, 80) das zentrale Problem einer Demokratisierungsstrategie. Im Anschluß an Chris Argyris (*Personality and Organization — The Conflict between system and the individual*, New York 1957, S. 145 ff.) hält er jede Mitarbeit der Organisationsmitglieder letzten Endes für eine „Pseudo-Beteiligung“, wenn und solange die Organisationszwecke fremdbestimmt sind. Seine Studie orientiert sich zwar vorwiegend an den Organisationsproblemen von Verbänden (Gewerkschaften) und Parteien. Er meint aber, die dabei gewonnenen Ergebnisse „relativ leicht“ auf andere Organisationen, auch auf die „Verwaltungen“, übertragen zu können (S. 11). Dazu die treffende Kritik von Dagtolou, DVBl. 1972, 715 f.

²²⁹⁾ Dazu etwa Guilleaume, *Die Verwaltung* 1971, 177 ff.

²³⁰⁾ Stichwort „Harzburger Modell“. Dazu R. Höhn, *Verwaltung heute — Autoritäre Führung oder modernes Management* (1970); R. Höhn/G. Böhme, *Die Verwirklichung der Führung im Mitarbeiterverhältnis in der Verwaltung — Ein Stufenplan* (1971). Kritisch dazu Laux, DVBl. 1972, 167 ff. m. w. N.

²³¹⁾ Luhmann, *Funktionen* . . , a. a. O. (Anm. 59), S. 172 ff.

²³²⁾ Herb. Krüger, a. a. O. (Anm. 137), S. 931 f.; Leisner, a. a. O. (Anm. 204); Minde, *Mitbestimmen und Mitverantworten*, in: Ellwein u. a. (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 227), S. 43 ff.; Schick, JZ 1970, 449 ff.; E.-H. Ritter, JZ 1972, 107 ff. und neuestens dazu H.-P. Schneider, DÖV 1972, 598 ff., jeweils m. w. N. Vgl. schließlich die allgemeine Feststellung des BVerfG in: E 9, 268 (281): „Die demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes setzt erkennbare Verantwortlichkeit (!) im Staat . . voraus“.

gitimieren läßt²³³), wäre es doch eine Partizipation der Bediensteten *als Bedienstete* und nicht als Bürger. Der gerade um der Sicherung der Volkssouveränität insbesondere durch Art. 20 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GG gewährleistete Kreislauf demokratischer Legitimation vom Volk zu den Staatsorganen zur Verwirklichung des Allgemeininteresses würde durch „direktive Mitbestimmung“ (*Leisner*) der Bediensteten *an allen nur denkbaren Stellen* zum Zwecke der Verwirklichung von Bediensteteninteressen durchbrochen, gleichgültig, ob man eine solche Partizipation mit zusätzlicher Legitimation oder mit Effektivierung anderer demokratischer Prinzipien (etwa Transparenz oder Konsens) motiviert. Eine derartige Verselbständigung seiner „Handlungsinstrumente“ kann kein Staat akzeptieren. [Dies gilt auch für jene Verwaltungsbereiche, deren Kontrolle durch Parlament, Regierung oder andere kompetente Instanzen „tatsächlich“ nicht mehr funktioniert²³⁴). Die Ausfüllung dieser „Lücke“ durch Bediensteten-Partizipation würde aus der verfassungsrechtlichen Not eine verfassungswidrige Untugend machen. Insgesamt scheint es mir nicht übertrieben zu sein, den Gedanken einer demokratischen Mitentscheidung der öffentlichen Bediensteten als Bedienstete am staatlichen Willensbildungsprozeß als eine Pervertierung des Bedienstetenstatus zu bezeichnen.] Der öffentliche Bedienstete ist *Vollzieher* des demokratisch legitimierten Staatswillens, nicht dessen *Korrektor*. [Daher sollte man auch in der Zulassung punktuell angelegter Mitentscheidung in Angelegenheiten von politisch *geringer* Tragweite ebenso zurückhaltend sein wie bei der Ermöglichung von Mitwirkungsakten, wenngleich in beiden Fällen grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen mögen²³⁵).]

c) Großzügiger ist demgegenüber die *mitentscheidende bürgerschaftliche Partizipation als „Außen-Partizipation“* zu beurteilen. Dieses Problem ist immer wieder Gegenstand ausführ-

²³³) Treffend hierzu *E.-H. Ritter*, JZ 1972, 111: „In einem demokratischen Staatswesen ist es nicht angängig, daß sich die Verwaltung ihre Legitimation gleichsam in einem Akt der Selbstversorgung beschafft“. Vgl. auch *Dagtolou*, DVBl. 1972, 716.

²³⁴) Hier sehen die Gewerkschaften das eigentliche „Einfallstor“ für Bedienstetenpartizipation. Dazu *E.-H. Ritter*, JZ 1972, 111 m. N.

²³⁵) Vgl. etwa *Leisner*, a. a. O. (Anm. 204), S. 58 f. Bei der Mitwirkung kann man auch demokratische Prinzipien ins Feld führen, insbesondere die dadurch mögliche Erhöhung von Transparenz und Konsens innerhalb der Behörde. Allerdings wird man auch hier auf die wirkliche Situation zu achten haben. Allzu breit und intensiv angelegte Beratung zum Beispiel kann leicht zu einer faktischen Mitentscheidung umschlagen. Siehe dazu Anm. 225 und außerdem *Dagtolou*, DVBl. 1972, 717 m. w. N. sowie *Kisker*, DÖV 1972, 520.

licher Erörterungen²³⁶). Ich kann mich daher auf einige Feststellungen beschränken: Grundsätzlich gilt das Verfassungsverbot der Beeinträchtigung von Parlamentskompetenz, Parlamentskontrolle und Regierungsverantwortung in Angelegenheiten von politischem Gewicht²³⁷). Generelle Mitentscheidung ist grundsätzlich nur dann verfassungsgemäß, wenn es dabei um *ausgliederungsg geeignete Aufgabenbereiche* geht, die Verbindung zum Gesamtwillensbildungsprozeß (insbesondere durch Rechtsaufsicht) gewahrt bleibt und die gefährliche Konzeption eines selbst legitimierenden Verbandsvolkes gemieden wird. [Gedacht ist dabei nicht so sehr an die herkömmliche Figur der rechtsfähigen Verwaltungseinheiten wie Berufskammern oder Sozialversicherungsträger, bei denen es sich materiell mehr um Interessenverbände handelt und deren Partizipationsordnung schwerpunktmäßig bei der Sozialstaatsklausel anzusiedeln ist.] Gedacht ist vor allem an die zeitlich oder räumlich begrenzten Tätigkeitskomplexe der Verwaltung. Selektive Bürgernähe kann sich hier mit einer Aufgabe verbinden, die über den spezifischen und in sich geschlossenen Interessenhorizont des Partizipanten hinausreicht. Gedacht ist an die gemischten Entscheidungsgremien wie den Verwaltungsrat von Post und Bahn, die Rundfunkräte, die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften, deren Zusammensetzung nach dem BVerwG²³⁸) „vermutete Fachkenntnis und Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz“ verbindet.

Je intensiver freilich die Verflechtung des jeweiligen Entscheidungskomplexes mit allgemeinen Aufgaben der Verwaltung ist, desto enger werden die Grenzen der Mitentscheidung und desto stärker wird sich der Akzent auf bloße Mitwirkung verschieben. Detaillierte Richtlinien lassen sich dazu nicht aufstellen²³⁹). Auf jeden Fall aber muß verhindert werden, daß die

²³⁶) Jüngst dazu wieder Kisker, DÖV 1972, 522 ff. Grundsätzlich angesprochen wurde das Problem auf der Staatsrechtslehrertagung in Speyer: vgl. vor allem Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. (160 f. m. w. N.). — Im wesentlichen ist die Tätigkeit des „Beliehenden“ freilich der organschaftlichen Partizipation zuzurechnen; s. oben ERSTER TEIL, A, III.

²³⁷) Mit der Verfassung nicht vereinbar ist daher z. B. die Forderung des DGB, daß bei der Beratung von sog. Statusgesetzen in den Ausschüssen Vertreter des DGB in gleicher Weise wie Vertreter der Regierung zu beteiligen seien. Dazu Dagtoglou, DVBl. 1972, 717.

²³⁸) JZ 1972, 206. So auch schon P. Häberle, a. a. O. (Anm. 37), S. 501 ff.

²³⁹) Vgl. auch Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. (161). — Bei Bauplanungsprozessen z. B. ist die Verflechtung mit dem jeweils „übergeordneten“ System durchweg so eng, daß eine bürger-

Beteiligung von Privaten an der Verwaltung umschlägt in eine Beherrschung der Verwaltung durch Private²⁴⁰).

4. Im wesentlichen liegt demnach die Aufgabe partizipativer Strukturbildung in den Händen des *einfachen Gesetzgebers*. Die „Partizipationsgesetze“ (P. Häberle) haben sich dabei in dem Rahmen zu halten, der einerseits durch das Gebot der Minimalpartizipation und andererseits durch die Partizipationsverbote (die hier nur exemplarisch behandelt werden konnten²⁴¹) von Verfassungen wegen abgesteckt ist. Demokratische Partizipation steht zwischen den Grundrechten als prinzipiell individuell-beliebigen Instrumenten zur Gestaltung des privaten und politisch-gesellschaftlichen Bereichs und der Betätigung der Staatsorgane, und sie *verbindet* beide. Hier handelt der einzelne als Staatsbürger im Rahmen und gleichsam als Teil der staatlichen Institutionen. Partizipation als demokratisches Phänomen ist das variable Instrument einer *differenzierten Zuordnung von Staat und Gesellschaft*, und sie ist Ausdruck und Folge einer modernen Sicht des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft: weder strikte Trennung noch Deckungsgleichheit, sondern ineinandergreifende Zuordnung mit dem Ziel der Bildung politischer Einheit.

Ist es richtig, daß sich Staat und Gesellschaft heute nur noch insoweit unterscheiden, als es sich bei beiden um Willensbil-

schaftliche Mitentscheidung nicht in Betracht kommen kann (vgl. auch Damkowski, DÖV 1972, 88 f.).

²⁴⁰) Es ist und bleibt das Wesen staatlicher (Verwaltungs-)Tätigkeit, daß ihr Gegenstand mehr oder minder starken Allgemeinbezug besitzt und damit nicht *gemeinwohlneutral* ist. Bürgerschaftliche Partizipation erfolgt aber jedenfalls tatsächlich gerade nicht primär aus der Perspektive des *Gemein-*, sondern aus der des *Sonderwohls*. Das ist eine empirische Tatsache und die Richtigkeit der Behauptung zeigt sich nicht zuletzt bei der (verfassungsrechtlich akzeptierten) kommunalen Selbstverwaltung (vgl. etwa Ellwein, a. a. O. [Anm. 96], S. 64). Dabei mag dahinstehen, daß der einzelne Partizipant darüber hinaus oft in erster Linie *persönliche*, insbesondere finanzielle, Interessen verfolgt. Vgl. dazu etwa B. Schäfers, Planung und Öffentlichkeit (1970) und H. P. Hammer, Öffentlichkeit und Verwaltung in einem demokratischen Planungsprozeß (1971)).

²⁴¹) Ein Partizipationsverbot enthält z. B. auch Art. 33 Abs. 4 GG. Wenn die Grenzen hier auch sehr weit gezogen sind (vgl. etwa Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. [Anm. 13], RdNr. 32 ff. zu Art. 33; Ossenbühl, VVDStRL 29 [1971], S. 137 ff. [162 ff. m. w. N.]) und die aktuell-rechtliche Bedeutung der Bestimmung gering ist (Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes [1961], S. 55), so fungiert er doch als eine wichtige Barriere gegen die Aushöhlung des Berufsbeamtentums (Lindgen, DÖD 1972, 1 ff., insb. S. 6; BVerfGE 9, 268 ff. [284]) und verbietet

dungssysteme mit unterschiedlichen Verfahrensprinzipien handelt²⁴²), so ist die Partizipation das *prozessuale Vehikel der institutionalisierten Vermittlung beider Systeme* mit dem Resultat, daß der gesellschaftliche Willensbildungsprozeß in den Staatswillensbildungsprozeß als „teilnehmende Größe“²⁴³) eintritt. Augenscheinlich wird diese Konstellation bei der Beteiligung von Bürgergruppen, insbesondere von Interessenverbänden an staatlichen Entscheidungsprozessen.

[Auf diese Weise ist einerseits die erforderliche Verschiedenheit von Staat und Gesellschaft respektiert und die vom Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 GG geforderte Bindung des Gesamtwillensbildungsprozesses an die Legitimation durch das territorial-bezogene Volk erhalten und andererseits der Tatsache eines pluralistisch aufgespaltenen Volkswillens Rechnung getragen, indem diese für den Staat wichtigen Teilwillensbildungsprozesse nicht mehr sich selbst bzw. dem „gesellschaftlichen Raum“ überlassen bleiben, sondern in den staatlichen Willensbildungsprozeß *eingebunden* werden, ohne diesen aber zu *binden*, will sagen: ohne ihn pluralistisch aufzulösen.

5. Über die *konkrete Strukturierung* der Partizipation kann bislang nur wenig Eindeutiges und Überzeugendes ausgemacht werden. Man befindet sich noch in der Experimentierphase und mir scheint, die Probleme werden immer mehr, immer komplizierter und immer prinzipieller. Der Grund kann nicht nur darin gesehen werden, daß hier ein Kreuzungsbereich verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen zu bearbeiten ist. Sehr viel ursächlicher dürfte der mangelnde Konsens im Hinblick auf die Zielvorstellungen und die Tatsache sein, daß die gleichen Teilnahmetechniken in verschiedenen Situationen sich verschieden auswirken und darüber hinaus Partizipation in sich gegenläufige Tendenzen birgt. Das Experimentierfeld kann hier nicht umrissen, geschweige denn abgeschritten werden. Ich muß mich auf wenige Thesen beschränken²⁴⁴):

(1) Partizipation verlangt *Dezentralisation*. Wenn Teilhabe die Verwaltungsaufgaben für den Bürger transparenter machen soll, dann muß sie sich auf Gebiete beziehen und be-

eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben in größerem Umfang auf Nichtbeamte. Vgl. auch Evers, Der Staat 3 (1964), S. 52 f.

²⁴²) Herzog, VVDStRL 29 (1971), S. 114.

²⁴³) v. Simson, VVDStRL 29 (1971), S. 133.

²⁴⁴) Im Vordergrund praktischer und theoretischer Untersuchungen steht die Partizipation an Planungsprozessen. Vgl. etwa: People and Planning, Report of the Committee on Public Partizipation (London 1969); Dienel, Raumforschung und Raumordnung, 1970, 212 ff.; J. v. Lindsay, Stadtbauwelt 1971, 222 f.; B. Schäfers, Stadtbauwelt 1971, 201 ff. m. w. N.

schränken, die auch *tatsächlich* überschaubar sind. Nur in kleinen Teilbereichen mit noch „greifbaren“ Problemen ist „individuelle“ Beteiligung möglich und bedeutsam. Allerdings: je begrenzter der Teilbereich ist, desto mehr verringert sich das Gewicht der Partizipation im Hinblick auf die politischen Grundentscheidungen der Gesamt-Gemeinschaft und desto schichtenspezifischer auch wird die Teilhabe²⁴⁵).

(2) Das Partizipationsverfahren muß auf den *personellen Einzugsbereich* des jeweiligen Problems ausgerichtet sein. Neben der Frage einer „Betroffenheit“ sind dabei vor allem zu beachten: das Interesse an dem Problem (ggf. Befangenheit), das intellektuelle Niveau, Erfahrung, Sachverstand²⁴⁶). Es ist einzukalkulieren, daß auch dort, wo die Partizipation auf einen Direktkontakt zwischen Bürger und Verwaltung angelegt wird, eine Neigung zu sozialer Gruppenbildung besteht und in der Regel alsbald Verbandsbürokratien, insbesondere Interessenverbände, die Anteilnahme am Entscheidungsprozeß artikulieren²⁴⁷). Je umfangreicher die Zahl der in Frage kommenden Personen ist, desto mehr wird die Bedeutung der Verbände hervortreten. Dementsprechend ist auch die Partizipation auf hoher Entscheidungsebene (Ministerien) praktisch ausschließlich Verbänden vorbehalten²⁴⁸).

(3) Die verschiedenen Verwaltungsbereiche (und die verschiedenen Entscheidungstypen²⁴⁹) sind *unterschiedlich partizipationsgeeignet*. Man denke etwa an die Bundeswehr- und die Polizeiverwaltung einerseits, an die Bauplanung und den Umweltschutz andererseits²⁵⁰). Eine bedeutsame Rolle spielt hier auch das Maß rechtlicher „Durch-Normierung“ eines Verwaltungsbereiches. Je intensiver und detaillierter die gesetzliche

²⁴⁵) Vgl. etwa K. König, a. a. O. (Anm. 55), S. 285; Mayntz, a. a. O. (Anm. 45), S. 343 f. — Zum zweistufigen Modell im amerikanischen Recht: Scharpf, Die politischen Kosten des Rechtsstaats (1970), S. 63 ff.

²⁴⁶) Vgl. dazu etwa Ryffel, a. a. O. (Anm. 207), S. 199 ff.; K. König, a. a. O. (Anm. 55), S. 283 f.; Kube, DÖV 1972, 120 f.; Zacher, a. a. O. (Anm. 142), S. 19 f.; Eckert, a. a. O. (Anm. 7), S. 34 ff.; Jungk, a. a. O. (Anm. 7), S. 67 ff.; Dienel, a. a. O. (Anm. 7), S. 149 ff.; Luhmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 51 f.; Damkowski, DÖV 1972, 88, 89.

²⁴⁷) K. König, a. a. O. (Anm. 55), S. 289; Dienel, Die Verwaltung 1971, 160 f.

²⁴⁸) Dazu Mayntz, a. a. O. (Anm. 45), S. 344 ff., die am Ende bezweifelt, „ob die Beteiligung externer Gruppen an der Exekutivplanung wirklich in der Lage ist, eine effektivere Demokratisierung zu bringen, als es die Institutionen des parlamentarischen Systems bei der Planung heute können“ (S. 352).

²⁴⁹) Dazu etwa Naschold, a. a. O. (Anm. 5), S. 59 ff.

²⁵⁰) Vgl. Dienel, Die Verwaltung 1971, 154; Kisker, DÖV 1972, 523.

Regelung, desto mehr ist für die Verwaltung und auch für den Partizipanten vorentschieden.

(4) Die Partizipation muß grundsätzlich in einem *möglichst frühen Zeitpunkt* des Entscheidungsprozesses einsetzen oder doch in einer Entscheidungsphase, in der es noch etwas zu entscheiden gibt²⁵¹). Andernfalls ist Partizipation nur formal gewährt. Als eine insofern gelungene gesetzliche Regelung wird hier meist das Städtebauförderungsgesetz genannt²⁵²).

Kontrovers und noch wenig erforscht ist das Verhältnis der möglichst frühen Beteiligung zum *Konsens*²⁵³).

(5) Schließlich: Die Aufgabe des Gesetzgebers zu partizipativer Strukturbildung muß ergänzt werden durch *aktive Partizipationshilfe der öffentlichen Verwaltung selbst*²⁵⁴).

Allgemeine Voraussetzung ist das Schaffen von *Problemtransparenz*. Eine für jedermann verständliche Amtssprache gehört ebenso dazu wie Information und Öffentlichkeitsarbeit²⁵⁵). Hinzutreten muß die *problembezogene* Partizipationshilfe. Sie reicht von einer Informationsspezifizierung²⁵⁶) bis zur persönlichen Beratung. Die Stichworte „Advokatenplanung“, „Ombudsman“ und „Gegenverwaltung“ mögen das Gemeinte andeuten²⁵⁷). Dahinter steht der Gedanke materialer oder wirklicher Gleichheit, indem man es nicht mehr länger bei einer (passiv zugestanden) Chancengleichheit bewenden lassen will²⁵⁸). Im Einzelfall wird zu prüfen sein, ob über Art. 3 in Verb. mit Art. 20 Abs. 1 GG ausnahmsweise sogar ein *bestimmtes* Tätigwerden der Verwaltung verfassungsrechtlich geboten ist.

Mit dem Gebot *gleicher Partizipation* kommt das *Apathieproblem* und damit die wohl „schwächste Stelle“ der Partizipation

²⁵¹) *Stich*, Die Mitwirkung des Bürgers und der Öffentlichkeit an der Raumplanung, in: Demokratie und Verwaltung, a. a. O. (Anm. 3), S. 355 ff., insb. S. 361 f., 365 ff.; *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 159 f.; *Kube*, DÖV 1972, 120 f.; *de Jouvenel*, Die Kunst der Vorschau (1967); *Damkowski*, DÖV 1972, 89.

²⁵²) Ausführlich dazu *Stich*, a. a. O. (Anm. 251), S. 366 ff. Kritisch demgegenüber *Blümel* (a. a. O. [Anm. 3], S. 34 ff.) mit beachtenswerten Argumenten. Allgemein als mißlungen wird § 2 Abs. 6 BBauG angesehen. Vgl. etwa *Stich*, a. a. O., S. 365; *Kube*, DÖV 1972, 121, jeweils m. w. N.

²⁵³) Dazu *Mayntz*, a. a. O. (Anm. 45), S. 348 ff.; *Thieme*, a. a. O. (Anm. 2), S. 70; *Scharpf*, Die Verwaltung 1971, 2 ff.

²⁵⁴) *Dienel*, Die Verwaltung 1971, insb. S. 155 f., 166 ff.

²⁵⁵) Vgl. etwa *Torbohm*, Der Städtetag 1969, 269 f.; *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 172 ff.; *Kube*, DÖV 1972, 120 f.

²⁵⁶) *Jungk*, a. a. O. (Anm. 7), S. 62; *Damkowski*, DÖV 1972, 89.

²⁵⁷) *Dienel*, Die Verwaltung 1971, 162 f.; *Jungk*, a. a. O. (Anm. 7), S. 69 f.; *Mayntz*, a. a. O. (Anm. 45), S. 346.

²⁵⁸) *Ryffel*, a. a. O. (Anm. 207), S. 202 ff. Vgl. auch oben Anm. 197.

als demokratischem Phänomen ins Blickfeld (wenn man von dem Problem der unartikulierten Interessen absieht²⁵⁹). Nun mag zwar ein gewisses Maß an politischer Apathie für die „Gesundheit“ einer Demokratie unerlässlich sein²⁶⁰; ist sie aber die vorherrschende Haltung in politicis, dann bleibt eine Demokratie unerfüllt. Das ist unsere Situation²⁶¹). Speziell für die demokratisch motivierte Partizipation bedeutet dies: Solange das Apathieproblem nicht gelöst ist, gibt es in Wahrheit keine *bürgerschaftliche* Partizipation, sondern allenfalls eine *Partizipation politischer Aktivisten als Instrument der Eliten*²⁶²). Partizipation wirkt sich insofern tendenziell gegen eine weitere Egalisierung der Soziallage aus²⁶³).

2. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Rechtsstaatsgebot

I. Die Rechtsstaatskonzeption des Grundgesetzes

1. [Greifen wir zunächst die Idee des Ausgleichs, der Kompensation der abnehmenden Relevanz gerichtlicher Kontrolle durch bürgerschaftliche Partizipation am Verwaltungsverfahren auf. Der Gedanke liegt nahe²⁶⁴), und einleuchtend erscheint

²⁵⁹) Scharpf, a. a. O. (Anm. 131), S. 48 ff., 74, 86; Zacher, a. a. O. (Anm. 142), S. 49.

²⁶⁰) W. A. Morris-Jones, In Defense of Political Apathy, in: Political Studies, 1954, S. 25 ff.; vgl. auch H. D. Lasswell, The Analysis of Political Behavior (1947); Janowitz, Kölner Zeitschr. f. Soziologie und Sozialpsychologie 1956 (Jg. VIII), S. 357 ff. und Dahrendorf, Aktive und passive Öffentlichkeit. Über Teilnahme und Initiative im politischen Prozeß moderner Gesellschaften, in: Löffler (Hrsg.), Das Publikum (1969), S. 5 ff.

²⁶¹) Vgl. dazu vor allem die empirischen Forschungen unter Leitung von R. A. Dahl: Who Governs? Democracy and Power in an American City (New Haven 1961). Ausführlich zu dem Problem: Scharpf, a. a. O. (Anm. 131), S. 33 ff. m. w. N. Vgl. außerdem: Mayntz, a. a. O. (Anm. 45), S. 342; Dienel, Die Verwaltung 1971, 164 ff.; Kube, DÖV 1972, S. 120 f.

²⁶²) Zum empirischen Nachweis: Scharpf, a. a. O. (Anm. 131), S. 42 ff. m. z. N. Vgl. auch K. König, a. a. O. (Anm. 55), S. 289.

²⁶³) Vor Überschätzung von Möglichkeit und Effizienz der Partizipation wird im übrigen immer wieder gewarnt. Vgl. etwa P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (130: teilweise Überforderung der Bürger angesichts der komplizierten Problemzusammenhänge); Brohm, ebenda, S. 245 ff. (281: mangelnde Einsicht in den Nutzen der Beteiligung). — Daneben sollte noch gesehen werden, daß ein *formalisiertes Verwaltungsverfahren* die gleichen Nachteile mit sich bringt, wie sie im Rahmen des Gerichtsverfahrens bekannt sind, nämlich einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand *auch* für den Bürger. Zu den amerikanischen Erfahrungen Scharpf, a. a. O. (Anm. 245), insb. S. 22 ff. m. z. N.

²⁶⁴) Vgl. P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (122, FN. 353: „Ein Minus an gerichtlicher Kontrolle kann durch ein Plus an

die Gleichung *Bettermanns*²⁶⁵): „je mehr und je bessere Verwaltungsgerichtsbarkeit, desto weniger Justizförmigkeit der Verwaltung . . .“ und umgekehrt: „je weniger Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährt wird, um so mehr muß das Verwaltungsverfahren verformlicht und verprozessualisiert werden“. Die Zweifelhafteit und die Gefahr dieser „Mathematik der austauschbaren Größen“ zeigt sich aber sogleich, wenn *Bettermann* zwar einerseits klarstellt, die „Justizförmigkeit der Verwaltung“ mache die „Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht entbehrlich“²⁶⁶), sich jedoch andererseits gegen eine „Justizförmigkeit“ der Verwaltung ausspricht, weil sich das Grundgesetz für den Rechtswegstaat i. S. des Richterstaates entschieden habe²⁶⁷). Er hat für diese Auffassung viel Kritik hinnehmen müssen²⁶⁸), und wie ich meine zurecht. Gewiß ist der Rechtsstaat des Grundgesetzes auch Rechtswegstaat i. S. eines ausgedehnten Gerichtsschutzes. Seine Bedeutung erschöpft sich darin aber nicht, und zwar auch dann nicht, wenn man die Rechtsschutzkomponente isoliert betrachtet.] *Verwaltungsgerichtsverfahren* macht *Verwaltungsverfahren* nicht überflüssig²⁶⁹). Die beiden Verfahrensarten stehen in einem *rechtsstaatlichen* Ergänzungsverhältnis, und zwar auch in den Bereichen, in denen der Verwaltung kein Entscheidungsspielraum zukommt²⁷⁰).

2. Freilich: was hier „rechtsstaatlich“ heißt, liegt nicht ohne weiteres auf der Hand. [Man hat sich zwar heute weitgehend

„due process“ ausgeglichen werden.“). Ähnlich *Brohm*, ebenda, S. 245 ff. (279).

²⁶⁵) VVDStRL 17 (1959), S. 118 ff. (168 f.).

²⁶⁶) VVDStRL 17 (1959), S. 118 ff. (169).

²⁶⁷) VVDStRL 17 (1959), S. 118 ff. (168, 173).

²⁶⁸) Vgl. vor allem *Scheuner*, VVDStRL 17 (1959), S. 238 f.; *Ule*, ebenda, S. 239 f.; *Apelt*, ebenda, S. 240 f.; *Scheuner*, a. a. O. (Anm. 122), S. 255 mit FN. 128; *Fellner*, Grundfragen des Verwaltungsverfahrens, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II (1963), S. 345 ff. (348).

²⁶⁹) Interessant in diesem Zusammenhang *BVerfGE* 2, 380 (403). Hier wird das Rechtsstaatsprinzip als Leitidee der Verfassung einerseits auch dem Art. 19 Abs. 4 GG entnommen und andererseits im Hinblick auf eine Verwaltungsentscheidung betont, zum Rechtsstaatsprinzip gehöre ebenso ein *geregelter Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens*. Vgl. im übrigen auch: *EVwVerfG* 1963, a. a. O. (Anm. 18), S. 64 f. (insb. 4.4.).

²⁷⁰) Partizipation an Verwaltungsverfahren darf also von vornherein nicht als bloßer *Notbehelf* für mangelnden Gerichtsschutz, sondern als *eine* (wenn nicht *die*) Rechtsschutzmöglichkeit u. a., d. h. ggf. neben dem Gerichtsschutz (als *ultima ratio*) gesehen werden. Als echten „Ersatz“ für unzureichenden Gerichtsschutz kann man dagegen die *formlosen Rechtsbehelfe* bezeichnen (dazu *Tschira/Schmitt Glaeser*, Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts [1970], S.

darauf geeinigt, daß der Rechtsstaat des Grundgesetzes ein materialer Gerechtigkeitsstaat sei²⁷¹), und bestimmte Grundsätze werden allgemein als wesentliche Elemente des Rechtsstaats gewertet²⁷²). Aber diese Grundsätze werden sehr unterschiedlich gedeutet, so daß Konrad Hesse²⁷³) insgesamt eine Divergenz der Auffassungen feststellen muß.]

Aus der Perspektive bürgerschaftlicher Partizipation scheint es mir [hier zunächst nicht so sehr auf die Anzahl rechtsstaatlicher Garantien und ihre spezifische Ausgestaltung im einzelnen als] darauf anzukommen, daß der Rechtsstaat des Grundgesetzes ein rechtlich geordnetes und in diesem Sinne *freiheitliches* Gemeinwesen konstituiert. Prägnant formuliert Scheuner²⁷⁴): „Der Rechtsstaat verkörpert in sich den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und die Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung“.

3. Was den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers angeht, so liegt (auch hier) eine *Identifizierung von Grundrecht und Partizipation* als rechtsstaatlichem Phänomen nahe. Nicht nur, daß die materielle Komponente des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips entscheidend von den Grundrechten geprägt wird²⁷⁵). Daneben haben die schon genannten grundrechtlich verankerten Beteiligungsformen ihren Akzent eindeutig im Rechtsstaatlichen. Abgesehen von der Absicherung des *gerichtlichen* Gehörs in Art. 103 Abs. 1 GG, sind hier vor allem die auf das Verwaltungsverfahren bezogenen Regelungen

17 ff.), die nicht auf Partizipation als gleichsam kontinuierliche Mitwirkung, sondern auf punktuelle Beschwerde abzielen.

²⁷¹) Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz (Recht und Staat, Heft 173 [1953]), S. 17; Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (39 ff.); K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (1968), S. 557 ff.; Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschr. f. A. Arndt (1969), S. 53 ff.; Scheuner, a. a. O. (Anm. 122), S. 229 ff. Grundlegend Kägi, in: Hundert Jahre Schweizerisches Recht, Jubiläumsgabe der Zeitschr. f. Schweiz. Recht (1952), S. 173 ff.

²⁷²) Dazu etwa Maunz/Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 58 ff. zu Art. 20; Scheuner, a. a. O. (Anm. 122), S. 251 ff.

²⁷³) A. a. O. (Anm. 78), S. 76.

²⁷⁴) A. a. O. (Anm. 122), S. 250; vgl. auch E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: ders., Nationalstaat u. Verfassungsstaat (1965), S. 249 ff. (S. 253: „... Schutz der Persönlichkeit .. ist das materielle Wesensmerkmal des Rechtsstaats ..“).

²⁷⁵) Maunz/Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 70 zu Art. 20; K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 82 f.; Scheuner, a. a. O. (Anm. 122), S. 249.

in Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 S. 3 und Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG zu nennen. Es handelt sich um Formen von Partizipation als unmittelbare Teilnahme an Verwaltungsentscheidungen mit (vor allem) rechtsstaatlicher Funktion und insofern um eine verfassungsrechtlich gebotene *Minimalpartizipation*. Gesehen werden muß aber auch, daß es hierbei um *Spezialregelungen* geht, aus denen sich *kein System* im Sinne einer allgemeinen Identifikation: Grundrecht-Partizipation herleiten läßt. Gewiß kann (rechtsstaatliche) Partizipation ihre Grundlage *auch* in Grundrechtsnormen haben und das Grundrecht dadurch verstärkt bzw. ergänzt werden. Eigentum (Art. 14 GG) und Partizipation an Planungsverfahren wäre hier ein Beispiel. Das Grundrecht ist und bleibt aber ein *aluid* gegenüber der Partizipation und aus der Perspektive des Individualschutzes ein *Mehr*. So könnte etwa einer Klage oder einer Verfassungsbeschwerde aus Eigentum nicht entgegengehalten werden, der Kläger habe seine Rechte bereits durch Beteiligung am Verwaltungsverfahren ausreichend geltend machen können. Allgemein gilt hier das gleiche wie bei der demokratischen Partizipation: Insgesamt dürfen Grundrechte auch in ihrer rechtsstaatlichen Komponente als Schutz- und Umgrenzungsnorm personaler Freiheit nicht „prozessualisiert“ und in staatlichen (Verwaltungs-)Verfahren „aufgelöst“ werden, sollen sie in ihrer prinzipiellen individuellen Beliebigkeit erhalten bleiben.

II. Partizipation und Rechtsstaatsprinzip

Partizipation mit rechtsstaatlicher Funktion als unmittelbare Beteiligung an staatlichen Verwaltungsverfahren ist *Element eines due process of law*, eines rechtsstaatlich geordneten, eines rechtmäßigen, eines gerechten Verwaltungsverfahrens.

1. Zunächst: Rechtmäßigkeit heißt vor allem Verfassungsmäßigkeit. Als Teil der vollziehenden Gewalt ist die Verwaltung an die Grundrechtsnormen (Art. 1 Abs. 3 GG) ebenso gebunden wie an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Übermaßverbot, Gebot der Gleichbehandlung, Grundsatz der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Machtausübung sind wesentliche Handlungsmaximen einer rechtsstaatlichen Verwaltung. Damit ist der zweite Vorstellungskreis der *Scheuner*-schen Formel, die „Mäßigung und rechtliche Bindung aller öffentlichen Machtausübung“ angesprochen, und es geht ihm dabei nicht nur um „bloße Legalität“. Ziel dieser Forderung ist der „Kampf gegen Willkür und Unrecht, das in ungleicher parteiischer, schrankenloser Übung der politischen Herrschaft“ liegt²⁷⁶).

²⁷⁶) *Scheuner*, a. a. O. (Anm. 122), S. 249 f.

Die Beachtung und Erfüllung dieser Forderung ist in *erster Linie Aufgabe der Verwaltung selbst*. Das heißt vor allem: Rechtsstaatliche Verwaltung ist nicht nur, nicht einmal vornehmlich, eine Frage nach dem gerichtlichen Rechtsschutz²⁷⁷⁾, der — wie wir sahen — die Verwaltungstätigkeit immer unzulänglicher abzudecken vermag. [Aber einmal ganz abgesehen von den „Lücken“ im individuellen Rechtsschutzsystem und abgesehen auch davon, daß eine Gerichtskontrolle in der Regel von vornherein überall dort ausscheidet, wo eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Betracht kommt:] Zur Funktion der Verwaltung als einem besonderen Organ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gehört es auch, daß sie die Verantwortung für die von ihr getroffenen Entscheidungen übernimmt und damit primär für die Rechtmäßigkeit ihres Tuns sorgt. Verantwortung und Kontrolle befinden sich in unabdingbarem Konnex mit der Funktion selbst, nach deren Eigenart die Verwaltung konstituiert und organisiert ist²⁷⁸⁾. Die jeweilige Verwaltungsinstanz steht ihrer Aufgabe am nächsten, ist darauf spezialisiert, hat die Fachkenntnis und besitzt die entsprechende Erfahrung. Gerichtskontrolle kann im wesentlichen nur *ultima ratio* sein. Das ist die Folge eines richtig verstandenen Gewaltenteilungsprinzips²⁷⁹⁾.

2. Die Erkenntnis der verfassungsrechtlich gebotenen *Selbstkontrolle* der Verwaltung führt zur Notwendigkeit eines formellen *Verwaltungsverfahrens*, das die materielle Rechtsstaatlichkeit der Verwaltungshandlungen ermöglicht und sichert²⁸⁰⁾. [Einen diesbezüglichen Versuch stellt der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 dar.

Allgemein wird als ein wesentlicher Bestandteil eines solchen Verfahrens auch die Beteiligung der betroffenen Bürger und Bürgergruppen genannt, wobei der Gesichtspunkt des in-

²⁷⁷⁾ So nunmehr auch die überwiegende Meinung. Vgl. etwa: Scheuner, a. a. O. (Anm. 122), S. 232 f.; Forsthoff, VVDStRL 18 (1960), S. 202; ders., Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), in: ders., Rechtsstaat im Wandel (1964), S. 176 ff. (182); Franz Mayer, BayVBl. 1960, 338; Ule, DVBl. 1957, 601; Melichar, VVDStRL 17 (1959), S. 183 ff. (187); Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 55 ff. m. w. N.

²⁷⁸⁾ Allgemein zur Aufgabenbezogenheit der „Gewalten“-Konstituierung: K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 195 ff.; vgl. im übrigen Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 234 m. w. N.

²⁷⁹⁾ Eingehend dazu Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 234 ff.

²⁸⁰⁾ Ossenbühl, DÖV 1964, 516: „... Man muß doch bedenken, daß der ‚materielle‘ Rechtsstaat nur durch eine gewisse Formalisierung verwirklicht werden kann“. In diesem Sinne etwa auch Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 62: „... nur verschiedene Seiten ein und desselben Vorgangs der richtigen Anwendung des Rechts...“. Vgl. auch ders., a. a. O., S. 234 f.

dividuellen Rechtsschutzes (in einem weiteren Sinne) die ausschlaggebende Rolle spielt²⁸¹).] Sowenig sich [aber] der Rechtsstaat in der Sicherung gerichtlicher Rechtmäßigkeitskontrolle (Art. 19 Abs. 4 GG) erschöpft, sowenig bedeutet rechtsstaatliches Verfahren *allein* Individualschutz der Betroffenen²⁸²). Hier geht es vielmehr *ganz allgemein* um die Gewährleistung einer rechtmäßigen, einer gerechten Verwaltungstätigkeit. Aus dieser Perspektive muß die Frage nach einer bürgerschaftlichen Partizipation gestellt werden, und sie schließt natürlich das Element des Rechtsschutzes durch nicht-gerichtliches Verfahren mit ein.

[Verwaltungsentscheidung ist — wie gezeigt — nicht (einzig) „richtige“ Dezision, sondern vertretbare und durchsetzbare (machbare, realisierbare) Entscheidung. Vertretbar aber ist eine Entscheidung nur, wenn sie die Umweltkomplexität in ihrer nahezu vollkommenen Interdependenz aller Lebenssachverhalte, wenn sie möglichst alle entscheidungsrelevanten Daten optimal berücksichtigt. Dies verlangt Arbeitsteilung nicht nur systeminterner Art, sondern ein „offenes“ Entscheidungsverfahren, das im Sinne einer Umweltsensibilität auch den Bürger und die Bürgergruppe beachtet. Die Aufstellung eines Prioritätenmaßstabes der zu lösenden Probleme etwa und die daraus zu formulierenden Handlungsziele sind ohne Beteiligung von Systemexternen, insbesondere von Betroffenen, oft kaum möglich. Das gleiche gilt in der Regel für die Selektion der Alternativen. Der Begriff der Betroffenheit muß dabei variabel gehalten und auf den jeweiligen Entscheidungsvorgang zugeschnitten werden. Es darf vor allem nicht nur auf den rechtlich Betroffenen (etwa im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO) abgestellt werden²⁸³).

Natürlich ist nicht zu übersehen, daß der partizipierende Bürger regelmäßig zumindest in erster Linie seinen persönlichen, vor allem seinen Rechts- und Interessenschutz im Auge haben wird. Er wäre auch überfordert, wollte man von ihm eine objektive Kontrollmotivation verlangen. Der Bürger ist kein Ombudsman. Das hindert aber die rechtsstaatliche Funktion einer derartigen Partizipation nicht. Auch die Verfolgung

²⁸¹) § 21 („... in die Rechte eines Beteiligten eingreift ...“), §§ 22, 52 EVwVerfG 1963, a. a. O. (Anm. 18). — Vgl. außerdem vor allem Ule, DVBl. 1957, 601 f.; Badura, DÖV 1968, 454. Weitere Nachweise bei Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 57 ff.

²⁸²) Selbst dann nicht, wenn man diesen Rechtsschutz zutreffend auch auf Interessen wirtschaftlicher, politischer oder ästhetischer Art ausdehnt.

²⁸³) Näher dazu Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 79 ff.

rein persönlicher Interessen und eigener Rechte ist der Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung insgesamt dienlich, weil die Basis der Abwägung verbreitert wird und oft nur der Bürger — unabhängig von seinen Motivationen — die entscheidenden Informationen und Aspekte für eine gerechte Problemlösung beibringen kann.

Damit ist nicht nur allgemein gesagt, daß zu einem rechtsstaatlich geordneten Verwaltungsverfahren jedenfalls *grundsätzlich* (u. a. auch) die Beteiligung von Bürgern und Bürgergruppen gehört. Über die generelle Beteiligungsformel hinaus ist gleichzeitig angedeutet, unter welchen Umständen ein konkretes Beteiligungsgebot besteht.] Das Prinzip lautet:

Eine rechtsstaatlich gebotene Partizipation als *Minimalpartizipation* ist dann und soweit anzunehmen, als eine rechtsstaatliche Verwaltungstätigkeit ohne bürgerschaftliche Partizipation nicht möglich ist.

Dieser Grundsatz kann nur exemplarisch aufgeschlüsselt werden. Herausgegriffen werden soll das *Übermaßverbot* als eines der wichtigsten Teilprinzipien des Rechtsstaatsgebots²⁸⁴). Interessant ist hierbei vor allem, ob die rechtsstaatliche Minimalpartizipation *weiter* angelegt werden muß als die demokratische, konkret: ob sie über ein bloßes Anhörerecht hinausführt.

3. Es liegt auf der Hand, daß die Einhaltung des Übermaßverbots²⁸⁵) als Oberbezeichnung für die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und Verhältnismäßigkeit jeglicher Art öffentlicher Verwaltung wenigstens und in erster Linie eine umfassende und gründliche Sachverhaltsaufklärung verlangt, die durch eine bloße (passive) Anhörung der (betroffenen) Bürger und Bürgergruppen oft nicht geleistet werden kann²⁸⁶). Dazu wird häufig eine *Erörterung* im Sinne eines Tatsachen- und Rechtsgesprächs unumgänglich sein²⁸⁷). Der Bürger ist nicht selten die fündigste Informations-

²⁸⁴) Dazu etwa BVerfGE 20, 150 (155); E 20, 162 (187); E 21, 150 (155). Außerdem z. B. Höppner, DVBl. 1969, 726; Menger, a. a. O. (Anm. 271), S. 24 ff.; Wittig, DÖV 1968, 823.

²⁸⁵) Grundlegend dazu Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit (1961). Vgl. auch H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 28), § 30, II, b, 1 (S. 170 f.); ders., Verwaltungsrecht III, 3. Aufl. (1973), § 138 V (S. 175).

²⁸⁶) Zu Bedeutung und Notwendigkeit rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren siehe die umfassenden Nachweise bei Kopp, a. a. O. (Anm. 73), insb. S. 75 ff., 117 ff., 134 ff.

²⁸⁷) Vgl. etwa F. Werner, in: Bulletin der Bundesregierung Nr. 133 v. 25. 7. 1958, S. 1412 (Diskussion!). — Abgesehen davon, daß Anhörung und Erörterung in der Praxis regelmäßig ineinander über-

quelle, die sich erst in Rede und Gegenrede voll erschließen läßt. Für manche Daten ist er die *einzigste Informationsquelle*. Wenn der Grundsatz der Erforderlichkeit besagt, daß unter mehreren möglichen (zur Zweckerreichung geeigneten) Instrumenten nur dasjenige gewählt werden darf, das die geringste einschneidenden Folgen insbesondere auch für den davon betroffenen Bürger nach sich zieht²⁸⁸), dann wird hierbei entscheidend auf die Interessenlage des Betroffenen, „wie er selbst sie versteht und bewertet“²⁸⁹), abgestellt. Der Betroffene muß also seine Interessenlage deutlich machen können. Dazu wird er ausreichend nur in der Lage sein, wenn er den Gesamtvorgang, wenn er die Motive und Ziele der Verwaltung kennt und sich damit auseinandersetzen kann. Das verlangt mehr als rechtliches Gehör, das verlangt Erörterung, Diskussion²⁹⁰).

Bei grundsätzlicher Austauschbarkeit der (geeigneten) Mittel und der damit verbundenen *Abwendungsbefugnis* des Betroffenen, wie sie in mehreren Polizeigesetzen positivrechtlich verankert ist²⁹¹), ergibt sich darüber hinaus die rechtliche Möglichkeit eines *konstruktiven Vetos*. Ähnliches läßt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²⁹²) herleiten²⁹³).

gehen werden, meint man häufig auch Erörterung, wenn man Anhörung sagt (typisch etwa Kopp, a. a. O. [Anm. 73], z. B. S. 79; vgl. auch oben, Anm. 22. Sehr genau demgegenüber BVerwG v. 10. 3. 71, NJW 1971, 1762 f.). Hier geht es um die verfassungsrechtlich gebotene Erörterung. Eine — auch terminologisch — exakte Trennung ist daher notwendig.

²⁸⁸) Lerche, a. a. O. (Anm. 285), S. 19; vgl. etwa auch Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht — Ordnungsrecht — der Länder und des Bundes, 7. Aufl. (1961), § 18, 5 b, S. 282 und Art. 8 Abs. 1 Bayer. PAG.

²⁸⁹) BVerwG v. 22. 11. 68, DÖV 1969, 505: „... weil sich die Frage, ob eine solche Maßnahme (sc. die dingliche Belastung eines Grundstücks) im Vergleich zur Eigentumsentziehung wirklich den milderen Eingriff enthält, ausschlaggebend bestimmt nach der Interessenlage des Betroffenen, wie er selbst sie versteht und bewertet.“

²⁹⁰) Gleiches gilt für den Bereich der Leistungsverwaltung. Illustrativ dafür die Beispiele bei H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 285), § 138, V a und b (S. 175).

²⁹¹) Vgl. etwa § 8 S. 2 HessSOG; § 30 Abs. 2 S. 3 SOG Niedersachsen; § 21 S. 1 Nordrh.-Westf. OrdnungsbehördenG. Siehe auch § 41 Abs. 2 S. 3 prPVG.

²⁹²) Dieser Grundsatz besagt, daß die Folgen, die der Eingriff mit einem bestimmten Instrument zur Erreichung eines bestimmten Zieles in anderer Richtung mit sich bringt, zur Bedeutsamkeit des beabsichtigten Erfolges in richtigem Verhältnis stehen muß (Lerche, a. a. O. [Anm. 285], S. 19; Drews/Wacke, a. a. O. [Anm. 288], § 10, 6, S. 168; v. Krauss, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [1955], S. 14; vgl. etwa auch Art. 8 Abs. 2 Bayer. PAG).

²⁹³) Vgl. H.-G. König, DVBl. 1959, 190.

Diese wenigen Hinweise müssen genügen. Sie dürften deutlich gemacht haben, daß die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Minimalpartizipation *breiter* angelegt ist und sehr viel weiter geht als die des Demokratiegebots. Die Partizipation wird in der 1. Intensitätsstufe der Mitwirkung voll ausgeschöpft. Das konstruktive Veto kann man am besten beim Vorschlagsrecht einordnen; es kommt einer Mitentscheidung am nächsten. [Nur noch erwähnt sei, daß die zur Verwirklichung rechtsstaatlicher Partizipation ggf. notwendige *Partizipationshilfe* diesem Mehr gegenüber der demokratischen Partizipation entsprechen muß. Vor allem die Akteneinsicht, das Problem des Pflichtanwalts, aber auch die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens wären hier zu lokalisieren²⁹⁴.]

4. *Partizipationsverbote* im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips ergeben sich zum Teil aus Selbstverständlichkeiten. So muß eine Beteiligung z. B. in Form der Anhörung *vor* Erlaß der Entscheidung gerade aus rechtsstaatlichen Gründen unterbleiben, wenn die vorherige Anhörung die Rechtsverwirklichung vereiteln oder doch ernsthaft gefährden würde²⁹⁵). Auch die rechtsstaatliche Dimension der Grundrechte führt zu Partizipationsverboten. So beschränkt das in Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht²⁹⁶) grundsätzlich die Publizität staatlicher Verwaltung und damit erst recht die bürgerschaftliche Partizipation, insbesondere das Recht auf Akteneinsicht, wenn dadurch die Individual-, die Privat- oder Intimsphäre Dritter verletzt wird²⁹⁷).

Weniger selbstverständlich, aber deshalb nicht weniger wichtig ist die Erkenntnis, daß das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebende *Handlungsverbot für befangene Amtswalter*²⁹⁸) auch

²⁹⁴) Sehr ausführlich dazu Kopp, a. a. O. (Anm. 73), insb. S. 83 ff., 120 ff. Zur Mündlichkeit des Verfahrens kritisch Luhmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 211 ff.

²⁹⁵) Vgl. dazu etwa BVerfGE 9, 89 (96 ff., insb. 98); E 18, 399 (404); E 27, 88 (103 f.); H.-G. König, DVBl. 1959, 192; Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 94 zu Art. 103 I; Pipkorn, DÖV 1970, 175 f. m. w. N.

²⁹⁶) Dazu vor allem Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 38 zu Art. 1 I und außerdem Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 31. Aufl. (1972), Anm. 2 vor § 1 und Anm. 15 zu § 823, jeweils m. w. N.

²⁹⁷) Vgl. auch Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 50 f., 86 f. m. w. N.

²⁹⁸) K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 80 f. („... unparteiische Ausübung staatlicher Gewalt“). Ausführlich zum Befangenheitsgrundsatz H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 73 III, c, 2 (S. 37); ders. a. a. O. (Anm. 285), § 156 III, e (S. 280 ff.) m. z. N. Speziell zur Interessenkollision bei der Bauleitplanung W. Schmitt Glaeser, BaWüVBl. 1968, 161 ff., 180 ff. Vgl. auch die Grundsatzregelung in § 15 EVw-VerfG 1963, a. a. O. (Anm. 18).

für die bürgerschaftliche Partizipation prinzipielle Geltung beansprucht, weil es gleichgültig ist, ob die parteiische Verwaltungsführung (z. B.) durch einen Beamten oder durch einen nicht-beamtenen Bürger im Rahmen der Partizipation erfolgt. [So entschieden daher das Rechtsstaatsprinzip um einer gerechten Entscheidung willen einerseits die *Mitwirkung* etwa in Form der Anhörung betroffener Bürger *gebietet*, so entschieden *verbietet* es andererseits, und zwar ebenso um einer gerechten (unparteiischen) Verwaltungsführung willen, eine *Mitentscheidung* betroffener Bürger, soweit eine objektiv begründete Besorgnis der Befangenheit besteht. In diesem Sinne führt die Betroffenheit zum Partizipationsverbot!] Dies sollten vor allem jene beachten, die unter der Flagge der „Demokratisierung“ eine undifferenzierte Entscheidungsbetroffenheit als Fetisch der „Mitbestimmung“ inthronisieren.

5. Zwischen rechtsstaatlich gebotener Minimalpartizipation und den — ebenso nur beispielhaft angeführten — rechtsstaatlichen Partizipationsverboten liegt der Bereich des *einfachen Gesetzgebers*. [Für die *konkrete Strukturierung* der Partizipation als seine *rechtsstaatliche Aufgabe* gilt grundsätzlich das Gleiche wie im Rahmen des Demokratieprinzips (vgl. DRITTER TEIL, A, 1. Modell, III, 5), wenn auch die Akzente zum Teil anders zu setzen sind. So muß z. B. die Forderung nach einer im Entscheidungsprozeß möglichst früh einsetzenden Partizipation weniger unter der Perspektive des Konsens²⁹⁹⁾ als unter dem Aspekt eines möglichst effektiven im Sinne eines rechtzeitigen Rechtsschutzes gesehen werden³⁰⁰⁾.]

3. Modell: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen als Sozialstaatsgebot

I. Die Sozialstaatskonzeption des Grundgesetzes

1. Seit Ipsens Göttinger Referat hat sich die Ansicht durchgesetzt, daß die Entscheidung des Grundgesetzes zum Sozial-

²⁹⁹⁾ Auch der Konsens hat freilich seine rechtsstaatliche Dimension, weil er Streitfragen schon im Bereich der Verwaltung beilegt, dadurch insgesamt die Überlastung der Gerichte abbaut und somit wenigstens eine Ursache für verspäteten Rechtsschutz beseitigt. Vgl. dazu auch Kopp, a. a. O. (Anm. 73), S. 155 f.; Spanner, DÖV 1958, 655 f.; Fellner, DVBl. 1963, 483; Meyer-Hentschel, VerwArch. Bd. 48 (1957), 145; Rautenberg, NJW 1955, 1546; Czermak, DRiZ 1964, 39. Kritisch zur Entlastungsfunktion allgemein: Luhmann, a. a. O. (Anm. 36), S. 216 ff.

³⁰⁰⁾ Vgl. dazu etwa Scheuner, VVDStRL 17 (1959), S. 238; Forsthoff, VVDStRL 18 (1960), S. 202 f.; Ipsen, ebenda, S. 194; H.-G. König, DVBl. 1959, 192. — Die durch eine frühzeitige Partizipation entstehende Gefahr einer Konfliktintensivierung ist hier also nur zweitrangig.

staat³⁰¹) „Bereitschaft und Verantwortung, Aufgabe und Zuständigkeit“ des Staates „zur Gestaltung der sozialen Ordnung“ bedeutet³⁰²). Wenn auch das Wesentliche zur Verwirklichung des sozialen Gestaltungsauftrags der Gesetzgeber zu leisten hat³⁰³): in begrenztem Umfang ist ebenso das „Wie“ der zu gestaltenden Sozialordnung *verfassungsrechtlich* festgelegt³⁰⁴). Es wird allgemein mit „sozialer Gerechtigkeit“ als einer Zielformel umschrieben³⁰⁵), die im Grundgesetz selbst u. a. vor allem im Gleichheitsgebot des Art. 3 (konkrete Gleichheit!) und im positiven Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 (Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle) Ausdruck findet³⁰⁶). Gerechtigkeit im Sozialstaat heißt in erster Linie Be-

³⁰¹) Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung (vgl. insb. Art. 151, 155—157 und 162—165) und den Verfassungen der Länder (zur Bayer. Verf. z. B. Zacher, BayVBl. 1962, 257 ff.) ist das Grundgesetz in seiner sozialen Aussage sehr zurückhaltend und beschränkt sich im wesentlichen auf die Formel vom „sozialen Bundesstaat“ (Art. 20 Abs. 1) und „sozialen Rechtsstaat“ (Art. 28 Abs. 1). Es bedarf schon einer bestimmten *Deutung* dieser Formel, um sie mit weiteren Vorschriften der Verfassung in Verbindung setzen zu können, etwa mit Art. 6 Abs. 4 und 5 oder mit der Kompetenznorm des Art. 74 (vgl. dazu Bachof, VVDStRL 12 [1954], S. 37 ff. [41 ff. m. w. N.]; W. Weber, Der Staat 4 [1965], S. 410 f.; Badura, DÖV 1968, 446 m. FN. 4/5).

³⁰²) Ipsen, VVDStRL 10 (1952), S. 74 f. — Vgl. etwa auch Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (39 f.); E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 274), S. 257 („soziale Intervention“); Dürig, JZ 1953, 196; BVerfGE 1, 97 (105: Verpflichtung des Gesetzgebers zu sozialer Aktivität); E 21, 245 (251); E 22, 180 (204).

³⁰³) BVerfGE 1, 97 (105) und ständig; Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (43); Badura, DÖV 1968, 448 f. Prägnant die Formulierung ForsthoFFs, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff., S. 20: „Eine Verfassung kann nicht Sozialgesetz sein.“ Freilich verweist er damit den Sozialstaat ganz auf die Ebene der *Verwaltung* (vgl. auch a. a. O., etwa S. 14 f., 29).

³⁰⁴) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 40.

³⁰⁵) Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (40). Badura, DÖV 1968, 446 ff.; Böckenförde, a. a. O. (Anm. 271), S. 67; BVerfGE 22, 180 (204); vgl. auch E 1, 97 (105); E 5, 85 (198, 206, 229); E 27, 253 (283). Wenn das BVerfG auch bislang so gut wie nichts zum Inhalt des Sozialstaats gesagt hat, so läßt es doch keinen Zweifel daran, daß gerade auch im Hinblick auf das „Wie“ verfassungsrechtliche Minimalgebote bestehen. Besonders deutlich E 18, 257 (267: „... wenn eine andere Lösung durch das Sozialstaatsprinzip nicht unbedingt geboten ist“); vgl. auch E 1, 97 (105); E 17, 1 (25). — Allgemein zur Sozialstaats-Rspr. des BVerfG: W. Weber, Der Staat 4 (1955), S. 420 ff.; Zacher, AöR 93 (1968), S. 341 ff.; ders., BayVBl. 1969, 113 ff. Zur entspr. Rspr. des BVerwG: Wollny, DVBl. 1972, 25 ff.; vgl. schließlich noch OVG Rheinland-Pfalz, VRspr. 18, 111 (115).

³⁰⁶) Dazu vor allem Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff. (41 ff. m. w. N.). Vgl. außerdem etwa K. Hesse, a. a. O. (Anm. 271), S. 574; Badura, DÖV 1968, 446, 448.

achtung menschlicher Personalität durch bürgergerechte Daseinsvorsorge³⁰⁷). In diesem Sinne ist der Sozialstaat, schon als Begriff ein „Produkt der industriellen Revolution“³⁰⁸), die spezifische Antwort auf die spezifische Bedrohung personaler Freiheit durch die Gegebenheiten des modernen Industriestaates³⁰⁹).

[Nur eine bürgergerechte Daseinsvorsorge stellt sicher, daß der Sozialstaat nicht auf seine Weise die gleichen Fehler begeht, wie sie der liberale Rechtsstaat begangen hat. War dieser vornehmlich ein „Rechtswahrstaat“, der die Freiheit in erster Linie unter dem Aspekt eines vom Staat möglichst abgesetzten Individuums sah, so wäre ein undifferenziert leistender Sozialstaat gleichsam nur ein „Leistungserbringerstaat“, der die Freiheit in erster Linie unter dem Aspekt eines in der Sozialität konturenlos aufgehenden Versorgungsempfängers sähe, und es würde hierbei übersehen, daß eine Daseinsvorsorge ohne Ansehen der Person die eigenständige Selbstentfaltung mindestens in gleichem Maße hindern müßte wie im „bürgerlichen“ Rechtsstaat mangelnder Besitz. Kann man in diesem Bereich überhaupt mit Quantitätsmaßstäben messen, so müßten hier die Folgen sogar als noch einschneidender empfunden werden, weil sie alle betreffen.]

2. Entwicklung und Erhaltung personaler Freiheit im Sozialstaat ist also auch und in besonderem Maße eine Frage der *Modalität der Leistung*. Gerade hier muß sich der Sozialstaat mit dem wesentlichen Anliegen des Rechtsstaats verbinden: der Erhaltung der persönlichen Freiheit. [So gesehen ist der Sozialstaat in unserer Zeit nur sinnvoll und möglich, wenn er zugleich Rechtsstaat ist³¹⁰). Das bedeutet im wesentlichen: Gewaltenteilung, prinzipielle Bindung auch der leistenden Verwaltung an

³⁰⁷) Vgl. dazu E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 274), S. 270 ff.; Zacher, Freiheit und Gleichheit in der Wohlfahrtspflege (1964), S. 123 (Hilfsmöglichkeiten müssen möglichst „persönlichkeitsangepaßt“ entfaltet werden); BVerfGE 26, 17 (37: grundsätzlich entspricht es dem Sozialstaatsprinzip am ehesten, „bei der Gewährung staatlicher Leistungen den Besonderheiten jedes Einzelfalles und den individuellen Verhältnissen jedes Anspruchsberechtigten Rechnung zu tragen“); BVerwG, VRspr. Bd. 22, 110 (112).

³⁰⁸) E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 274), S. 256.

³⁰⁹) Auf die vielschichtige und weitverzweigte Problematik des Sozialstaats, vor allem auf seine durch die Formel „sozialer Rechtsstaat“ (Art. 28 Abs. 1 GG) angesprochenen Beziehungen kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Vgl. dazu insb. die von Forsthoff herausgegebene Sammelschrift „Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit“ (1968) mit Beiträgen von H. Huber, Ipsen, Menger, Fechner u. a.

³¹⁰) E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 274), S. 270 ff.

Verfassung und Gesetz, gerichtliche Kontrolle³¹¹). Auch die grundrechtlichen Sicherungen gehören hierher, wobei sich freilich gerade bei ihnen eine rechts- und sozialstaatliche Ambivalenz³¹²) zeigt, die ihre versorgungsrechtliche Schlagseite kaum zu kaschieren vermag. Zweifellos sind gewisse Grundrechtsnormierungen (Art. 2 Abs. 1, Art. 3, Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 GG) in Verbindung mit der Sozialstaatsklausel „verfassungsrechtliche Gewährleistungen der grundlegenden Voraussetzungen individueller Lebensbehauptung und gruppenmäßiger Interessenwahrung im Wohlfahrtsstaat“³¹³), und es mag sogar gute Gründe dafür geben, alle Grundrechte in einem weiteren Sinne als soziale Grundrechte zu werten³¹⁴). Man muß sich aber darüber im klaren sein, daß eine derartige „Fortschreibung“ der Grundrechte in den sozialen Leistungsstaat hinein zwar die „traditionellen“ Freiheitslücken des Rechtsstaats zu decken, aber nicht ohne weiteres die neuen Gefahren des Sozialstaats zu parieren vermag. Selbst zu einer Gefahr für die personale Freiheit wird ein solches Grundrechtsverständnis aber jedenfalls dann, wenn es Grundrecht und Partizipation (als Verfahrenselement) identifiziert. Die Gefahr einer „Sozialisierung“ der Grundrechte ist hier *wörtlich* zu nehmen³¹⁵)! Auch der Sozialstaat braucht Zonen prinzipiell individueller Beliebigkeit — und dies gilt z. B. für das Privateigentum als Phänomen „geronnener Freiheit“ (Dürig).]

Der beherrschte Lebensraum ist im Sozialstaat kein überflüssiger Luxus. Er muß beachtet werden, soweit es möglich und sozial erträglich ist. Den Maßstab für die soziale Erträglichkeit liefern die Grundrechte. Diese Gewährleistungen personaler Freiheit können durch „Freiheit in der Teilhabe“ nicht ersetzt, sondern nur *ergänzt* werden. In diesem Sinne ist (auch) die sozialstaatliche Partizipation etwas Zusätzliches³¹⁶).

II. Partizipation und Sozialstaatsprinzip

1. Ziel sozialstaatlicher Partizipation ist *Individualisierung sozialstaatlicher Aktivität*. Die soziale Leistung des modernen Industriestaates ist regelmäßig und notwendig auf die „Ordnung von Massenerscheinungen des sozialen Lebens“³¹⁷) gerichtet.

³¹¹) Ausführlich dazu vor allem Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 50 ff. Vgl. außerdem etwa W. Bogs, a. a. O. (Anm. 123), S. 517 ff.; E. R. Huber, a. a. O. (Anm. 274), S. 271; Badura, DÖV 1968, 455.

³¹²) W. Weber, Der Staat 4 (1965), S. 435.

³¹³) Badura, DÖV 1968, 448.

³¹⁴) P. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43 ff. (90 ff.).

³¹⁵) Aufschlußreich hierzu Forsthoff, a. a. O. (Anm. 124), S. 42.

³¹⁶) Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfGE 28, 314 (323).

³¹⁷) Vgl. auch BVerfGE 26, 16 (37).

Sozialversicherung, Kriegsofferfürsorge, Krankenversicherung, Sozialhilfe sind anschauliche Beispiele. Eine Typisierung und Generalisierung der Maßstäbe läßt sich hier nicht vermeiden. Massenversorgung fördert die Verkümmern der Gleichheitsidee zur „Lochkarten-Egalisierung“. Die Besonderheiten des Einzelfalles und die individuellen Verhältnisse des potentiellen Leistungsempfängers werden auf Karteikartengröße zurechtgeschnitten³¹⁷⁾. Diese Prozedur trifft auch den Menschen selbst, und sie kann ihn zum Objekt staatlicher Fürsorge herabsetzen³¹⁸⁾. Hier ist der Ansatzpunkt für sozialstaatliche Partizipation als *Instrument sozialer Gerechtigkeit* zur Verwirklichung menschenwürdigen Daseins in differenzierter, d. h. individuell-konkreter Gleichheit. Als *individualisierendes Korrektiv* kollektiver Leistungsausschüttung erhält Partizipation den Menschen als *Subjekt* sozialstaatlichen Gesamtgeschehens, indem es ihm Wirkungsbereiche sozialer Selbst- und Mitverantwortung erschließt und gewährleistet³¹⁹⁾.

Bürgerschaftliche Partizipation ist in dem Maße *verfassungsrechtlich* bzw. sozialstaatlich geboten, in dem eine bürgergerechte Leistung als Ausdruck sozialer Gerechtigkeit ohne sie unmöglich und der einzelne zum Objekt sozialstaatlicher Daseinsvorsorge würde. Dieses sozialstaatliche Gebot einer *Minimalpartizipation* ergibt sich insbesondere aus dem „Konstitutionsprinzip“ des Art. 1 Abs. 1³²⁰⁾ und dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 in Verbindung mit der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel (Art. 20 Abs. 1 / 28 Abs. 1 GG).

2. Die Formel von der sozialstaatlichen Minimalpartizipation ist sehr weit gefaßt und dementsprechend schwer auszufüllen. Es kann hier jedoch ähnlich verfahren werden wie beim Rechtsstaatsprinzip. Es sind — und dies nicht nur im Hinblick auf die Partizipationsproblematik — Rechtsgrundsätze zu entwickeln, die den Sozialstaat auf seine Art ebenso rechtlich „greifbar“ und „griffig“ machen wie den Rechtsstaat. Was damit gemeint ist, soll wenigstens durch ein Beispiel angedeutet werden: das rechtsstaatlich akzentuierte, vornehmlich — frei-

³¹⁸⁾ Vgl. etwa auch W. Bogs, a. a. O. (Anm. 123), S. 513.

³¹⁹⁾ Zum Problem der Teilhabe des Bürgers im Sozialstaat siehe (mit unterschiedlichen Akzenten) Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in: ders., Rechtsstaat im Wandel (1964), S. 111 ff. (115 ff.); ders., VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff. (19 ff.); Bachof, ebenda, S. 37 ff. (46 f.; 48 f.); W. Bogs, a. a. O. (Anm. 123), S. 521 ff.; Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in: Forsthoff (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 309), S. 90 ff.; K. Hesse, AöR 77 (1951/52), S. 220.

³²⁰⁾ Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog, a. a. O. (Anm. 13), RdNr. 4 zu Art. 1 I.

lich nicht nur — am staatlichen Eingriff orientierte *Übermaßverbot* ist durch ein sozialstaatlich akzentuiertes und auf die staatliche Leistung bezogenes *Maßgebot* zu ergänzen. Das Verfassungsgebot bürgergerechter Leistung ist damit begrifflich in einem Rechtsgrundsatz eingefangen, der weiter zu konturieren wäre, z. B. im Hinblick auf die *Intensität* sozialstaatlicher Partizipation. Die allgemein anerkannte Formel, daß die Intensität der staatlichen Eingriffs- und Regelungsbefugnis in einem umgekehrten Verhältnis gegenüber der Nähe des Regelungssachverhalts zur menschlichen Intimsphäre steht³²¹⁾, kann hier fruchtbar gemacht werden. Sie muß dazu führen, die Intensität der Partizipation in dem Maße (bis zur Mitentscheidung) zu steigern, in dem sich der Regelungssachverhalt der Intimsphäre nähert.

Der Sache nach folgt der Gesetzgeber zum Teil bereits diesen Überlegungen. Ein Beispiel ist das Bundessozialhilfegesetz. Während der Zuschuß zu den Entbindungsaufwendungen ohne weitere Beteiligung der Mutter pauschaliert wird, weil Aufwendungen und Bedürfnisse hier durchweg gleich sind, erhalten die individuelle Situation und die persönlichen Wünsche des Sozialhilfeempfängers in anderen Fällen entscheidende Bedeutung, so z. B. bei der Grundsatzregelung für die Ausgestaltung der Sozialhilfe nach § 3 einschließlich der geistlichen Betreuung³²²⁾ oder bei der Wahl des Arztes nach § 37 Abs. 3 Satz 2³²³⁾. Während die Verwaltung im Rahmen des § 3 zur bürgergerechten Vollziehung einer *Mitwirkung* des Hilfsbedürftigen bedarf, die von der Anhörung bis zum konstruktiven Veto reicht, beinhaltet das Recht auf freie Wahl des behandelnden Arztes sogar eine *Mitentscheidung* des Leistungsempfängers bei der Modalität der Krankenhilfe, und diese intensivste Art der Partizipation ist auch verfassungsrechtlich geboten (Art. 20 Abs. 1 bzw. 28 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG), weil hier der Regelungssachverhalt eindeutig in der menschlichen Intimsphäre

³²¹⁾ W. Schmitt Glaeser, a. a. O. (Anm. 51), S. 221 m. w. N.

³²²⁾ Die Amtl. Begr. zu § 3 Abs. 2 BSHG (BT-Drucksache 1799/1960, S. 38) stellt entscheidend auf den Gesichtspunkt der individuellen Hilfe besonders aus der Sicht des Hilfeempfängers ab. BVerwGE 35, 287 (290) betont den in § 3 Abs. 2 zum Ausdruck gekommenen „Respekt des Gesetzes vor den Wünschen des Hilfeempfängers als Person und Mitgestalter der Hilfe“. Vgl. außerdem Jehle, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz, 4. Aufl. (Stand Febr. 1972), Anm. 4 b zu § 3; Luber, Bundessozialhilfegesetz, Kommentar (Stand Juli 1971), Anm. II zu § 3. — Speziell zu § 3 Abs. 3: Stellungnahme des BR zum Entw. eines BSHG, BT-Drucksache 1799/1960, Anl. 2 S. 69.

³²³⁾ Luber, a. a. O. (Anm. 322), Anm. II zu § 3.

liegt. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in anderen „Leistungsgesetzen“ (P. Häberle), z. B. im Arbeitsförderungsgesetz (vom 25. 6. 1969; BGBl. I, S. 582)³²⁴) und im Bundesausbildungsförderungsgesetz (vom 26. 8. 1971; BGBl. I, S. 1409)³²⁵).

Mit Erwähnung des Arbeitsförderungsgesetzes, das durch die Bundesanstalt für Arbeit weitgehend selbständig vollzogen wird (§ 189 Abs. 1), ist schon gesagt, daß die soeben entwickelten Grundsätze auch dort gelten, wo eigenen Rechtsträgern die mehr oder minder selbständige Regelung bestimmter sozialer Lebensbereiche unter unmittelbarer Beteiligung der Betroffenen übertragen wurde. Diese Art der Selbstverwaltung vor allem in Form von Körperschaften des öffentlichen Rechts wie Berufsverbände³²⁶), Sozialversicherungsträger³²⁷) oder z. B. auch Wasser- und Bodenverbände³²⁸), ist hier besonders herauszustellen, weil ihre Entstehung und Gewährleistung entgegen herkömmlicher Ansicht³²⁹) sehr viel mehr im Sozialstaatsprinzip als im demokratischen Gedanken angelegt sind. Treffend ist daher der Ausdruck *soziale Selbstverwaltung*. Es handelt sich um eine radikale Form der sozialen Partizipationsidee, indem sich der Sozialstaat gleichsam selbst überflüssig macht und (abgesehen von der gesetzlichen Errichtung und Einrichtung der Verwaltungseinheiten) seine Aktivität auf die Aufsicht beschränkt. Die sozialstaatliche Partizipation wird zum *binnenstrukturellen Problem*, verlagert sich auf die Ebene der inter-

³²⁴) Siehe vor allem: §§ 14 Abs. 1, 15, 36, 39, 103. — Zum Begriff der „zumutbaren Beschäftigung“ i. S. des § 103 etwa: Schieckel, Arbeitsförderungsgesetz, Kommentar (14. Erg. Lief., Stand Aug. 1972), Anm. 1 und 2 zu § 103; LSG Nordrhein-Westfalen v. 26. 2. 69 (abgedr. bei Schieckel, a. a. O., Anm. 1 b zu § 103) und dazu die Kritik von Weller, Soziale Sicherheit 1970, 12 ff., 36 ff. (insb. S. 38).

³²⁵) Siehe vor allem § 1. — Zu wenig Partizipationsmöglichkeiten bieten demgegenüber z. B. das Erste und Zweite Wohnungsbau-gesetz (vom 25. 8. 1952, BGBl. I S. 1047 bzw. vom 1. 9. 1965, BGBl. I S. 1618). Die „Beteiligung“ des Bürgers erschöpft sich hier im wesentlichen in der Antragstellung. Vor allem unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Wohnung den *Lebensmittelpunkt* des Menschen darstellt, erscheint hier wenigstens eine Mitwirkung der (potentiellen) Leistungsempfänger an Planung und Ausgestaltung der Objekte unumgänglich.

³²⁶) Industrie- und Handelskammern (vgl. § 3 Abs. 1 IHK-G); Handwerkskammern (vgl. § 90 Abs. 1 HandwO); Rechtsanwaltskam-mern (vgl. § 62 Abs. 1 BRAO) usw.

³²⁷) Siehe § 4 RVO; ausführlich zu den körperschaftlichen Sozial-versicherungsträgern H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 96 (S. 302 ff.).

³²⁸) Dazu H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 97 II, S. 311 ff.

³²⁹) Statt vieler Wentzel, a. a. O. (Anm. 88), S. 112 ff. und H. J. Wolff, a. a. O. (Anm. 163), § 96 I, b (303): „... bedeutet die ‚Selbst-verwaltung‘ genannte Demokratie in der Sozialversicherung ...“.

nen Organisation der Selbstverwaltungsträger, und ihre Verfassungsmäßigkeit entscheidet sich am Maßstab sozialer Gerechtigkeit. Wichtig ist also nicht, ob möglichst alle an möglichst vielen Entscheidungen beteiligt sind, sondern ob sichergestellt ist, daß auch im Rahmen der Selbstverwaltung bürgergerechte Leistungen erbracht werden.

3. Ein neuralgischer Punkt sozialstaatlicher Partizipation liegt im Bereich privatrechtlich organisierter, *sozialpolitisch* oft außerordentlich bedeutsamer Interessengruppen wie vor allem der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, der Bauernverbände, des Zeitungsverlegerverbandes. Auf die Pluralismusproblematik und insbesondere auf die Frage einer partizipationssichernden Binnenstruktur dieser Interessengruppen kann hier nicht eingegangen werden. Wie immer man sich auch entscheiden mag: jedenfalls ist für die Frage einer Partizipation solcher Gruppen an staatlichen Verwaltungsentscheidungen die Art der internen Organisation von ausschlaggebender Bedeutung. Aus der Perspektive einer Partizipation als Instrument persönlichkeitsdifferenzierter Zuordnung von sozialen Leistungen muß immer dann ein *Partizipationsverbot* für die Gruppe angenommen werden, wenn die Binnenstruktur nicht sicherstellt, daß *alle* Mitglieder wenigstens mittelbar auf die *wesentliche* Willensbildung der Gruppe Einfluß nehmen können. Die soziale Gerechtigkeit als verfassungsrechtliches Leitbild sozialstaatlicher Partizipation würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn an die Stelle individueller eine Gruppenpartizipation träte, die nicht — gleichsam „gesammelt“ — die Mitgliederinteressen, sondern die Vorstellung einiger mehr oder minder zufällig bestellter Verbandsfunktionäre in den staatlichen Entscheidungsprozeß einbrächten³³⁰). So notwendig und legitim die „Sammlung“ von Einzelinteressen im Hinblick auf eine effiziente Interessenvertretung ist, sie darf nicht zu einer *staatlich sanktionierten* Institutionalisierung von „Gruppenfreiheit“ führen, die personale Freiheit aufsaugt und in Wahrheit nur die Freiheit einzelner Funktionäre ist. [Vor allem die Binnenstruktur der Gewerkschaften und ihr besonders weitreichender Einfluß durch Partizipation an staatlichen Entscheidungen in allen

³³⁰) Vgl. in diesem Zusammenhang etwa v. *Beyme*, Interessengruppen in der Demokratie (1969), z. B. S. 188 f.; *Schmölders*, Das Selbstbild der Verbände (1965), insb. S. 96, 104; *Breitling*, Die Verbände in der Bundesrepublik (1955), z. B. S. 55, 58.

Bereichen der Leistungsverwaltung³³¹⁾ bedarf aus dieser Perspektive einer verfassungsrechtlichen Überprüfung.]

4. Insgesamt scheint mir die Partizipation an Verwaltungsentscheidungen bei der sozialstaatlichen Dimension nicht nur *verfassungsrechtlich* am weitesten — nämlich bis zur Mitentscheidung — zu reichen, sondern dort auch überhaupt ihren Schwerpunkt zu haben. Das ist vor allem *praktisch* gemeint. Sozialstaatliche Partizipation hat ihre Wurzel in der alltäglichen, persönlichen Interessensphäre des Bürgers; es geht um *seine* Sozialversicherung, *seinen* Beruf, *seine* Krankenversicherung, *seine* Familie, kurz: es geht mehr oder minder *direkt* um *seine Daseinsgestaltung*. Hier wird der Bürger aus naheliegenden Gründen Beteiligungsmöglichkeiten am ehesten nutzen³³²⁾. Das Problem der Apathie dürfte kaum eine Rolle spielen. Die sozialstaatliche Partizipation ist eine *echte Betroffenenpartizipation*, und sie unterscheidet sich als solche wesentlich von der demokratischen: geht es bei dieser vor allem darum, dem Individuellen im Bereich des Allgemeinen Raum zu geben, so liegt das vornehmliche Ziel sozialstaatlicher Partizipation darin, das Allgemeine auf die individuelle Existenz des einzelnen oder auch die Eigenart der Gruppe hin im Sinne einer individuellen Wohlfahrt im einzelnen Leistungsverhältnis zu verdichten. Sozialstaatliche Partizipation führt zu den Vorteilen, die man sich von der demokratischen erhofft (Selbstbestimmung, Abbau der Entfremdung), ohne deren Nachteile und Gefahren zu besitzen. Richtig verstandene sozialstaatliche Partizipation hat vor allem keine Tendenz zur Verfälschung des Gesamtwillensbildungsprozesses, sondern zielt vielmehr auf dessen notwendige und legitime Korrektur im Interesse personaler Freiheit.

B) Zuordnung der Modelle

Die drei Modelle bürgerchaftlicher Partizipation sind auseinanderzuhalten. Sie beinhalten Beteiligungsformen verschiedener Intentionen und verschiedener Intensität. Erst durch ihre Trennung werden der unterschiedliche Gehalt und die unterschiedlichen Grenzen deutlich, die sich aus den ihnen zugrunde-

³³¹⁾ Besonders illustrativ hierzu W. Weber, Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Forsthoff (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 309), S. 526 ff. (541 ff.). — Einen statistischen Aufschluß über die Zahl der Interessenvertreter in Kollegialorganen der Verwaltung vermittelt Bundestagsdrucksache V/4585 v. 14. 7. 69. Danach wirkten allein auf Bundesebene zu diesem Zeitpunkt Verbandsvertreter in rd. 130 Kollegialorganen!

³³²⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fechner, a. a. O. (Anm. 319), S. 90 ff.

liegenden unterschiedlichen Verfassungsprinzipien selbst ergeben. Ebenso wenig wie diese Verfassungsgrundsätze³³³⁾ können aber auch die darauf beruhenden Partizipationen nicht voneinander *isoliert* werden. Sie stehen im Verhältnis der *Zuordnung*: in ihren unterschiedlichen Akzentuierungen ergänzen und stärken sie sich gegenseitig als verfassungsverwirklichende Partizipationen im Sinne einer politischen Einheit des Staates.

Ich komme zum Schluß: Personale Freiheit wird auch im Staat des 20. Jahrhunderts ohne parlamentarische Demokratie, rechtsstaatliche Sicherung und grundrechtliche Gewährleistung nicht bestehen können. Diese Fundamente guter Ordnung mögen reformbedürftig sein, ersetzbar sind sie nicht. Auch bürgerschaftliche Partizipation kann nur mit ihnen, nicht an ihrer Stelle Freiheit bewirken. Der Akzent liegt auf der sozialstaatlichen Partizipation. Ihr sollte der Gesetzgeber (unter Beachtung der notwendigen Leistungsfähigkeit der Verwaltung³³⁴⁾ die größte Aufmerksamkeit zuwenden. Von hier aus könnte die Neigung, an der Gemeinschaft teilzunehmen, am besten geweckt und gefördert werden und schließlich auch Bereichen zugute kommen, in denen das Gemeinwohl unmittelbar im Vordergrund steht. Ein Staat, an dem viele teilhaben, ein Staat, für den sich die Mehrheit der Bürger verantwortlich fühlt, könnte die Folge sein.

³³³⁾ Dazu K. Hesse, a. a. O. (Anm. 78), S. 109 ff.

³³⁴⁾ Das Verhältnis von Effizienz und Partizipation ist noch wenig geklärt. Schwierigkeiten ergeben sich vor allem von dem Begriff der Verwaltungsleistung her. Ansatzpunkt für eine Begriffsbestimmung muß die Erkenntnis sein, daß die Leistung eine Funktion der jeweiligen (Verwaltungs-)Aufgabe ist. Jedenfalls wird man nicht dabei bleiben können, Partizipation von vornherein als leistungshemmend zu bewerten. Vgl. etwa einerseits Luhmann, z. B. a. a. O. (Anm. 36), S. 209, 213 f. und andererseits Naschold, a. a. O. (Anm. 5), z. B. S. 70 f. und passim.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

ERSTER TEIL:

Bestandsaufnahme und Problemeingrenzung

1. *Partizipation als politischer Kampfbegriff entspricht in seinem Zielbild weitgehend dem der „Demokratisierung“. Eingebettet in einen „Demokratisierungsrausch“ (Dürig) stört es die allgemeine Partizipationseuphorie wenig, daß die Bemühungen um eine wissenschaftlichen Anforderungen genügende Begründung in keinem Verhältnis zum Ausmaß der Partizipationsforderungen stehen. Dies darf aber nicht dazu verleiten, Partizipation kurzerhand als modische Verwirrung oder auch gefährliche Verirrung abzutun. Partizipation als „Teilhabe“ an Verwaltungsentscheidungen ist ein strukturelles Problem nicht nur des Verständnisses der Demokratie, sondern unserer ganzen Verfassung: es geht um grundgesetz-verwirklichende Partizipation als verfassungsrechtliches und -politisches Phänomen.*

2. *Partizipation als Element politischer Ordnungsstruktur ist dem GG nicht fremd (vgl. z. B. Art. 16 Abs. 1 S. 2; 50; 103 Abs. 1). Die Verfassungen der Länder enthalten noch eindeutiger Bestimmungen (vgl. z. B. Art. 56 Hamburg. Verf.; Art. 60 Abs. 1 Hess. Verf.). Ein differenziertes Bild läßt sich aber erst an Hand einer Bestandsaufnahme in der unterverfassungsrechtlichen Rechtsordnung gewinnen.*

3. *Partizipationsformen finden sich in der Intensitätsabstufung Mitwirkung (Anhörung, Erörterung, Vorschlagsrecht) und Mitentscheidung.*

4. *Beispiele für Partizipationsformen gibt es auch im Europarecht (z. B. im EWG-Vertrag).*

5. *Mit der Partizipation verbinden sich intentionell Leitbilder, die zwanglos mit dem Demokratie-, Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Bundesstaatsprinzip, also den wichtigsten Grundsätzen unserer Verfassung, synchronisiert werden können.*

6. *Aktivlegitimierte Träger der Partizipation sind staatliche Organe oder Bürger(gruppen); dementsprechend ist zwischen organschaftlicher und bürgerschaftlicher Partizipation zu unterscheiden.*

a) *Im folgenden geht es nur um bürgerschaftliche Partizipation. Ihre Anerkennung im geltenden Recht ist Folge der Er-*

kenntnis, daß Gemeinwohlverwirklichung auch (öffentliche) Aufgaben der Bürger(gruppen) ist.

b) Bürgerschaftliche Partizipation wird zum Gegenbegriff staatlicher „Organsouveränität“ und pluralistisches Gemeinwohlverständnis zum Legitimationsgrund für Partizipation.

c) An staatlichen Entscheidungsverfahren partizipieren nicht-staatliche Beteiligte. Es ist eine unmittelbare, nicht über gewählte Volksvertreter vermittelte, Teilhabe.

7. Das Verständnis der (Verwaltungs-)Entscheidung als mehrgliedriger Informationsverarbeitungsprozeß mit problemvariablen Stufen muß dazu führen, Partizipation nicht punktuell und vor allem nicht (nur) beschluß-orientiert, sondern phasendifferenziert zu sehen.

8. Allgemein kann nicht gesagt werden, in welcher Phase die Entscheidung fällt. Das rechtliche Problem der Partizipation besteht in jeder Entscheidungsphase grundsätzlich in gleichem Maße. Es läßt sich daher generell nach „Partizipation an Verwaltungsentscheidungen“ fragen, ohne sich dem Vorwurf unzulässiger Vereinfachung auszusetzen.

9. Unter „Verwaltung“ ist hier staatliche Verwaltung (einschließlich der mittelbaren Staatsverwaltung, der kommunalen und sonstigen Selbstverwaltung) zu verstehen, soweit sie öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, also unabhängig von der formalen Organisation hoheitliche Funktionen erfüllt.

ZWEITER TEIL:

Verfassungs- und verwaltungstheoretische Grundfragen der Partizipation

10. Das Wesen der Partizipation kann nur vom Wesen der Verwaltung und ihrer Stellung im Gesamtgefüge der Verfassung her erschlossen werden.

11. Drei Entwicklungstendenzen einer Verwaltung, die zunehmend als sozialer Gestaltungsfaktor Bedeutung gewinnt, verdienen im Hinblick auf die bürgerschaftliche Partizipation Beachtung:

(1) Die zunehmende Verselbständigung der Verwaltung gegenüber Parlament und Regierung legt ihre „Demokratisierung“ durch bürgerschaftliche Partizipation nahe. Partizipation hätte insofern eine demokratische Funktion.

(2) Das „traditionelle“ Gerichtsschutzdefizit vergrößert sich mit Ausdehnung der gestaltenden Verwaltung. Eine stärkere Beachtung des Verfahrens bietet sich an und legt

eine Beteiligung der betroffenen Bürger(gruppen) als Rechtsschutz nicht-judizieller Art nahe. Partizipation hätte insofern rechtsstaatliche Funktion.

(3) Neben die individuelle Daseinsverantwortung tritt zunehmend die Verantwortung der Allgemeinheit für das Dasein des Individuums als sozialstaatliche Aufgabe der Verwaltung. Daseinsvorsorge beinhaltet die spezifische Gefahr, den Menschen zum austauschbaren Leistungsempfänger zu denaturieren. Ihr kann entgegengewirkt werden durch Beteiligung der Bürger(gruppen) am Verwaltungsverfahren mit der Chance, eigengeartete Individualität zur Geltung zu bringen. Insofern hätte Partizipation eine sozialstaatliche Funktion.

12. Auf der Grundlage dieser Erwägungen werden Partizipationsmodelle entwickelt, die am Demokratiegebot, am Rechtsstaatsprinzip und am Grundsatz der Sozialstaatlichkeit ausgerichtet sind.

DRITTER TEIL:

Möglichkeiten und Grenzen verfassungs- und verwaltungsgerechter Partizipation

I. Demokratiemodell

13. Demokratische Partizipation hat keine herrschaftslegitimierende Funktion. Die Demokratie des GG ist am politischen output orientiert. Eine „Partizipation aller Bürger am diskutant aufzuhellenden politischen Entscheidungsprozeß“ (Euchner), wie es Vorbild der radikalen, ausschließlich am input orientierten Demokratietheorie ist, gibt es unter Geltung des GG nicht. In der freiheitlichen Demokratie unserer Verfassung ist Herrschaft konstituiert, und sie wird allein durch das institutionalisierte Verfahren der Volkswahl legitimiert.

Demokratische Partizipation ist auf Effektivierung der demokratischen Grundsätze Menschenwürde, Konsens und Öffentlichkeit gerichtet.

14. Demokratische Partizipation und gestaltende Grundrechte mit demokratischer Komponente (Art. 5, 8, 9 GG) ergänzen sich, dürfen aber nicht miteinander identifiziert werden. Im Gegensatz zur Partizipation ermöglichen die Grundrechte nur mittelbare Teilhabe an Verwaltungsentscheidungen, sind nicht funktionaler Teil staatlicher Verfahren und bleiben als Basis personaler Freiheit gerade in ihrer Funktion als Mitwirkungsrechte prinzipiell im Bereich individueller Beliebigkeit.

Unterscheidet man (etwa mit Ellwein) einen „offenen“ und einen „geschlossenen“ Bereich politischer Willensbildung und rechnet man zum offenen Bereich den normativ nicht geregel-

ten, nicht kanalisierten Bereich des Meinungsaustausches in der Öffentlichkeit, der Interessenabklärung innerhalb der größeren Gruppen und dgl., zum geschlossenen Bereich den normativ abgesteckten und verfahrensrechtlich gegliederten Bereich staatlicher Willensbildung, so gehören die Grundrechte in den offenen, die Partizipation in den geschlossenen Bereich politischer Willensbildung.

15. Als „objektive Wertentscheidung“ können die Grundrechte aber zusammen mit Verfassungsprinzipien Grundlage von Partizipationsgeboten sein.

Eine demokratische Minimalpartizipation in Form der Anhörung ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sie ist mit dem Gebot auf entsprechende Partizipationshilfe verbunden, die bis zu einer behördlichen Auskunftspflicht reichen kann. Im übrigen ist die Effektivierung der erwähnten Grundsätze (s. Ziff. 13) Aufgabe des einfachen Gesetzgebers.

16. Eine sinnvolle Ausgangsbasis bietet die „technisch“ ohnehin notwendige Pluralisierung der Verwaltung. Gedacht ist vornehmlich an die Selbstverwaltung sachbezogener Verwaltungseinheiten, die in ihrer spezifischen Aufgabenstellung übersichtlich und transparent sein können und in dieser selektiven Bürgernähe am besten in der Lage sind, Partizipation zu ermöglichen.

17. Die nach Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG für Gebietskörperschaften vorgeschriebenen Strukturprinzipien gelten für sachbezogene Verwaltungseinheiten nicht. Dagegen fordert die spezifische Sachbezogenheit eine spezifische, darauf eingestellte Sachstruktur sowie eine grundrechtssichernde Binnenstruktur.

18. Die Grundrechtssicherung kann egalitäre und ungleiche (sachlich-differenzierte) Partizipation fordern; sie kann auch zu Partizipationsverboten führen (z. B. Art. 4 Abs. 1, 2 GG i. V. m. § 118 BetrVerfG; Art. 5 Abs. 3 GG: Wissenschaft). Ein weiteres wichtiges Partizipationsverbot betrifft die von Gewerkschaftsseite geforderte generelle Mitentscheidung der öffentlichen Bediensteten an den Zielsetzungen der Verwaltung.

19. Im übrigen ist das Verfassungsverbot der Beeinträchtigung von Parlamentskompetenz und Regierungsverantwortung in Angelegenheiten von politischem Gewicht zu beachten. Generelle Mitentscheidung ist grundsätzlich nur dann verfassungsgemäß, wenn es dabei um ausgliederungsg geeignete Aufgabengebiete geht, die Verbindung zum Gesamtwillensbildungsprozeß gewahrt bleibt und die Konzeption eines sich selbst legitimierenden Verbandsvolkes gemieden wird. Beispiel: Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften.

20. Demokratische Partizipation ist ein variables Instrument differenzierter Zuordnung von Staat und Gesellschaft, das prozessuale Vehikel der institutionalisierten Vermittlung beider Systeme mit dem Resultat, daß der gesellschaftliche in den staatlichen Willensbildungsprozeß als „teilnehmende Größe“ eintritt.

21. Die konkrete Strukturierung der Partizipation ist noch im Experimentierstadium. Eindeutige und allgemeine Aussagen sind schwierig, weil die gleichen Teilnahmetechniken sich in verschiedenen Situationen verschieden auswirken und Partizipation in sich gegenläufige Tendenzen birgt. Unter diesem Vorbehalt stehen die folgenden Thesen:

(1) Partizipation verlangt Dezentralisierung der Verwaltung.

(2) Das Partizipationsverfahren muß auf den personellen Einzugsbereich des jeweiligen Problems ausgerichtet sein (Betroffenheit, Interesse, intellektuelles Niveau, Erfahrung, Sachverstand).

(3) Die verschiedenen Verwaltungsbereiche und die verschiedenen Entscheidungstypen sind unterschiedlich partizipationsgeeignet.

(4) Partizipation muß grundsätzlich in einem möglichst frühen Zeitpunkt des Entscheidungsprozesses einsetzen.

(5) Die Aufgabe des Gesetzgebers z^h partizipativer Strukturierung muß ergänzt werden durch aktive Partizipationshilfe der öffentlichen Verwaltung selbst, um wirkliche Partizipationsgleichheit zu erreichen.

Mit dem Gebot gleicher Partizipation kommt das Apathieproblem als die wohl schwächste Stelle der (demokratischen) Partizipation ins Blickfeld. Solange es ungelöst ist, gibt es in Wahrheit keine bürgerschaftliche Partizipation, sondern allenfalls eine Partizipation politischer Aktivisten als Instrument der Eliten.

II. Rechtsstaatsmodell

22. Rechtsstaatliche Partizipation ist Element eines due process. Ihr Ziel ist nicht nur der Ausgleich eines wachsenden Gerichtsschutzdefizits durch Ermöglichung von Individualrechtsschutz im Verwaltungsverfahren, sondern insgesamt die Gewährleistung gerechter Verwaltungstätigkeit.

23. Rechtsstaatliche Minimalpartizipationen sind verankert in Art. 6 Abs. 3; 7 Abs. 3 S. 3 und Art. 16 Abs. 1 S. 2 GG. Aus diesen Spezialregelungen läßt sich aber keine systematische Identifikation Grundrecht-Partizipation ableiten. Grundsätzlich gilt hier das gleiche wie bei der demokratischen Partizipation (s. Ziff. 14).

24. Darüber hinaus sind rechtsstaatlich gebotene Minimalpartizipationen dann anzunehmen, wenn rechtsstaatliche Verwaltungstätigkeiten ohne bürgerschaftliche Partizipation nicht möglich sind.

Beispiel: Die Einhaltung des Übermaßverbots verlangt regelmäßig Anhörung der (betroffenen) Bürger(gruppen), darüber hinaus häufig auch Erörterung, Diskussion, zuweilen auch die rechtliche Möglichkeit eines konstruktiven Vetos (vgl. § 41 Abs. 2 S. 3 PVG und etwa § 8 S. 2 HessSOG). Die rechtsstaatliche Minimalpartizipation ist also breiter angelegt als die demokratische.

25. Partizipationsverbote ergeben sich z. B. aus den Grundrechten; so ist etwa eine Akteneinsicht ausgeschlossen, wenn dadurch das allgemeine Persönlichkeitsrecht Dritter (Art. 2 Abs. 1/1 Abs. 1 GG) verletzt würde. Weiteres Beispiel: das Handlungsverbot für befangene Amtswalter gilt auch für bürgerschaftliche Partizipation. Dies sollten vor allem jene beachten, die unter der Flagge der „Demokratisierung“ eine undifferenzierte Entscheidungsbetroffenheit zum Fetisch der „Mitbestimmung“ hochstilisieren.

III. Sozialstaatsmodell

26. Sozialstaatliche Partizipation ist auf Individualisierung sozialstaatlicher Aktivität gerichtet (individualisierendes Korrektiv kollektiver Leistungsausschüttung).

Auch sozialstaatliche Partizipation ist mit den Grundrechten nicht identisch. Grundsätzlich gilt hier das gleiche wie bei der demokratischen Partizipation (s. Ziff. 14).

27. Sozialstaatlich gebotene Minimalpartizipation ist dann anzunehmen, wenn eine bürgergerechte Leistung als Ausdruck sozialer Gerechtigkeit ohne bürgerschaftliche Partizipation unmöglich und der einzelne zum Objekt staatlicher Daseinsvorsorge würde (Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 / 28 Abs. 1 GG).

28. Zur Konkretisierung dieser Generalklausel sind Rechtsgrundsätze zu entwickeln, die den Sozialstaat auf seine Art ebenso rechtlich „greifbar“ machen wie den Rechtsstaat. Beispiel: Das rechtsstaatlich akzentuierte Übermaßverbot ist durch ein sozialstaatlich akzentuiertes und auf die staatliche Leistung ausgerichtete Maßgebot zu ergänzen. Eine Ausgestaltung dieses Grundsatzes führt zu der Regel, die Intensität der Partizipation in dem Maße (bis zur Mitentscheidung) zu steigern, in dem sich der Regelungssachverhalt der Intimsphäre nähert. Der Sache nach folgt der Gesetzgeber zum Teil bereits diesem

Prinzip (so vor allem das BSHG, das ArbeitsförderungsG, das BundesausbildungsförderungsG).

29. Im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung (Berufsverbände, Sozialversicherungsträger u. a.) wird die sozialstaatliche Partizipation zum binnenstrukturellen Problem.

30. Partizipationsverbote ergeben sich z. B. für Interessengruppen (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, Bauernverbände u. a.), deren Binnenstruktur nicht sicherstellt, daß alle Mitglieder wenigstens mittelbar auf die wesentliche Willensbildung der Gruppe Einfluß nehmen können. Effiziente Interessenvertretung darf nicht zu einer staatlich sanktionierten Institutionalisierung von „Gruppenfreiheit“ führen, die personale Freiheit aufsaugt und in Wahrheit nur die Freiheit einzelner Funktionäre ist.

31. Sozialstaatliche Partizipation ist (vor allem praktisch) die wichtigste Art bürgerschaftlicher Partizipation. Sie führt zu den Vorteilen, die man sich von der demokratischen Partizipation erhofft (Selbstbestimmung, Abbau der Entfremdung), ohne deren Nachteile und Gefahren zu besitzen: vor allem neigt sie nicht zur Verfälschung des Gesamtwillensbildungsprozesses, sondern zielt vielmehr auf dessen notwendige und legitime Korrektur im Interesse personaler Freiheit.

32. Die drei Modelle bürgerschaftlicher Partizipation sind in ihrer verschiedenen Intention und Intensität auseinanderzuhalten; sie dürfen aber nicht voneinander isoliert werden. Die drei Modelle stehen im Verhältnis der Zuordnung.

3. Aussprache und Schlußworte

Partizipation an Verwaltungsentscheidungen

Rupp (Diskussionsleiter): Meine sehr geehrten Herren Kollegen! Ich habe heute die Aufgabe, die Diskussion zu leiten, möchte mir aber zuvor noch ein Wort zur Form der Diskussion erlauben. Es ist gestern beanstandet worden, daß der Diskussion die Lebhaftigkeit fehle, die eine echte Diskussion ausmache. Das ist eine Frage, die uns bei jeder Tagung erneut begegnet und über die wir in der Mitgliederversammlung beraten sollten. Ich bitte nur zu bedenken, daß in einem derartig großen Kreis wie dem unseren, zumal wenn die Diskussion zu Protokoll genommen und veröffentlicht wird, eine spontane Diskussion im Sinne eines geistigen Florettgefechtes kaum möglich ist.

Was die für die Diskussion zur Verfügung stehende Zeit betrifft, so stehen wir auch heute wieder unter einem gewissen Zeitdruck. Ich wäre deshalb dankbar, wenn die einzelnen Diskussionsredner dies im Auge behalten würden.

Schließlich noch ein Wort zur Abfolge der Diskussion: Es schien uns sinnvoll zu sein, folgenden Grobraster, der natürlich niemandes Stellungnahme ausschließen soll, vorzuschlagen:

1. Ziele, Funktionen und Problematik der Partizipationsmöglichkeiten

2. Formen der Partizipation (Beteiligung von Betroffenen, Mitwirkung von Verbänden) und Intensitätsstufen der Partizipation

3. Individualrechtsschutz und Partizipation.

Wir hatten gedacht, daß, falls gewünscht, unter Punkt 1 auch methodische Fragen diskutiert werden könnten, möchte aber nochmals betonen, daß niemand gehindert ist, auch zu anderen Fragen zu sprechen.

Ich eröffne nunmehr die Diskussion.

Bullinger: Wir haben heute ein anderes Bild vom Verhältnis der Verwaltung zum Bürger bekommen als das, was sich etwa bei *Robert von Mohl* nachlesen läßt. Bei ihm findet sich der schöne Satz, daß der Bürger keinen Anspruch auf Höflichkeit der Behörden habe. Es genüge, daß ihm in barschem Ton die Rechtslage dargelegt werde. Davon sind wir heute, und das haben beide Referate eindrucksvoll gezeigt, sehr weit entfernt.

Die beiden Referate haben schwerpunktmäßig Verfassungsprinzipien erörtert, die eine Partizipation des Bürgers oder von Gruppen an Verwaltungsentscheidungen fordern, ermöglichen, vielleicht auch verbieten. Das war sehr wichtig, und das eindrucksvolle Gedankengebäude von Herrn *Schmitt-Gläser* wird Gegenstand der Diskussion sein müssen. Was vielleicht ein wenig zu kurz kam, ist die *Aufgabe der Verwaltung*. Die Verwaltung hat nicht primär die Aufgabe, Verfassungsprinzipien zu verwirklichen, sondern sie hat im Rahmen der Verfassung und der Gesetze dafür zu sorgen, daß der Bürger angemessen leben kann. Das bedeutet, daß wir uns für die Partizipation jedenfalls *auch* fragen müssen, in welchen Bereichen der Verwaltung und in welcher Form durch eine Mitwirkung von Bürgern oder von Gruppen eine effektive Verwaltung ermöglicht wird, die der Bürger erwarten darf: eine Verwaltung, die z. B. wirksam für saubere Luft, gutes Wasser, Kläranlagen, Verkehrsbedienung und dergleichen mehr sorgt. Lassen Sie mich einige Beispiele geben, die mir aus der Zusammenarbeit mit Herren der Praxis in meinem Seminar näher bekannt sind. Nehmen Sie zunächst den Bau einer Großkläranlage. Hier ist die Mitwirkung zahlreicher Gemeinden, erworben in mühseliger Überzeugungsarbeit, ist aber auch eine Mitwirkung von Industriebetrieben erforderlich, die sich sachnotwendig beteiligen müssen. Eine Verwaltungsbehörde kann in einem solchen Fall nicht hoheitlich anordnen und dann abwarten, ob sich diese Anordnung gewissermaßen von selbst verwirklicht. Notwendig einbezogen in eine solche planende und gestaltende Verwaltung ist eine Mitwirkung von zahlreichen Bürgern, Gruppen, Verbänden. Dasselbe gilt für die Einrichtung einer verkehrsfreien Innenstadt; ihr geht regelmäßig und unvermeidlich ein Überzeugungsprozeß, ein Mitwirkungsprozeß von Monaten, wenn nicht Jahren voraus, bis die Betroffenen die Notwendigkeit und die Vorteile einsehen. Ein Gegenbeispiel: wenn ein Studentenheim nach kriminellen Elementen durchsucht werden soll, wäre eine vorausgehende Erörterung mit den Betroffenen oder der Studentenvertretung kaum geeignet, der Verwaltung die Erfüllung ihrer Aufgabe zu ermöglichen. So gibt es in vielfacher Abstufung Verwaltungsbereiche mit notwendiger, möglicher und nachteiliger oder gar ausgeschlossener Partizipation. Wir müßten vielleicht versuchen, typische Merkmale zu entwickeln, die anzeigen, ob und wie in den einzelnen Bereichen der Verwaltung eine Mitwirkung ermöglicht werden kann. Ich kann nur das eine oder andere Stichwort geben. Es gibt Fälle, in denen die Verwaltung mit ihrer Aufgabe der Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen nicht allein steht, sondern Private vorfindet, die sich derselben Ziele

annehmen. Ich erinnere an die soziale Fürsorge, die neben den staatlichen Einrichtungen von kirchlichen und anderen caritativen Einrichtungen getragen wird. Zwischen ihnen besteht ein Verhältnis nicht unbedingter Interessenharmonie, aber doch einer gewissen Interessenähnlichkeit, einer Zielgleichheit jedenfalls im Großen. Die Mitwirkung privater Fürsorgeeinrichtungen an Entscheidungen staatlicher Fürsorgeverwaltung bedeutet infolgedessen etwas ganz anderes als die Partizipation in Bereichen, in denen von vornherein erhebliche Interessengegensätze bestehen, wie etwa weitgehend bei der polizeilichen Tätigkeit. Selbst im Falle gestaltend-planender Verwaltung kann die Gefahr eines Dominierens *partikularer* Interessen es verbieten oder erschweren, eine Mitwirkung vorzusehen. Bei der Gründung des Abwasserverbandes Breisgauer Bucht (Freiburg) hat man z. B. davon abgesehen, Industriebetriebe als Mitglieder aufzunehmen, weil man fürchtete, damit eine Stimmverteilung in diesem Zweckverband zu schaffen, die partikuläre Interessen vor einem abgewogenen Allgemeininteresse vielleicht zu stark in den Vordergrund rücken könnte. Solche und andere verwaltungspraktische Überlegungen sollten bei einer Typisierung der Möglichkeiten einer Partizipation nicht ganz außer Betracht bleiben.

Denninger: Meine sehr verehrten Herren, ich kann mich ganz kurz fassen. Ich werde zu dem Fragenkomplex Partizipation Einzelner an Verwaltungsentscheidungen, also nicht zum Thema Gruppenrepräsentation, ein paar Bemerkungen machen, die durch zwei Leitsätze veranlaßt sind, die Herr *Walter* heute morgen hier erläutert hat. Die erste betrifft den rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug; hierzu möchte ich gewisse fragende Bedenken anmelden, ob das Modell von Verwaltung, das Herr *Walter* hier seinen Ausführungen offenbar zugrunde gelegt hat, heute noch alle wesentlichen Bereiche der Verwaltung abdeckt. Dies betrifft also den Leitsatz II Ziffer 4. Die zweite Bemerkung bezieht sich auf den tendenziellen Gegensatz zwischen dem Demokratieprinzip und dem Legalitäts- oder Rechtsstaatsprinzip, wie er mir in der These III bei Herrn *Walter* zum Ausdruck gekommen zu sein scheint. Zunächst zum Verwaltungsmodell. Ich glaube, daß wesentliche Bereiche der modernen, gerade der sozialgestaltenden und vor allen Dingen der planenden Verwaltung nicht mehr durch das Modell der Subsumtion angemessen beschrieben werden können. Es geht hier nicht mehr nur um Normkenntnis, Tatbestandsfeststellung und Rechtsanwendung mit zugeordnetem Ermessensspielraum, in welchem dann die Partizipation stattfinden könne, sondern es geht in weiten Bereichen doch, wie Herr *Schmitt Glaeser* das

wenigstens angedeutet hat, um eine *Prozeßsteuerung*, also um die kontinuierliche Steuerung eines Prozeßablaufes, nicht mehr nur um punktuelle Entscheidungen. Das heißt aber auch, daß an die Stelle einer nur einmaligen Tatsachenfeststellung eine mittel- oder sogar längerfristige Prognose über das Verhalten der Bürger unter wechselnden Bedingungen mit flexiblen Reaktionen treten müßte. Und von daher würde ich den Sinn und die Möglichkeiten der Partizipation zu deuten versuchen. Kurz gesagt, — ich kann das hier aus Zeitgründen nicht ausführen — der Bürger tritt in gewissen Verwaltungsabläufen in einen notwendigen Dauerkontakt mit der Behörde. Wir haben ein Beispiel dafür etwa im Städtebau-Förderungs-Gesetz, wo der Sanierungsplan nicht nur, wie es dort heißt, möglichst frühzeitig mit den Betroffenen zu erörtern ist, sondern während des ganzen Verfahrens ein ständiger Kontakt mit den betroffenen Bürgern aufrecht zu erhalten ist, (vergl. §§ 4, 8, 9 des Gesetzes). Zum zweiten Punkt: Zur Gegenüberstellung von „demokratischer Legitimität der Ermessensübung“ (auch durch und im Falle von eingeräumter Partizipation) und, auf der anderen Seite, von Rechtsstaats- oder Legalitätsprinzip, möchte ich nur bemerken, daß ja doch gerade die *Interessenmitteilung* und die eventuelle *Interessenberücksichtigung* der Betroffenen in einem solchen Verfahren ein Mittel der Sicherung auch der rechtsstaatlichen grundrechtlichen Freiheiten darstellen. Insofern würde ich hier von vornherein ein Moment der funktionellen Ergänzung zwischen Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzip sehen. Herr *Schmitt Glaeser* hat dies im wesentlichen unter sein Stichwort der sozialstaatlichen Partizipation zu bringen versucht. Ich habe hier aber Bedenken, ob man die rechtsstaatliche von der sozialstaatlichen Partizipation auch systematisch scharf trennen sollte, ob man nicht besser beide doch stärker zusammen betrachten müßte. Danke sehr!

v. Unruh: Wenn man das Anliegen hört, das Herr *Walter* heute formuliert hat, die Kluft zwischen Verwaltenden und Verwalteten zu überwinden, so muß man sich doch fragen, welcher Wunsch wirklich manchmal hinter diesem Begehren steht. Ich kann nicht verhehlen, daß ich dabei hin und wieder an das recht bittere Wort von *Kurt Tucholsky* denken muß, es sei das Schicksal des deutschen Volkes, vor einem Schalter zu stehen, und sein Wunschtraum, dahinter zu sitzen. Doch, ernst gesprochen, meine ich, daß in den Referaten sehr deutlich geworden ist, daß uns hier die Sorge verbindet, irreguläre Einflüsse könnten zu einer Gefahr für unsere rechtsstaatliche Verfassung führen, wenn sich die Verantwortung nicht mehr eindeutig darstellt. Hierzu möchte ich eine Überlegung hervorheben, die mir in

beiden Referaten nicht deutlich genug angeklungen zu sein scheint: Artikel 28 I GG spricht davon, daß das Volk in mehreren Bereichen des Staates eine Vertretung haben muß, die nach einheitlichen Verfahrensgrundsätzen bestellt wird. Liegt nun nicht in diesem Gebot „das Volk muß“ auch in lokalen Bereichen, wo verwaltet wird, durch gewählte Organwalter vertreten sein, eine klare Aussage der Verfassung, daß hier nur in einer ganz bestimmten Form der Volkswille zum Ausdruck kommen soll? Über den inhaltlichen Zusammenhang von Abs. 2 zum ersten Absatz dieses Artikels braucht hier nichts weiter gesagt zu werden. Es muß jedoch gefragt werden, ob in dieser Bestimmung nur zum Ausdruck gebracht werden soll, daß die gewählten Vertretungskörperschaften in diesen Bereichen ausschließlich für die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, — auf die Problematik dieser Formulierung ist nicht einzugehen — oder nicht auch berufen sind, am Verwaltungsgeschehen innerhalb ihres Gebietes teilzunehmen und daß auf diese Weise eine Partizipation am Handeln der Administrative den gewählten Repräsentanten vorbehalten ist, die in eine Verantwortung gestellt sind, wofür sie jederzeit dem Wahlvolk gegenüber Rechenschaft abzulegen verpflichtet sind. Zum Verfahrensgang wäre noch zu überlegen, ob man das Wahlverfahren modifizieren sollte. Eine Pflicht, alle vier Jahre die sog. kommunalen Parlamente neu zu bestellen, wie es geschieht, folgt nicht unbedingt aus Art. 28 I GG, so daß man durchaus daran denken kann, etwa nach dem Muster des britischen Systems auch innerhalb der Wahlperiode für Vertretungskörperschaft Nachwahlen durchzuführen, um immer wieder aus einem bestimmten Gebiet dem Volk Gelegenheit zu geben, einen Mitbürger in das Kollegialorgan zu entsenden. Auf diese Weise könnte eine häufigere unmittelbare Begegnung zwischen den Repräsentanten und dem Wahlvolk erfolgen. Wenn wir von Partizipation sprechen und damit auch über die Möglichkeit, den Bürger außerhalb der gewählten Körperschaften an der Verwaltung zu beteiligen, so sollte doch überlegt werden, ob nicht im Art. 28 I GG eine Sperre gegen weiterreichende Einwirkungen auf Verwaltungsentscheidungen erblickt werden muß.

Von Herrn *Schmitt Gläser* ist gesagt worden, es bestünde vielfach die Gefahr, daß die Bürgernähe der Verwaltung, um die es hier geht, durch die Gebietsreform der letzten Jahre zumindest in Frage gestellt sei, möglicherweise hier und da verloren zu gehen drohe. Darüber läßt sich wohl noch kein abschließendes Urteil fällen. Es sollte aber doch darauf hingewiesen werden, obwohl man leicht Gefahr läuft, sich dem Odium der Rückschrittlichkeit auszusetzen, wenn man sich gegen

den Umfang mancher der doch auf eine stärkere Effizienz im Sinne eines besseren, schnelleren und rationelleren Handelns der Verwaltung angelegten Reformen wendet. Dennoch darf hier auch ein Problem nicht unerwähnt bleiben, das besonders in sog. Flächenbereichen Gebietskörperschaften entstehen können, die das Wort Gemeinde nicht mehr zutreffend kennzeichnet. Immerhin ist es merkwürdig, daß die Häufigkeit und Dringlichkeit der Forderung nach Partizipation im zeitlichen Zusammenhang mit der Flächenausdehnung von Gebietskörperschaften steht. Für die Großstadt fehlen noch eingehendere Untersuchungen, wie man hier die Verwaltung für den Bürger überschaubarer machen kann. Aus den „Niederungen“ der Verwaltungspraxis darf ich noch an das, was Herr *Bullinger* schon sagte, anknüpfen, der von den diffizilen und differenzierten Aufgaben der Verwaltung sprach. Dazu muß auch bedacht werden, daß diese Aufgaben, durch mancherlei Umstände bedingt, auf eine sehr viel kompliziertere Weise als früher erfüllt werden müssen. Bei dieser Überlegung taucht die schon bei vielen Reformen in der Vergangenheit immer wieder gestellte Frage nach der Einheit der Verwaltung auf. Mit diesem Anliegen oder besser mit der Möglichkeit, nach diesem Leitbild die Verwaltung zu reorganisieren, beschäftigen sich jedoch die meisten Vorschläge zu Reformen bestenfalls am Rande. Stehen aber nicht hier auch vielleicht Relationen zwischen der zunehmenden Unübersichtlichkeit der Organisation der Verwaltung und dem Wunsch nach Partizipation? In vielen Fällen begreift man eine wachsende Lethargie, eine Teilnahmslosigkeit von Mitgliedern der kommunalen Vertretungskörperschaften, wenn sie erfahren müssen, daß ein wesentlicher Teil von Entscheidungen, zu denen sie sich berufen glaubten, längst durch andere Behörden getroffen worden sind. Auf diese Weise besteht Gefahr, daß das Vertrauen der Bevölkerung in ihre Repräsentanten schwindet, wodurch zugleich der Wunsch nach anderweitiger Einflußnahme, nach Partizipation, zunehmend auf Verständnis und Unterstützung stößt. Bei den sog. Sonderbehörden werden, wie wir wissen, in erheblichem Umfang Geldmittel verwaltet, die in einem wenig durchsichtigen Verfahren für viele Anliegen der Bürger, — Herr *Bullinger* hat dafür einige Beispiele genannt, — von außerordentlicher Bedeutung sind. Die haushaltsrechtliche Bindung dieser Mittel erlaubt es häufig nicht, Alternativentscheidungen für ihre Verwendung zu treffen. So müssen häufig die Kommunen eine Aufgabe in Angriff nehmen, weil hierfür finanzielle Unterstützung des Bundes oder des Landes zur Verfügung gestellt werden, nur, damit diese Mittel nicht „verloren“ gehen. Auf diese Weise wird manche fehlerhafte Investition getroffen. Ein weiteres Problem bietet die Koordinierung von

öffentlichen Aufgaben, was sich besonders bei der Planung zeigt. Großplanung soll von Sachverständigen erfolgen, die in leitenden Behörden sitzen und entscheiden. Die Beteiligung des Bürgers ist hier auf beratende Beiräte beschränkt. Auf der Verwaltungsebene, wo der Bürger unmittelbar Verantwortung trägt, soll die „Rasterarbeit“ erledigt werden. Es ist aber sehr schwer, konkret zum Ausdruck zu bringen, worin sich diese Rasterarbeit darstellt, die doch in Wirklichkeit häufig nichts anderes bedeutet als den Vollzug einer bereits gesetzten Aufgabe.

Es ist dann mit großem Nachdruck von der Bedeutung der Ermessensentscheidungen der Behörden gesprochen und gesetzliche Regelung des Verfahrens angeregt worden. Das Land Schleswig-Holstein hat hierfür den Anfang gemacht, und ich meine, keinen schlechten, wozu ich auf die positive Beurteilung des Landesverwaltungsgesetzes durch Herrn *Püttner* verweisen darf. Wenn er das Gesetz das beste Kurzlehrbuch der Verwaltung nennt, so kann man das im weitesten Sinne auch auf den Bürger beziehen, sofern er etwa in zunehmendem Maße von den Grundsätzen in § 73 Landesverwaltungsgesetz Kenntnis erhält, nach denen die Behörden im Falle von Ermessensentscheidungen zu handeln haben. Es ist schon viel erreicht, wenn der Bürger weiß, daß viele ihn betreffende und nicht allein ihn belastende Entscheidungen nach einer gesetzlichen Bestimmung zu erfolgen haben, mit deren Inhalt sich der Entscheidende auseinanderzusetzen hat.

Herr *Walter* sprach dann davon, und ich pflichte ihm völlig bei, daß dem Bürger ein Einblick in die Verwaltung gewährt werden müsse, um seine Entfremdung von ihr zu überwinden. Das bedeutet Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung. Nach meinen Erfahrungen ist das aber leichter gesagt als getan, weil es im Grunde sehr schwierig ist, vor allem, wenn nicht die hierfür notwendigen Einrichtungen zur Verfügung stehen, dem Bürger dieses „trockne Brot“ der Verwaltung deutlich zu machen. Handelt es sich doch beim Verwalten um eine oft mühselige Arbeit und um die Bewältigung von schwierigen Aufgaben, die nur mit großer Sachkenntnis und viel Verantwortungsbewußtsein zu gewünschten Leistungen und Erfolg führen können. Dieses Faktum dem Bürger zu schildern, ist sicher eine hervorragende Aufgabe. Ihre Schwierigkeit ist jedoch unübersehbar. — Alle diese Hinweise hängen mehr oder weniger zusammen mit der Sorge, daß das entscheidende Element in den Referaten vielleicht nicht ganz deutlich genug zum Ausdruck kam, daß nämlich die Verantwortlichkeit des oder der Entscheidenden nicht zu verwischen, eine der Aufgaben sein sollte, der wir uns verpflichtet wissen. Das vorhandene Instrumen-

tarium der Administrative dürfte nach meiner Meinung im demokratischen Rechtsstaat genügen. Das Instrumentarium, das wir nutzen und auch ausfüllen könnten, indem wir etwa den gewählten Körperschaften Beiräte zugesellen und daß sie sich durch interessierte und fachkundige Bürger dauernd unterrichten lassen. Bedenken wir aber auch, wie klein doch der Kreis derer ist, die über allgemeine Forderungen und Wünsche hinaus wirklich bereit sind, sich an eine mühevollen Arbeit zu setzen und über öffentliche Fragen mit anderen zu beratschlagen. Wir können diesen Gegebenheiten nicht ausweichen, so wenig wie der Tatsache, daß sich die Zahl derer, die sich überhaupt noch ehrenamtlich zur Verfügung zu stellen bereit ist, immer geringer wird. Es müßte aber versucht werden und auch irgendwie gelingen, dem Bürger bewußt zu machen, daß unter diesen Umständen schließlich seine eigenen Belange und seine Freiheit auf dem Spiel stehen. Zur Partizipation i. S. einer verantwortungsbewußten Beteiligung des Bürgers an der Verwaltung genügt jedenfalls das Instrumentarium, das wir besitzen, wenn es nur genutzt wird.

Püttner: Ich kann an Herrn *Bullinger* anknüpfen und möchte mich auch meinerseits sehr dafür einsetzen, daß wir die vielen unterschiedlichen Dinge, die heute unter der Flagge der Partizipation segeln, ein wenig auseinandertrennen, daß wir Gruppen bilden und danach unterscheiden. Nicht alles, was bei den Referenten angeklungen ist, läßt sich ohne weiteres in das gleiche Schubfach schieben. Ich darf nur einige Punkte nennen: Mir scheint, daß die Beteiligung des einzelnen interessierten Bürgers am jeweiligen Verwaltungsverfahren gar nicht unbedingt mit dem Gedanken der Partizipation etwas zu tun haben muß, sondern nur sehr indirekt damit zusammenhängt. Die Beteiligung des Betroffenen ist etwas, das wir eigentlich immer gekannt haben. Es war und ist selbstverständlich, daß derjenige, dessen Verfahren läuft, seine Anträge stellen kann, daß er eingeschaltet wird, daß er sich äußern darf. Das scheint mir aber nicht das zu sein, was wir unter Partizipation verstehen, wenn wir in der Öffentlichkeit oder sonst davon sprechen. Auch die Interessenverbände werden seit längerem eingeschaltet, jedenfalls länger, als die neuere Partizipationsdebatte geht. Mir scheint der Fall der Partizipation, der hier gemeint ist, doch anders gelagert zu sein. Es geht nämlich um eine breitere Beteiligung der Bürger, die nicht am jeweiligen Einzelverfahren beteiligt sind, sondern in allgemeiner Beziehung zu einem Sachbereich stehen oder aus sonstigen Gründen in der Verwaltung mitbestimmen sollen. Das macht das Problem der Partizipation aus, und nur dann, wenn eine solche allgemeine Beteili-

gung auch der im Einzelfall nicht betroffenen Bürger angesprochen wird, dürfte ein Bezug zur Demokratie vorliegen; die Mitwirkung des Betroffenen würde ich nicht gerne in diese Schublade legen.

Aber wer ist nun dieser Bürger, der mitbestimmen soll? Wir finden recht verschiedene Gruppen, und zwar einmal den eben angesprochenen beliebigen Bürger aus dem Publikum. Insoweit möchte ich die These Nr. 21 von Herrn *Schmitt Gläser*, die er nicht vorgetragen hat, aufgreifen: Wir finden zu leicht diese Herren Aktivisten, — wie es dort in der These heißt — und wir finden wohl auch alle möglichen unbefriedigten Leute, die sich gerne hinter dem Stichwort Partizipation verschanzen. Derjenige, der wirklich etwas Wesentliches beitragen könnte, wird oft gar nicht zu Worte kommen, oder wird sich, weil er zu vornehm ist, nicht melden. Ich persönlich bin deshalb der Ansicht, daß das auch in den Referaten angeklungene System des Auslosens derer, die mitwirken sollen, zur Lösung des Problems gar nicht so schlecht wäre. Man bekommt damit vielleicht nicht immer die Besten, man bekommt aber wenigstens auch nicht immer diejenigen, die sich nur selbst in Szene setzen wollen.

Eine ganz andere Frage scheint mir die der Mitwirkung der Bediensteten zu sein, die sich heute in den öffentlichen Unternehmen und im Bereich der öffentlichen Verwaltung zu Wort melden. Das ist für mich eine ganz andere Gruppe und ein ganz anderes Problem. Ich konnte bei vielen Gelegenheiten feststellen, daß die Interessen und die Mitwirkungswünsche der Bediensteten in eine ganz andere Richtung gehen als die Mitwirkungswünsche der Bürger allgemein. Ich würde deshalb davor warnen, Bürgerbeteiligung und Bediensteten-Mitbestimmung unter dem einheitlichen Stichwort „Partizipation“ zusammenzufassen und damit den Widerstreit zu verwischen. Aber auch wenn nur von der Mitwirkung der Bürger die Rede ist, kann man vielfach beobachten, daß sich sehr heterogene Gruppen gegenüberstehen. Das Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes ist angesprochen worden; das Gesetz fordert einen „Sozialplan“ und präsentiert die Aufzählung einer ganzen Reihe von Beteiligten: Etwa die im Sanierungsgebiet tätigen Geschäftsinhaber, die Mieter, die Vermieter, die Hauseigentümer, die kleinen Handwerker, die Arbeitnehmer der dort angesiedelten Betriebe. Das sind Gruppen, die sich gar nicht leicht unter einem Interessensgesichtspunkt zusammenfassen lassen. Und was wir erfahrungsgemäß dann bekommen, ist der berühmte Proporz, die Aufteilung der Einflußrechte nach Quoten. Das kann dann leicht dazu führen, daß viel zu viele mitreden und daß im Er-

gebnis zwar viel Diskussion zu verzeichnen ist, aber wenig Partizipation, weil die Interessengegensätze nicht überwunden wurden.

Im übrigen — nur noch als kurzes Stichwort — sei der Hinweis gestattet, daß auch die Dauer und Intensität der Mitwirkung bedacht werden müßten. Es scheint mir ein Unterschied zu bestehen zwischen der Heranziehung der Bürger auf Dauer, was wir z. B. in der Selbstverwaltung angelegt finden (einzelne Bürger werden für eine Wahlperiode zur ehrenamtlichen Mitwirkung herangezogen), oder einer reinen ad hoc-Mitwirkung. Die ad hoc-Mitwirkung hat ihre eigenen Probleme, die gerade Herr *von Unruh* schon angesprochen hat. Wir sehen so oft, daß plötzlich Leute auftauchen, sich in einer Sache mächtig erregen und nachher die Verantwortung für die Entscheidung, die getroffen worden ist, nicht gerne übernehmen wollen. Auch diese Gefahr sollte man sehen.

Bettermann: Ich möchte in die Kerbe von Herrn *Püttner* hauen, daß hier unter dem Stichwort der Partizipation ganz heterogene Probleme erörtert worden sind. Herr *Walter* hat sie wenigstens begrifflich unter II noch unterschieden. Bei Herrn *Schmitt Gläser* segelt alles unter der Flagge der bürgerschaftlichen Partizipation, auch die Verfahrensbeteiligung der Betroffenen. Aber das Problem des rechtlichen Gehörs wird mit dem Begriff der Partizipation nicht zutreffend erfaßt. Zum Beispiel die Frage, in welcher Weise im Steuerveranlagungsverfahren der Steuerpflichtige Gehör verlangen kann, wieweit die Entscheide der Verwaltung durch seine Anträge bestimmt sind: bestimmte absetzungsfähige Posten können nur abgesetzt werden, wenn der Betroffene einen entsprechenden Antrag gestellt hat. (Übrigens korrespondieren diesen Mitwirkungsrechten Mitwirkungspflichten, was man sich vor Augen halten soll.) Diese Frage der Mitwirkung der Steuerpflichtigen im Steuerveranlagungsverfahren hat nicht nur dogmatisch, sondern vor allem rechtspolitisch überhaupt nichts zu tun mit der Frage, ob die Veranlagung durch den Steuerinspektor erfolgt oder durch den Steuerausschuß. Diese Frage: rein bürokratische Entscheidung unter Beteiligung der Bürgerschaft oder bürgerschaftlicher Repräsentanz ist ein völlig anderes Problem — das, was Herrn *Schmitt Gläser* die Binnenstruktur genannt hat. Ich würde ganz primitiv sagen: die Beteiligung an der staatlichen Macht. Das ist das Partizipationsproblem: wer übt die öffentliche Gewalt aus? Dagegen ist die Frage, ob derjenige, welcher der öffentlichen Gewalt unterworfen ist, am Entscheidungsprozeß, insbesondere an dem Verfahren, das der Entscheidungsbildung vorausgeht, teilnimmt, kein Partizipations-

problem. Wieweit dem Betroffenen Gehör zu gewähren ist, wieweit er auf die Gestaltung des Verfahrens Einfluß nehmen kann, und vor allem, wieweit das Verfahren antragsgebunden ist, das ist rechtspolitisch ein völlig anderes Problem als das, wieweit Repräsentanten der Bürgerschaft oder die Bürgerschaft selbst an der Ausübung der Staatsgewalt beteiligt werden.

So sehr ich hier zunächst antithetisch vorgehen möchte, möchte ich doch darauf hinweisen, daß es Zwischenzonen gibt, die diese Unterscheidung in Grenzbereichen in Frage stellen. Wie ist es, wenn durch die Entscheidung der Verwaltung Gruppeninteressen berührt werden? Es wird z. B. über den Vorlesungsplan entschieden, über die Bedingungen, unter denen ein Übungsschein erteilt oder versagt wird. Betroffen sind die Studenten. Herr *Schmitt Gläser* hat die Beteiligung, nicht speziell der Studenten, aber der Gruppen-Betroffenen, damit abgetan, daß das Verbot der Mitwirkung des Betroffenen wegen Befangenheit auch hier gelte. Ich weiß nicht, ob wir damit aus dem Problem aussteigen können. Schließlich sind ja auch die Professoren, die unter der alten Fakultätsverfassung allein entscheiden, in solcher Sache betroffen, beteiligt und eigeninteressiert. Wenn wir hier den Befangenheitsgesichtspunkt ins Spiel bringen, dann stellt sich die Frage, ob nicht dann eine Instanz außerhalb der Universität entscheiden müßte. Aber ist nicht der Gedanke der Selbstverwaltung der, daß die Betroffenen als Gruppe selbst entscheiden über das, was in ihren Angelegenheiten geschieht? Hier liegt doch das heutige Partizipationsproblem, und das kann mit dem Stichwort der Befangenheit, des Entscheidens in eigener Sache, nicht abgetan werden. Ich meine, daß in allen Selbstverwaltungsangelegenheiten in eigener Sache entschieden wird.

Kisker: Ich meine auch, daß wir mit Herrn *Bettermann* unter „Partizipation“, „Teilnahme an Herrschaft“ verstehen sollten. Anderenfalls bringt man ganz verschiedene Fragestellungen durcheinander.

Wenn ich mir nun überlege, ob die heute wirklich aktuellen Fragen solcher Teilhabe an Herrschaft in dem System von Herrn *Schmitt Gläser* unterzubringen sind, so komme ich in einige Schwierigkeiten. Wie ist es z. B. mit den Rundfunkräten oder mit den Universitätskuratorien. Da haben wir es doch mit etwas zu tun, was man schon als eine Art von ständestaatlichem Demokratieersatz bezeichnen müßte. Die konzertierte Aktion ist wahrscheinlich nicht viel anders zu würdigen. Mit einer rechtsstaatlichen oder sozialstaatlichen Legitimation von Partizipation hat das nichts mehr zu tun. Ich frage mich, Herr

Schmitt Gläser, müßten Sie von ihrer Konzeption her, die ja demokratische Legitimation von Partizipation ablehnt, nicht eigentlich zur Verfassungswidrigkeit solcher Verfahren kommen?

Eine andere im Referat von Herrn *Schmitt Gläser* nicht angesprochene Technik von Partizipation scheint mir immer interessanter zu werden. Ich will sie einmal als „Steuerung durch Dosierung von Gruppeneinfluß“ bezeichnen. Dabei denke ich daran, daß zum Teil heute versucht wird, bestimmte Verwaltungsfunktionen dadurch zu erfüllen, daß man verschiedene gesellschaftliche Gruppen in einer genau überlegten, ausbalancierten Weise beteiligt. Dies in der Hoffnung, daß als Ergebnis ein bestimmter Effekt herauskommt. — Mir scheint, daß hinter unseren Universitätsgesetzen zum Teil derartige Gedanken stehen. Bei solcher „Steuerung durch Dosierung von Gruppeneinfluß“ kommt es immer darauf an, als kluger Sozialingenieur vorher richtig auszubalancieren, damit um Gottes Willen nichts anderes herauskommt als das, was man vorher hereinprogrammiert hat. Die schlechten Erfahrungen, die in einigen Bereichen mit diesen Techniken gemacht worden sind, werden unsere Sozialingenieure kaum davon abhalten, diese Techniken weiter zu praktizieren. Wir müssen uns deshalb ernsthaft mit ihnen auseinandersetzen. Wir müssen also, Herr *Schmitt Glaeser*, fragen, in welches Ihrer Kästchen die genannte Technik hineinpaßt und ob sie verfassungsrechtlich zu decken ist.

Merten: Ich möchte an die Ausführungen von Herrn *Püttner*, Herrn *Kisker* und Herrn *Bettermann* anknüpfen und aus dem Partizipationskonglomerat den Leitsatz Nr. 23 von Herrn *Schmitt Glaeser* herausbrechen. Nach Ansicht des Herrn Mitberichterstatters sollen in Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 3 S. 3 und 16 Abs. 1 S. 2 GG „rechtsstaatliche Minimalpartizipationen“ verankert sein. Grundrechtsdogmatisch gesehen handelt es sich hier jedoch nicht um Spezialregelungen, und der dahinter stehende allgemeine Grundsatz hat nichts mit dem Problem der Partizipation zu tun. Die angeführten Grundgesetzbestimmungen besagen, daß gegen den Willen des Betroffenen bestimmte Eingriffe nicht vorgenommen werden dürfen. Diese Reihe hätte man noch fortsetzen können. Man hätte Art. 4 Abs. 3 GG einbeziehen und auf Art. 136 Abs. 3 und 4 der Weimarer Reichsverfassung verweisen können, der in das Grundgesetz inkorporiert ist. In den von Herrn *Schmitt Glaeser* zitierten Bestimmungen ist expressis verbis ein Grundsatz verankert, der allen Grundrechten gemein ist und den schon *Georg Jellinek* mit den Worten umschrieben hat, daß grundrechtliche Freiheit die Frei-

heit von staatlichem Zwang ist. Demzufolge könnte man alle anderen Grundrechte ähnlich formulieren. Auch das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit besagt, daß gegen den Willen des Bürgers nicht in seine körperliche Integrität eingegriffen werden darf. Art. 12 Abs. 2 GG kann man auch so lesen, daß niemand gegen seinen Willen zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden darf. Ist der Bürger mit Eingriffen in seine Freiheit einverstanden, so liegt entweder gar kein Grundrechtseingriff vor, wird der Schutzbereich des Grundrechts gar nicht berührt, weil die Einwilligung schon begrifflich das Tatbestandsmerkmal des Zwangs z. B. in Art. 12 Abs. 2 GG ausschließt, oder der Eingriff ist gerechtfertigt. Was Herr *Schmitt Glaeser* mit „rechtsstaatlicher Minimalpartizipation“ umschrieben hat, ist der schlichte Grundsatz, daß der einzelne mit Eingriffen in seine grundrechtlichen Freiheiten einverstanden sein darf. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine solche Einwilligung zulässig ist, kann hier nicht näher dargelegt werden. Es ist aber keine Frage der Partizipation, sondern ein Problem der Freiheit, inwieweit der einzelne zur Aufgabe seiner Freiheit berechtigt ist. Es geht hier nicht um Partizipation im Sinn einer Teilnahme an der Herrschaft, wie es Herr *Bettermann* und Herr *Kisker* formuliert haben, sondern um das Sich-Beherrschen-Lassen. Die Unrichtigkeit des Partizipationsansatzes wird deutlich, wenn man bedenkt, daß der Bürger wegen der Wahlfreiheit des Art. 38 GG zumindest ohne gesetzliche Grundlage nicht gegen seinen Willen zur Wahlbeteiligung gezwungen werden darf. Wenn es sich hier um ein Problem der Partizipation handeln sollte, dann müßte die Gleichung aufgehen, daß ich partizipiere, wenn ich von meinem Wahlrecht keinen Gebrauch mache. Dann müßte es ferner richtig sein, daß ich rechtsstaatlich gesehen partizipiere, indem ich demokratisch gesehen nicht partizipiere. Ich glaube, daß der Referent in dem verständlichen Bemühen um ein möglichst geschlossenes Partizipationssystem in Leitsatz 23 einem gewissen Partizipationsrausch erlegen ist.

Schmitt Glaeser: Zunächst möchte ich zu dem Diskussionsbeitrag von Herrn *Bullinger* Stellung nehmen. Es ist sicher richtig, daß Verwaltung und Verwaltungsfunktion nicht ausschließlich auf Verfassungsverwirklichung ausgerichtet sein können. Verwalten hat auch seine eigenen Gesetzmäßigkeiten, gerade im Hinblick auf die konkrete Strukturierung. Die konkrete Strukturierung der Partizipation als Verwaltungsfunktion kommt in meinem Referat sehr kurz; das räume ich gerne ein. Ich konnte nicht alles vortragen und mußte mich auf einige Thesen beschränken, die Sie in Leitsatz 21 finden. Der Akzent

liegt auf einer verfassungsrechtlichen bzw. verfassungsgerechten Grundstrukturierung der Partizipation — und das aus gutem Grunde: Im Zusammenhang mit der Grundrechtsinterpretation hat *Hans Huber* das Begriffspaar Sinndeutung und Sinngebung in die wissenschaftliche Diskussion eingeführt. Diese Begriffe können auch auf dem Bereich der Partizipation fruchtbar gemacht werden. In Österreich ermöglicht die relativ detaillierte gesetzliche Regelung der Verwaltungspartizipation im AVG (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1950) eine Konzentration auf *Sinndeutung*. Ähnliches findet sich in der Bundesrepublik nicht. Auch der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 liefert keine ausreichende Grundlage für bloße Sinndeutung, zumal seine Bestimmungen, außer in Schleswig-Holstein, noch keine Gesetzeskraft haben. Wir sind also noch weitgehend im Stadium der *Sinngebung*. Diese Sinngebung aber muß bei der Verfassung beginnen, wollen wir nicht Gefahr laufen, von vornherein auf einen wissenschaftlich verbrämten Abweg der Vorurteile zu geraten. Deswegen habe ich den Akzent ganz entschieden auf die Verfassung gelegt und versucht, von hier aus bestimmte Grundstrukturen zu entwickeln, die fortgeschrieben und detailliert werden können. Wie das geschehen soll, ist z. B. in dem bereits genannten Leitsatz 21 angedeutet. Manches bedarf hier noch der Problematisierung, so etwa der Grundsatz der möglichst frühzeitigen Einschaltung des Bürgers und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Konsens. Bürgerschaftliche Partizipation in einem sehr frühen Stadium des Entscheidungsprozesses kann die Konsenschance erhöhen, sie kann aber auch gerade das Gegenteil bewirken. Vor allem in Situationen, in denen persönliche Interessen der Partizipanten im Vordergrund stehen (z. B. im Bauplanungsrecht), kann eine sehr frühe Einschaltung der potentiell Betroffenen sach- und zeitgerechte Entscheidungen unmöglich machen. Andererseits ist eine Beteiligung, die erst in einem späten Stadium des Entscheidungsprozesses einsetzt, oft keine echte Partizipation mehr, weil das Wesentliche bereits entschieden ist.

Den Ausführungen von Herrn von *Unruh* kann ich nur zustimmen. Es freut mich, daß Sie als ein Mann mit langjähriger Verwaltungspraxis das Phänomen der Bürgernähe im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung ebenso skeptisch beurteilen wie ich. Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG ist spätestens seit der kommunalen Gebietsreform praktisch überholt. Die Marktplatz-Demokratie ist ein für allemal dahin. Völlig einig bin ich mit Ihnen auch darin, daß man die Verantwortlichkeiten nicht vermischen dürfe. Es trifft aber nicht zu, wenn Sie sagen, dieses Problem sei im Referat nicht angesprochen worden. Im Rahmen meiner Ausführungen zur Bediensteten-Partizipation habe ich mit *Luh-*

mann zwischen Verantwortung und Verantwortlichkeit unterschieden und betont, daß sich über die Aufteilung der Verantwortlichkeit nicht streiten lasse: sie ist grundsätzlich verfassungswidrig. Ich bin Ihnen aber sehr dankbar, daß Sie auf dieses Problem nochmals hingewiesen haben; es scheint mir zentrale Bedeutung zu haben.

Die Argumentation von Herrn *Püttner* knüpft weitgehend an die von Herrn *Bullinger* an. In der Tat: Wir müssen bei der Partizipation sehr stark differenzieren und es ist sicher richtig, daß Beteiligung an Verfahren, insbesondere die Partizipation von Interessenverbänden, nichts völlig neues ist. Das habe ich auch durch eine verhältnismäßig umfangreiche Bestandsaufnahme im ersten Teil meines Referats deutlich zu machen versucht. Problematisch erscheint mir hier nur, ob man wirklich *alle* herkömmlichen Beteiligungsformen aus dem Begriff „Partizipation“ heraushalten sollte. Die dahinterstehende Abneigung gegen das Modische dieses Begriffs wäre verständlich. Andererseits muß aber doch gesehen werden, daß der Gedanke der Partizipation im wesentlichen so eine Art „Aufwärmung“ der Idee von der politischen Selbstverwaltung ist, freilich mit ganz neuen Dimensionen und vor allem unter ganz anderen politischen Aspekten. Aber Partizipation ist genauso ein „Kampfbegriff“ wie es einmal die politische Selbstverwaltung war und das eigentliche Anliegen ist dasselbe. Gerade deswegen erscheint jede rigorose Trennung zwischen „alt“ und „neu“ gekünstelt und ich meine, daß man auch die herkömmlichen Beteiligungsformen an Verwaltungsverfahren grundsätzlich zum Begriff „Partizipation“ rechnen und nach prinzipiell gleichen Kriterien und Regeln behandeln sollte. Dies auch deswegen, weil dann erst richtig deutlich wird, daß wir es hier gar nicht mit so durchgreifend neuen Gedanken oder epochalen Erleuchtungen zu tun haben und schon sehr viel erreicht ist, wenn das bereits Gegebene weiterentwickelt wird. Aus dieser Perspektive wären auch die von Herrn *Bettermann* erwähnten Anträge zu sehen, ebenso das Phänomen des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes und dergleichen. Freilich: so ohne weiteres lassen sich diese Rechtsfiguren nicht unter Partizipation bringen, wenn man diese als unmittelbare Teilhabe an staatlichen Verfahren wertet. Immerhin dürften sie wenigstens an die Peripherie der Partizipation gehören. Wie sehr herkömmliche Beteiligungsformen und „modische“ Partizipation zusammenhängen, zeigt sich bei der — im Referat angesprochenen — sog. Abwendungsbefugnis, wie sie in mehreren Polizeigesetzen geregelt und schon im preußischen PVG zu finden ist. Das hier von mir konturierte Institut des konstruktiven Vetos könnte

als Brücke zwischen herkömmlichen Beteiligungsformen und neuen Partizipationsideen gewertet werden.

Was schließlich die von Herrn *Püttner* angesprochene Problematik der Betroffenheit angeht, so habe ich gerade durch meine verfassungsorientierte Strukturierung der Partizipation in verschiedenen Modellen versucht, diese Frage wenigstens im Ansatz prinzipiell zu beantworten. Danach ist die demokratische Partizipation im Gegensatz zur sozialstaatlichen keine echte Betroffenenpartizipation, während die rechtsstaatliche Partizipation eine Mittelstellung einnimmt: hier geht es um rechtliche Betroffenheit, soweit der einzelne mit seiner Beteiligung eigene Rechte i. S. von subjektiven öffentlichen Rechten verfolgt; die Teilhabe am Verfahren kann aber ebenso mit dem vornehmlichen Ziele erfolgen, ganz allgemein ein gerechtes Verwaltungsverfahren zu ermöglichen.

Was die kritische Anmerkung von Herrn *Kisker* betrifft, so scheint mir hier ein Mißverständnis vorzuliegen. Ich habe an keiner Stelle meines Referats von der Verfassungswidrigkeit z. B. der Rundfunkräte gesprochen und meine Ausführungen können eine solche Schlußfolgerung auch nicht veranlassen. Im Gegenteil: die Partizipationsstrukturen in den Rundfunk- und Fernsehräten, in Verwaltungsrat von Post und Bahn, wurden ausdrücklich als Beispiele für demokratische Partizipation genannt. Allerdings beruhen diese Teilhabeformen nicht auf *Verfassungsgeboten*, sie gehören nicht zur Rechtsfigur der Minimalpartizipation, die vom Demokratieprinzip des Grundgesetzes erzwungen würde. Vielmehr sind sie jenen Partizipationsformen zuzurechnen, die vom Grundgesetz weder ge- noch verboten, wohl aber ermöglicht werden. Es ist der Bereich des einfachen Gesetzgebers.

Nun zum Schluß noch einige Worte zu den Darlegungen von Herrn *Merten*. Es geht um den Leitsatz 23. Die dort genannten Grundgesetzartikel sind Teil der Bestandsaufnahme (siehe auch Leitsatz 2), und sie werden hier der rechtsstaatlichen Partizipation zugeordnet. Es scheint mir dem Wesen einer Bestandsaufnahme zu entsprechen, nur solche Bestimmungen heranzuziehen, die ganz offensichtlich, gleichsam auf den ersten Blick, Teilhabeformen beinhalten. Die genannten Artikel schienen mir dafür besonders geeignet zu sein, wogegen z. B. der von Ihnen noch zusätzlich angeführte Art. 4 Abs. 3 Satz 2 GG schlecht passen dürfte, weil das „Gewissen“ keine negative Voraussetzung für eine Entscheidung ist. Jedenfalls läßt es sich nicht so ohne weiteres „instrumentalisieren“. Daß im übrigen die Partizipation auch ein Problem der Freiheit ist, darüber, so meine ich, brauchen wir nicht zu streiten. Was schließlich die

von Ihnen angesprochene Volkswahl betrifft, so habe ich sie ausdrücklich nicht zur Partizipation gerechnet. Die Volkswahl institutionalisiert *mittelbare* Teilhabe, Partizipation dagegen ist auf *unmittelbare* Teilhabe am Entscheidungsprozeß gerichtet.

Walter: Ich glaube, daß es der Diskussion förderlich ist, wenn ich zu einigen Diskussionsbeiträgen gleich Stellung nehme. Zunächst zu Herrn *Denninger*. Er hat gemeint, daß ich die Verwaltung nicht richtig gesehen habe. Darf ich zur Präzisierung sagen, ich habe zunächst den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung aus meiner Betrachtung ausgeschieden. Er hat aber anscheinend auch bezüglich der Hoheitsverwaltung Bedenken und hat gemeint, man könne die Verwaltung nicht mit den Begriffen Tatsachenfeststellung, Rechtsanwendung und Ermessensübung begreifen. Und er hat dagegen sehr moderne Vokabeln wie Prozeßsteuerung, Flexibilität, Kontakt während des Verfahrens, verwendet. Ich werde mir diese selbstverständlich gut merken. Ich glaube nur, es ist keineswegs etwas Neues. Das alles sind nur neue Etiketten für Dinge, die mir sehr vertraut erscheinen. Der Kontakt während des Verfahrens, das ist eben die Anhörung die in verschiedenen Phasen des Verfahrens erfolgen soll und erfolgen kann, und nach österreichischem Verwaltungsverfahrenrecht auch erfolgen muß. Mehr möchte ich darüber nicht sagen. Hingegen eine kurze Bemerkung zu seiner Auffassung, es sei ein zu starker Gegensatz zwischen demokratischem Prinzip und Rechtsstaatsprinzip gemacht worden, da auch im Ermessensbereich auf die Grundrechtssituation Bedacht zu nehmen sei. Ich möchte sagen: für mich ist das ein Rechtsanwendungsproblem wenn im Ermessensbereich auf Probleme der Grundrechte Bezug zu nehmen ist. Insoferne sehe ich mich mit meiner Gegenüberstellung durch ihn nicht widerlegt.

Zu dem Beitrag von Herrn *von Unruh* möchte ich meinen, daß das Hervorheben der lokalen Repräsentanz als der verfassungsrechtlich primär angelegten durchaus etwas ist, was auch vom österreichischen Verfassungsrecht her zu bejahen ist, weshalb ihm durchaus — auch von meinem Gesichtspunkt aus — zuzustimmen ist. Ich sehe auch die aufgezeigten Schwierigkeiten, dem Einzelnen die Verwaltung nahezubringen, ein, stimme aber auch dahin überein, daß man es eben versuchen muß. Und was nun die Verantwortlichkeit anlangt, so möchte ich sagen, daß ich mich bemüht habe, darauf hinzuweisen, daß hier im österreichischen Verfassungsrecht sogar positivrechtlich aus dem Art. 20 Abs. 1 B-VG zu entnehmen ist, daß die Verwaltung durch *verantwortliche* Organwalter auszuführen ist, und ich

habe gemeint, daß daher bei der Partizipation immer zu fragen ist, welche Verantwortung kann ich denn einem Partizipanten — nach seiner Sachkenntnis etwa — auferlegen.

Zum Diskussionsbeitrag von Herrn *Püttner* möchte ich sagen, daß er mir vorgeworfen hat, daß ich das Thema zum Teil verfehlt habe, weil ich über Partizipation in einem viel zu weiten Sinne gesprochen habe. Dazu möchte ich sagen, daß das Thema dieser Tagung durch den Vorstand der Gesellschaft festgelegt wurde und ich habe an dieser Entscheidung nicht partizipiert. Sie war aber ganz eindeutig in der Richtung, daß auch die individuelle Partizipation —, wenn ich diese Differenzierung noch einmal aufgreifen darf — in die Thematik hineingehört. Nun kann man über die Zweckmäßigkeit der Festlegung eines Themas sprechen. Aber ich glaube nicht mit dem Referenten. Was nun die Notwendigkeit der Differenzierung anlangt, so hätte ich geglaubt, daß ich diese hinreichend deutlich gemacht habe. Ich habe es zumindest versucht. Und ich glaube insbesondere in der Sie bewogenden Richtung in der Unterscheidung zwischen den dauernd eingegliederten und den bloß gelegentlich zu Verwaltungsentscheidungen Herangezogenen. Es freut mich, daß Sie den Gedanken der Auslosung bejaht haben, weil wir bei der demokratischen Legitimation manchmal zu stark nur an das Wahlverfahren denken. Und beim Wahlverfahren ja sofort die Mittler politischer Willensbildung in Erscheinung treten und das einer Partizipation hinderlich sein kann. Der ausgeloste Einzelne kann aber wirklich jemand sein, der hier zum erstenmal in Berührung mit der Verwaltung kommt, ihre Probleme sieht und dann vor allem nicht mehr, wenn er ein Österreicher ist, über die Verwaltung nur „raunzt“, sondern vielleicht deren Anliegen besser versteht.

Zum Beitrag von Herrn *Bettermann* möchte ich ausführen, daß, was das Begriffliche anlangt, ich ihm dasselbe entgegenhalten muß, was ich bereits gegenüber Herrn *Püttner* betont habe. Herr *Bettermann* hat aber auch gemeint, es sei sehr streng zu unterscheiden zwischen der Machtpartizipation und der Partizipation durch Beteiligung. Aber seine scharfe Unterscheidung hat er dann doch wieder etwas, und ich glaube zu recht, zurückgenommen, indem er von Zwischenzonen gesprochen hat. Und daß es hier Zwischenzonen gibt zeigt meines Erachtens schon, daß die Sache doch nicht so different ist, wie sie begrifflich auf den ersten Blick erscheint. Und nun noch ein Wort zum Befangenheitsgesichtspunkt. Ich glaube, daß wir hier doch etwas differenzieren müssen. Daß schließlich jeder als befangen bezeichnet werden kann, der an Entscheidungen einer Gemeinschaft, der er zugehört, teilnimmt, das ist sicher

richtig. Nur ist das ein anderer Grad von Befangenheit als jener, den ich in meinem Referat gemeint habe. Und ich glaubte wenigstens angedeutet zu haben, daß man unterscheiden müsse zwischen einer Befangenheit, die sich aus einem unmittelbaren Naheverhältnis zur Sache ergibt und einer Befangenheit, die gemildert wird nach der Höhe der Organisationsstufe und der Abstraktion der Entscheidung. Das wollte ich noch einmal unterstrichen haben. Ich stimme Ihnen aber völlig zu, daß man zwischen diesen Formen der Partizipation zu unterscheiden hat.

Nur noch eine ganz kurze Bemerkung zu Herrn *Kisker*. Ich habe den Eindruck gehabt, daß ich das Problem der ständestaatlichen Partizipation verfassungsrechtlich durchaus problematisch gesehen habe und insofern seinem Anliegen Rechnung getragen habe.

Delbrück: Ich möchte ein Problem ansprechen, das auf der Grenzlinie zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht einerseits und Sozialwissenschaft andererseits anzusiedeln ist. Ich kann dabei an das anknüpfen, was Herr *Püttner* vorhin schon kurz ansprach und was Herr *Schmitt Glaeser* im Leitsatz 21 Ziff. 5 aufgegriffen hat. Es geht um die Prämisse, die jeder Partizipationsidee oder jedem Partizipationsmodell zugrundeliegt, jedenfalls dann, wenn unter „Partizipation“ des Bürgers etwas qualitativ Neues im Vergleich zu schon bekannten Formen der Partizipation — also im Vergleich zu dem, was vorhin als das „Alte“ bezeichnet worden ist — verstanden werden soll. Bei all diesen Überlegungen wird vorausgesetzt, daß der aktive, politisch und sachlich allgemein gebildete Bürger eine Realität ist, der die Rolle ausfüllen kann, die ihm in den Partizipationsmodellen zugedacht ist. Hier erheben sich Zweifel, die in ähnlicher Weise im Zusammenhang mit einem anderen begrenzteren Problem auftreten, nämlich dem jetzt häufiger diskutierten generellen Informationsanspruch des Bürgers. Wo nehmen wir eigentlich den Optimismus her — und wo ist zudem die sozialwissenschaftliche Absicherung dafür —, daß der Bürger den notwendigen Informationsvorlauf hat, um die rechten Fragen zur rechten Zeit zu stellen, wenn er seinen Informationsanspruch wirklich nutzen will? Entsprechendes gilt von der Partizipation. Wie soll sich der Bürger — in der gegenwärtigen Situation — bei der Mitwirkung an Verwaltungsentscheidungen durchsetzen oder auch nur behaupten können, wenn er mit sachlich und fachlich kundigen Bürokraten konfrontiert wird, die vielleicht — für den Bürger undurchschaubar — sogar noch durch Einflußnahmen von Interessenverbänden auf partikuläre Interessen fixiert sind? An-

gesichts dieser hier angedeuteten Schwierigkeiten, über deren Lösbarkeit wir noch viel zu wenig wissen, stellt sich mir die Frage, ob wir Recht tun, mit Partizipationsforderungen vor die wissenschaftliche und auch die allgemeine Öffentlichkeit zu treten, wobei zugleich der Anspruch erhoben wird, daß mit diesen verfassungspolitischen Forderungen eine Annäherung des Bürgers an den staatlichen Entscheidungsprozeß, daß eine größere Nähe der Verwaltung zum Bürger erreicht wird und daß schließlich der Entscheidungsprozeß transparenter wird und somit eine demokratischere Ordnung geschaffen werden kann. Ich habe das Bedenken, daß — wenn wir so etwas tun — wir der heute morgen von Herrn *Walter* angesprochenen Fiktion hinsichtlich des Funktionierens unseres demokratischen Systems eine neue Fiktion hinzufügen. Indem wir in Partizipationsmodellen eine Rolle für den Bürger voraussetzen, die er — jedenfalls gegenwärtig — nicht ausfüllen kann, wird erneut eine Diskrepanz aufgerissen zwischen dem, was vom Verfassungssystem her gesollt wird und dem, was tatsächlich möglich ist, so daß dieses System trotz der entgegengesetzten Absicht eher unglaublicher als glaubwürdiger wird.

Wenger: Ich möchte zunächst ein paar Anmerkungen zur These II/4 von Herrn *Walter* und zur These 18 von Herrn *Schmitt Glaeser* anbringen. Natürlich muß man aus methodischen und didaktischen Gründen stets eine Auswahl treffen. Insoweit ist es durchaus akzeptabel, wenn Herr *Walter* in seinem Referat das privatrechtliche Verwaltungshandeln oder, wie es Österreichs herrschende Lehre nennt, die „Privatwirtschaftsverwaltung“ ausgeklammert hat. Eine solche Auswahl wird aber m. E. bedenklich, wenn durch sie der Eindruck entstehen kann, sie sollte auch die in der Verwaltungswirklichkeit vorhandene Gewichtung zum Ausdruck bringen. Und hier scheint mir doch — nicht zuletzt auch im Hinblick auf die gestrige Diskussion — die Frage angebracht, ob nicht gerade die Partizipation an Verwaltungsentscheidungen im Bereich des Subventionswesens oder der öffentlichen Unternehmungen unter Umständen noch schwererwiegende Probleme aufwirft als im Bereich der klassischen Hoheitsverwaltung.

Wenn ich *Walter* richtig verstanden habe, so ist er gegenüber einer Partizipation an individuellen Verwaltungsakten noch skeptischer als gegenüber einer Partizipation bei der Erlassung von Verordnungen. Dem möchte ich durchaus beipflichten. Noch mehr Skepsis scheint mir aber gegenüber einer Partizipation an der betrieblichen Verwaltung am Platze. Ich darf nur zwei Beispiele anführen. Das eine ist die Post, die allgemein und mit Recht als Betrieb der öffentlichen Daseins-

vorsorge angesehen wird. Nach dem demokratisch erzeugten Gesetz hat sie die dauernde Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Verkehrsleistungen sicherzustellen. Daß damit das durchaus verständliche Partikularinteresse der Postbediensteten, einen freien Samstag und damit ein verlängertes Wochenende zu haben, notwendig kollidieren muß, wird sofort verständlich, wenn wir etwa als Vergleich ein anderes öffentliches Verkehrsunternehmen, nämlich die Eisenbahn, betrachten.

Ein anderes Beispiel ist die Zusammensetzung des Aufsichtsrates der Österreichischen Rundfunk GmbH (ORF). Im § 1 des Rundfunkgesetzes hat der Gesetzgeber dem ORF ganz bestimmte öffentliche Aufgaben übertragen. In § 8 hat er eine Zusammensetzung des Aufsichtsrates normiert, die einem Interessenausgleich der Rundfunkbenutzer Rechnung tragen und diesen widerspiegeln soll. Wenn nun durch eine Änderung des Betriebsrätegesetzes künftig ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder Betriebsratsvertreter des ORF sein sollen, so verändert sich damit das Interessenausgleichsinstrument Aufsichtsrat entscheidend. Eine solche Partizipation hat eindeutig auch einen Grundrechtsbezug, da wie unser Verfassungsgerichtshof im Jahre 1954 entschieden hat, eine privatrechtlich organisierte Rundfunkgesellschaft jedenfalls den Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit und des Zensurverbotes genießt und solcherart die Programmgestaltung letztlich von den gesellschaftsrechtlichen Organen entscheidend mitbestimmt wird.

Ähnlich liegt die Problematik im Bereich etwa der Agrarförderung. Wenn in die Subventionsvergabe die gesetzlichen Interessenvertretungen eingeschaltet werden, so hat jedes Kammermitglied als potentieller Subventionsempfänger immerhin die Möglichkeit, bei den Kammerwahlen mittels eines Stimmzettels die Auswahl der Repräsentanten seines Berufsstandes zu beeinflussen. Wenn jedoch an Stelle der gesetzlichen Interessenvertretungen parteipolitische Berufsgruppierungen zur Mitwirkung an der Subventionsvergabe herangezogen werden, so kann die Zusammensetzung der entsprechenden Gremien durchaus eine Modifikation erfahren, in der die Meinungen der Berufsangehörigen auch in anderen Gewichten zum Ausdruck kommen können als in den Organen einer gesetzlichen Interessenvertretung, die auf Grund einer demokratischen Wahl aller Berufsangehörigen zusammengesetzt werden.

Sowohl für öffentliche Unternehmungen als auch für die staatliche Subventionsverwaltung sollte meiner Meinung nach sehr genau untersucht und geprüft werden, ob und inwieweit hier eine Partizipation verfassungsrechtlich zulässig ist. Die

These 18 von Herrn *Schmitt Glaeser* erschiene mir im Prinzip als durchaus brauchbare Ausgangsposition.

Nun aber wieder zurück zu einigen Thesen von Herrn *Walter*; zunächst zu seinem Punkt III. Hier kann ich ihm nur insoweit zustimmen, als er meinte, im Bereich der Hoheitsverwaltung sei der Ermessensbereich ein kritischer. Ich bin aber im Gegensatz zu ihm nicht der Meinung, daß der in Art. 130 Abs. 2 B-VG verwendete Begriff „freies Ermessen“ mit „politischer Entscheidung“ gleichgesetzt werden kann. Die betreffende Bestimmung des B-VG spricht nämlich ausdrücklich von „freiem Ermessen im Sinne des Gesetzes“. Dadurch aber ist positiv-rechtlich klargestellt, daß die Ermessensausübung nicht im politischen, anders ausgedrückt im rechtsfreien Raum erfolgen darf. Sie wurde vielmehr vom Verfassungsgesetzgeber zu einer Frage der inhaltlichen Interpretation der in Betracht kommenden Rechtsvorschrift und darüber hinaus der durch diese Vorschrift berührten Teile der Gesamtrechtsordnung gemacht.

Bezüglich der in Punkt VIII der Thesen angeführten Partizipation durch „ausgeloste Repräsentanten“ frage ich mich, ob eine solche unter den heute dargelegten Prämissen überhaupt begrifflich möglich ist. Dies deshalb, weil das Kriterium der legitimierten Mitwirkung meines Erachtens die Verantwortlichkeit der mitwirkenden Repräsentanten gegenüber den Betroffenen notwendig inkludiert. Ist dies richtig, dann frage ich mich, ob der Zufall des Loses auch tatsächlich Anhaltspunkte genug bietet, den oder die Ausgelosten zur Verantwortung zu ziehen. Geht man aber von einem solchen Verantwortlichkeitskriterium ab, dann muß man wohl die Frage stellen, ob Partizipation durch Repräsentanten in Wahrheit nicht auf eine erhöhte Beteiligung der Betroffenen, sondern auf deren neuerliche Mediatisierung und damit eine Verschlechterung ihrer Rechtsposition gegenüber dem heutigen Zustand hinausläuft.

Zum Abschluß noch ein paar Worte zu der unter Punkt IX erwähnten Partizipation von Interessenvertretern. Wenn *Walter* gesagt hat, daß von den rund 5 Millionen Wahlberechtigten rund 20 Prozent nicht von den Interessenverbänden repräsentiert werden, so pflichte ich dem voll bei. Ich würde sogar noch weiter gehen. Soweit ich die Dinge sehe, sind nämlich auch Interessen von Mitgliedern von zur Partizipation herangezogenen Verbänden zufolge der Inhomogenität der Interessen der Betroffenen nur sehr unterschiedlich, z. T. sogar gar nicht repräsentiert. Insbesondere im Bereich der Wirtschaftsverwaltung ist es doch vielfach so, daß bestimmte Interessen bestimmten Verbänden zugeordnet werden, obwohl innerhalb der Mitglie-

der dieser Verbände sehr erhebliche Interessendifferenzierungen bestehen. Bei der Preisregelung ist es doch in Wahrheit so, daß an der Erhöhung einzelner Preise nicht die gesamte Unternehmerschaft interessiert ist, sondern nur jene Unternehmer, die eben dieses Produkt verkaufen. Unternehmer, die dieses Produkt als Verarbeiter oder Wiederverkäufer kaufen müssen, können durchaus entgegengesetzte Interessen haben, insbesondere wenn die Marktlage eine Überwälzung der Einkaufspreise nicht ohne weiteres zuläßt. Es wäre daher zu prüfen, ob die formale Zugehörigkeit zu einem Verband als solche hinreichende Legitimation für die Partizipation im Wege von Interessenverbänden bietet oder ob nicht — zumindest auch — andere Legitimationskriterien berücksichtigt werden müssen. In diesem Zusammenhang erscheint mir der von Herrn *Schmitt Glaeser* unter Punkt 29 seiner Thesen zum Ausdruck gebrachte Gedanke näherer Erörterungen bedürftig. Seine Feststellung, im Bereich der sozialen Selbstverwaltung, insbesondere bei den Sozialversicherungsträgern würde die Partizipation zu einem binnenstrukturellen Problem, möchte ich in dieser Allgemeinheit voll unterschreiben. Welche Problematik sich dahinter verbirgt, zeigt die Organisation der österreichischen Sozialversicherung, die nur einige, aber keineswegs alle wesentlichen Merkmale der Selbstverwaltung aufweist. Die Verwaltungskörper der Sozialversicherungsträger werden nämlich nicht durch eine Wahl der unmittelbar Betroffenen bestellt, sondern von bestimmten Berufsverbänden entsendet. Es handelt sich also hier auch formal um eine Mediatisierung der Beteiligten. Hier aber ist wieder die Frage zentral: Welche rechtlichen Garantien gibt es, daß die am Entscheidungsprozeß tatsächlich Beteiligten die wirklichen Interessen der Betroffenen zur Geltung bringen und nach welchen Kriterien und von wem können sie verantwortlich gemacht werden, wenn dies nicht oder nur unzureichend der Fall ist. Über die Problematik Legitimation und Verantwortlichkeit müßte im Zusammenhang mit der Partizipation wohl noch etwas mehr nachgedacht und eingehender diskutiert werden als dies bis jetzt geschehen ist.

Franz Mayer: Meine Herren!

Für meinen Beitrag möchte ich ausgehen von einem Partizipationsbegriff im engeren, wohl eigentlichen Sinne, nämlich von der echten Mitentscheidung Dritter bei einer Verwaltungsentscheidung. Dieser Aspekt, der in den beiden Referaten ja hinlänglich zum Tragen kam, scheint mir heute besonders wichtig im Hinblick auf die Forderungen, die im Zusammenhang mit Überlegungen zur Neuordnung des öffentlichen Dienstrechtes in der Bundesrepublik Deutschland derzeit erhoben

werden. Ich bin deshalb auch sehr dankbar, daß für unsere Tagung das Thema so formuliert worden ist; so ist es unmittelbar hilfreich für die Arbeit der Studienkommission zur Reform des Öffentlichen Dienstrechts, bestätigt insbesondere Zwischenergebnisse dieser Kommission, an denen ja auch einige Mitglieder unserer Vereinigung beteiligt waren, vor allem Zwischenergebnisse, die von interessierter Seite bereits sehr kritisiert werden. Es wird nämlich heute verschiedentlich mehr an Demokratie gefordert in dem Sinne, daß die Verwaltungsentscheidungen, insbesondere die Personalverwaltungsentscheidungen, von Gruppen interessierter Dritter mitgetragen werden sollen und zwar dergestalt, daß sie praktisch mitentscheiden. Da jedoch alle Staatsgewalt, wozu auch die Verwaltungsmaßnahmen rechnen, vom Gesamtstaatsvolk auszugehen hat, stellt sich für diese Mitwirkung vorweg die Frage der demokratischen Legitimation, auf die ja Herr *Schmitt Glaeser* eingehend zu sprechen gekommen ist. Die von Herrn *Walter* eingangs zitierte *Kelsensche* Antithese von freiheitlicher Ideologie einerseits und rechtlicher Bindung andererseits ist für uns in der Bundesrepublik Deutschland positivrechtlich durch die Synthese des Grundgesetzes, nicht zuletzt durch seinen Art. 20, gelöst. Inwieweit rekapituliere ich ja nur, was bereits vorgetragen worden ist. Aber die Problematik erschöpft sich jedenfalls für unseren Zusammenhang nicht mit der Bindung an Gesetz und Recht. Rechtsstaatliche Demokratie wird insbesondere auch gewährleistet durch eine besondere Bindung des verantwortlichen Ressortchefs, also des Ministers an das Parlament, dem er politisch verantwortlich ist. Um diese Verantwortung tragen zu können, hat er ein entsprechendes Weisungsrecht, wodurch sich eine ganz andere Situation ergibt als bei allen sonstigen Formen von Partizipation etwa im Gerichtswesen, auf die immer wieder insbesondere von Herrn *Walter* analog hingewiesen worden ist. Wir haben im Bereich der Verwaltung also eine völlig andere Situation. Ein wesentliches rechtsstaatliches Prinzip ist es, daß derjenige, der eine Verantwortung für eine Verwaltungsentscheidung zu tragen hat, nicht völlig oder auch nur weitgehend von der Willensentschließung anderer Dritter, nicht ebenso Verantwortlicher, abhängig sein darf. Schon um dieser Verantwortlichkeit willen aber ergeben sich ganz entscheidende Grenzen, also nicht nur allein vom Art. 20 des Grundgesetzes her. Und jegliche Partizipation bei Verwaltungsentscheidungen muß gerade im Hinblick auf diese Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament doch zu der Frage führen — Herr *Schmitt Glaeser*, Sie haben im Anschluß an *Roman Herzog* ja nun von einer Kongruenz von Staat und Gesellschaft gesprochen — ob wir nicht damit eigentlich den Ausgangspunkt einnehmen,

von dem aus sich eben die Forderungen, die wir heute zu hören bekommen, für unseren Zusammenhang ergeben; denn es wird gerade von interessierter Verbandseite argumentiert, Staat und Gesellschaft seien ja doch weithin kongruent, und warum sollte man daher die Gesellschaft, die insoweit doch nur eine andere Form darstelle, nicht beteiligen. Ich möchte daher die Frage aufwerfen, ob wir bei einem solchen Ausgangspunkt — ich habe das im Rahmen einer Diskussion Roman *Herzog* schon unmittelbar gesagt —, nicht gerade auf einen Boden gelangen, der diese Postulate nährt. Zumindest stellt er sich die Frage — ich möchte meinerseits nicht eine gewisse Teilkongruenz von Staat und Gesellschaft in unserer Verwaltungswirklichkeit leugnen —, ob eine so perfekte Kongruenz überhaupt noch grundgesetzsadäquat sein könnte.

Zum anderen, Herr *Schmitt Glaeser*, haben Sie sehr stark akzentuiert die sozialstaatliche Partizipation. Auch hier scheint mir eine gewisse Vorsicht geboten und zwar gerade im Hinblick auf die derzeitige Auseinandersetzung um ein neues öffentliches Dienstrecht; denn auch eine noch so starke individuelle Sozialposition findet schließlich im Rahmen einer Verwaltungsentscheidung ihre Grenze an der notwendigen Gemeinwohlbezogenheit jeder Entscheidung. Um das zu illustrieren: Man hat ernstlich die Forderung erhoben, im Beamtenrecht oder ganz allgemein in einem öffentlichen Dienstrecht etwa eine Regelung zu schaffen, daß niemand versetzt werden kann, wenn er nicht vorher zustimmt. Das müßte bei strikter sozialstaatlicher Partizipation in Ihrem Sinn wohl bedeuten, ein Beamter könnte praktisch nur noch versetzt werden, wenn er dagegen überhaupt keinerlei soziale Argumente vorbringen kann; das könnte hier unter Umständen die Quintessenz sein. Ich möchte daher, so sehr ich Ihre starke Herausarbeitung gerade dieses Aspektes durchaus begrüße, doch zu bedenken geben, ob wir nicht damit hier rein abstrakt überhöhte Positionen beziehen, von denen wir dann in der Praxis, vor allem in der Gesetzgebungspraxis, nur sehr schwer wieder herunterkommen.

Winkler: Meine Herren!

Ich habe den Eindruck, daß im Zusammenhang mit einem allgemeinen Demokratieverständnis der Gedanke zu wenig zum Ausdruck gebracht wurde, wieweit der Sachverstand (die Sachkenntnis und das Sachverständnis) in der Demokratie bedeutsam sind. Die Sachkenntnis und das Sachverständnis sind sicherlich eine Grenze für die Form demokratischer Willensbildung in traditioneller Sicht, im Sinne einer Repräsentativdemokratie. Da aber die Entwicklung von Staat und Gesellschaft differenziert und entwickelt ist und in konkrete Sachbereiche

hineinreicht, zeigt sich von daher für unsere Zeit auch ein anderer Aspekt. Sachkenntnis und Sachverständnis sind nicht nur Grenze, sie können auch positiv in die Demokratie einbezogen werden. Scherzhaft würde ich sagen: für die Partizipation schadet der Sachverstand auf keinen Fall. Damit spiele ich auf die These 10 an, die uns Kollege *Walter* geboten, aber nicht erläutert hat. Letzteres will ich ihm zugute halten und will ihn daher nicht kritisieren, sondern nur die These zum Anlaß nehmen, einige Gedanken hinzuzufügen, wiewohl ich Lust hätte, auf *Walters* Diskussionsbemerkung von vorhin näher einzugehen.

Die These 10 erinnert mich an eine Geschichte, die sich in einem Kollegium begeben hat. Es wurde über den Sachverstand eines bestimmten Herrn diskutiert. Die Auseinandersetzung war heftig. Wir konnten keine Einigung erzielen. Da ergriff ein Kollege, der sich bis dahin nicht an der Diskussion beteiligt hatte, das Wort und sagte, es sei doch an der Zeit, endlich einmal Schluß zu machen. Er unterbreitete dann selbst einen Vorschlag und sagte: „Offensichtlich bin ich der einzige in diesem Kollegium, der diesen Menschen, der hier zu beurteilen ist, überhaupt nicht kennt. Daher bin ich auch der einzige, der über ihn ein objektives Urteil zu fällen in der Lage ist.“ Also würde ich nun kommentieren: der Sachverstand schadet?

Damit möchte ich an die These *Walters* und an einige Gedanken anknüpfen, die auch aus dem zweiten Referat angeklungen sind. In dieser Frage sollte man in der Diskussion tatsächlich einen Schwerpunkt setzen; sie genauer analysieren und etwas differenzierter anfassen, als es in den Referaten geschehen ist. Tatsache ist, daß jemand, der partizipiert, jedenfalls eine konkrete Information für den konkreten Zusammenhang braucht. Tatsache ist des weiteren, daß jemand sinnvoll nur dann mitwirken kann, wenn er auch über eine abstrakte Information (Schulung) derart verfügt, daß man sagen kann, er verfügt über Sachkenntnis und Sachverständnis. Er muß gewiß nicht Experte in einem engeren Sinn des Wortes sein. Deshalb würde ich des weiteren unterscheiden: nach den Sachvoraussetzungen, nach den Angelegenheiten, die zu besorgen sind und nach den Kompetenzen oder nach der Art der Mitwirkung. Der Inhalt muß dafür maßgebend sein, was der Partizipation zuzuweisen ist, woran jemand teilhaben soll und in welcher Qualifikation. Also funktionell: nur anhören, mitreden oder auch mitbestimmen in Form von mitentscheiden.

Ich glaube, daß die allgemeine politische Kontrolle nicht unbedingt und immer den Sachverstand verlangt. In der traditionellen Demokratie jedenfalls ist der Sachverstand nie ge-

fordert, wohl aber als Grenze bestimmend gewesen. *Merkel* hat in solchen Zusammenhängen nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, daß selbst der Mann in der Gosse (der Betrunkene) Souverän der Demokratie ist. *Merkel* war ein notorischer Antialkoholiker.

Wenn man hingegen zur Partizipation nicht nur die allgemeine politische Kontrolle zählt, sondern auch die Interessenvertretung, dann ist der Sachverstand unerlässlich. Tatsache ist, daß die Interessengruppen des Staates jeweils Sachkundige in die Gremien schicken und deshalb wirksam partizipieren. Dies muß um so mehr gelten, wenn die Sachbeteiligung oder das Betroffensein vom Verwaltungsgeschehen zum Ausgangspunkt der Partizipation gemacht wird.

Soweit meine grundsätzliche Erklärung und nun nur noch eine Nebenbemerkung. Ich glaube nicht an das Los und nicht an den Würfel als geeignete Formen der Auswahl zur Partizipation, wiewohl man in unserer Demokratie manchmal den Eindruck haben mag, daß politische Repräsentanten durch Würfel oder Los blind ausgewählt worden sind.

Bachof: Nur eine Glosse zu Herrn *Winklers* Äußerung, Sachverstand schade ja jedenfalls nicht. Ich entnehme Ihren Zustimmungsbekundungen, daß Sie das offenbar (noch) für selbstverständlich halten. So selbstverständlich ist das aber keineswegs mehr! Wird doch der sog. „Erfahrungsvorsprung“, den Hochschullehrer nun einmal vor den Lernenden zu haben pflegen, heute von manchen Studenten fast als etwas Anrüchiges angesehen; als ein Stück „Herrschaft“ und „Unterdrückung“, das nicht zur Auswirkung kommen darf und deshalb solche vorsprungsverdächtigen Personen als ungeeignet zur Leitung von Seminaren und anderen Lehrveranstaltungen erscheinen läßt.

Maurer: Zunächst möchte ich zwei Bemerkungen zum Referat von Herrn *Schmitt Glaeser* machen:

1. Herr *Schmitt Glaeser* hat eindringlich dargelegt, daß die Partizipation grundgesetzsichernde und -verwirklichende Funktion hat und dementsprechend zwischen demokratischen, rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Partizipationsformen zu unterscheiden ist. Diese Grundkonzeption ist überzeugend. Damit besteht auch ein Zusammenhang zwischen Partizipation und Grundrechten, wobei allerdings Herr *Schmitt Glaeser* — eindeutig distanzierend — den Grundrechten im wesentlichen nur eine ergänzende Bedeutung zumißt. Jedenfalls soll aber die Partizipation dem *einzelnen Bürger* eine Teilnahme am Verwaltungsgeschehen ermöglichen. Die Frage ist, wieweit dies tat-

sächlich realisierbar ist. Das ist ein Problem der konkreten Strukturierung der Partizipation. Bei Einzelentscheidungen, die den Bürger unmittelbar treffen, läßt sich der Bürger in der Regel ohne weiteres mitwirkend einschalten. Solche Einzelentscheidungen sind jedoch meistens nur noch der Vollzug bereits getroffener, genereller Regelungen. Die Mitbestimmung bei diesen generellen Entscheidungen ist noch dringlicher, aber auch sehr viel schwerer zu verwirklichen. Praktisch ist sie nur über Gruppen, Verbände, Interessenvertretungen usw. zu erreichen. Es besteht nun die Gefahr, daß der einzelne seinen Interessenvertretungen ausgeliefert ist, daß die Freiheitssicherung, die gegenüber dem Staat gewährleistet werden soll, gegenüber der Interessenvertretung verlorengeht. Deshalb ist es m. E. notwendig, daß sich die Partizipation auch in den Interessenverbänden bewährt und damit zugleich grundrechtssichernde Funktion erhält. Die Partizipation erfordert eine — wohlverstandene — „Demokratisierung“ auch der Interessenverbände. Herr *Schmitt Glaeser* hat dieses Problem deutlich angesprochen. Ich verweise etwa auf die Leitsätze 17 und 18 sowie 29 und 30. Er nimmt ein „Partizipationsverbot“ für Verbände an, bei denen die grundrechtssichernde Binnenstruktur nicht garantiert ist. Da jedoch der einzelne u. U. auf Gruppen angewiesen ist, würde ich eher sagen, daß von vornherein für partizipationsnotwendige Verbände eine partizipations- und grundrechtssichernde Binnenstruktur *gefordert* wird: Die Interessenverbände sind — wie mutatis mutandis für politische Parteien in Art. 21 I GG vorgeschrieben — zur demokratischen Strukturierung verpflichtet. Daß damit neue und andere Probleme geschaffen werden, ist mir natürlich klar; es ist ein Problemkreis, der weiter durchdacht werden müßte. So ist es z. B. selbstverständlich, daß sachliche Differenzierungen im Blick auf die verschiedenen Interessengruppen und Verwaltungseinheiten notwendig sind.

2. Der zweite Gesichtspunkt, auf den ich hinweisen möchte, betrifft den Leitsatz Nr. 13. Es geht um die Frage, ob Art. 20 Abs. 2 des Grundgesetzes eine *Sperrwirkung* insofern entfaltet, als de lege lata demokratische Legitimation nur über das Parlament zu erreichen ist. Daß eine *absolute* Sperrwirkung nicht besteht, zeigt bereits Art. 28, wie Herr *Schmitt Glaeser* ausdrücklich vermerkt hat, zeigt aber auch Art. 87 Abs. 3 Grundgesetz, der sachbezogene und mitgliedschaftlich verfaßte Verwaltungseinheiten nicht nur zuläßt, sondern auch rechtfertigt. M. E. ist hier eine Differenzierung notwendig: Die die *Gesamtheit* tangierenden Interessen müssen durch das Parlament oder durch Organe, die parlamentarisch legitimiert sind, festgelegt

und geregelt werden. Soweit es aber um *spezifische* Interessen von körperschaftlich organisierten Verbänden geht, ergibt sich die demokratische Legitimation der Verbände auch aus dem Mehrheitswillen des Verbandsvolkes. Oder etwas anders ausgedrückt: Auch das Verbandsvolk kann eine — wenn auch beschränkte — Quelle demokratischer Legitimierung sein.

Abschließend noch eine kurze Bemerkung zu beiden Referaten, und zwar zu einem Punkt, der schon mehrfach in Diskussionsbeiträgen angeklungen ist. Die Absteckung der *Partizipationsbereiche* ist im einzelnen nicht immer klar. Herr *Walter* sprach zum Beispiel auch von der Partizipation des Gesamtvolkes. Ich würde im Blick auf das Gesamtvolk nicht mehr von Partizipation sprechen. Das Gesamtvolk ist, zumindest im demokratischen Staat, Entscheidungsträger. Es partizipiert nicht an Entscheidungen, sondern trifft selbst die Entscheidungen. Im übrigen ist zuzugeben, daß der Bereich der Partizipationsarten und der Partizipationssubjekte sehr vielgestaltig ist. Es konnte sicher nicht Aufgabe dieser grundsätzlichen Referate sein, die verschiedenen Möglichkeiten im einzelnen aufzuzeigen und ihnen im einzelnen nachzugehen.

Ipsen: Zu Fragestellungen, die sich mit den heutigen berühren, haben wir auf unseren Tagungen bereits mehrere österreichisch-deutsche Zwiegespräche gehabt. Ich erinnere an die Verhandlung zum Verbändethema mit Herrn *Winkler* und Herrn *Leibholz* (Würzburg 1965), an das Wiener Gespräch von 1958 über die politischen Parteien mit Herrn *Kafka* und Herrn *Hesse*. Wenn ich in dieser Weise zurückblicke, vor allen Dingen wohl auf die Wiener Verhandlung, und mich erinnere an die glasharten Formulierungen, die Herr *Kafka* zur Struktur und zur Eigenart des Parteienstaates gefunden hat, dann kann ich zu den Ausführungen von Herrn *Walter* eigentlich nur sagen: wahrscheinlich hat der *genius loci* hier, das schöne Wetter, haben Rokoko und Mozart ihn in eine Stimmung versetzt, die seine Darlegungen jener Brisanz entkleidet hat, das das Thema zweifellos enthält. Irgendwie würde ich dazu meinen: tu felix Austria . . . Auch Herrn *von Unruh* würde ich nach seinem Diskussionsbeitrag entsprechend bedenken, also: tu felix Slesvigia-Holsatia! Es geht um das Bild der Verwaltung, das Herr *Walter* zugrundegelegt hat. Er hat sich zwar gegen den Vorbehalt von Herrn *Denninger*, den ich in seiner Substanz für begründet halte, zur Wehr gesetzt. Aber ich glaube doch (zum Beispiel zur These III und zur These I/3, wo die Brisanz des Themas nur angedeutet ist), daß mit der Charakterisierung der Verwaltung, wie sie hier stattfand, und mit der hier geschilderten Partizipation nicht das in den Griff genommen worden ist,

um das es jedenfalls nach unserer deutschen Betrachtung eigentlich geht. Ich habe den Eindruck, daß Herr *Walter* die Dinge etwa so gesehen hat, wie wir uns heute angesichts der baldigen Aufnahme diplomatischer Beziehungen mit Peking mit der chinesischen Kulturrevolution beschäftigen würden.

Herr *Bettermann* hat hinreichend deutlich gekennzeichnet, worum es geht. Partizipation ist ein Postulat, ein vielfach demagogisch aufgeheiztes Postulat, mit im Regiment zu sitzen. Das ist es doch. Es handelt sich um eine Forderung zur Reaktivierung unmittelbarer demokratischer Wirksamkeit. Das ist jedenfalls das Entscheidende. Was von Herrn *Walter* in Partizipation einbezogen wird, in einen Sammelbegriff bis hin zur Verfahrensbeteiligung und dergleichen, trifft nicht das Essentielle dessen, worum gerungen wird. Es geht um Machtanteile, um Machtpositionen.

Und die bürgerschaftliche Mitwirkung, wie Herr *Schmitt Glaeser* sie genannt hat, ist überwiegend auch nicht Mitwirkung oder Partizipation von Individuen, sondern solche von Menschen, die sich zu Gruppen zusammentun, mit Anführern, mit Parolen. Ich brauche das nicht näher zu charakterisieren. In dem schönen Aufsatz von Herrn *Dagtoglou* im Deutschen Verwaltungsblatt sind die Dinge, die ich meine, sehr gut charakterisiert worden. Dort wird zutreffend geschildert, daß Partizipation geltend gemacht wird von Menschengruppen, von geführten, geleiteten oder verführten Menschengruppen, die dahin zielen, Sonderinteressen durch Vertreter mit gebundenem Mandat in der Machtausübung zur Geltung zu bringen. Das hat auch nichts zu tun mit Repräsentation, wie sie durch gewählte Abgeordnete wahrgenommen wird, die auf Allgemeininteressen verpflichtet sind.

Damit komme ich zu einem Thema, das hier schon zweimal angeklungen ist. Es gibt nämlich ein prächtiges Beispiel dafür, in welcher Weise solche Machtansprüche von Gruppen, und zwar teilweise unter falscher Etikettierung selbst durch den Gesetzgeber, vorgebracht werden. Es handelt sich um den Bereich, von dem die heutigen „Salzburger Nachrichten“ (die unser österreichischer Kollege heute morgen bei der Vorbereitung des Referates natürlich nicht mehr hat lesen können) zu berichten wußten, daß nämlich der österreichische Bundeskanzler sich nachdrücklich für volle Mitbestimmung im österreichischen Rundfunk eingesetzt habe. Dabei haben wir zur österreichischen Rundfunkorganisation eben gehört, daß sie trotz zivilrechtlicher Gestaltung nach österreichischer Verfassungsrechtsprechung den Verfassungsgeboten der Meinungsfreiheit und des Zensurverbotes unterworfen ist. In solchem Zusammenhang ist bei

uns in Hessen das dortige Personalvertretungsgesetz novelliert worden mit der Regelung, daß zwei Personalvertreter bei der Rundfunkanstalt in den Verwaltungsrat einrücken. In dem für die hessische Rundfunkanstalt selbst zuständigen Rundfunkgesetz ist die Zusammensetzung des Verwaltungsrates natürlich geregelt. Aber diese allein zuständige Regelung hat man nicht geändert, sondern unter der Etikette „Personalvertretung“ wird in den Verwaltungsrat eine zusätzliche Arbeitnehmervertretung eingeschleust. In Bremen hat man sich korrekter verhalten und in das Rundfunkgesetz hineingeschrieben: Arbeitnehmervertreter der Rundfunkanstalt wirken im Verwaltungsrat mit. In dieser Weise rücken bei öffentlichen Aufgabenträgern Anstaltsarbeitnehmer in die Aufsichtsgremien ein, deren demokratische Legitimation sich nach den Vorstellungen des Bundesverfassungsgerichts aber aus der ausgewogenen Gruppenvertretung der pluralistischen Gesellschaft ergeben soll. Unter diesen Gruppen erscheinen selbstverständlich auch die Gewerkschaften als Arbeitnehmervertretungen. Nun aber rücken in einen Verwaltungsrat von sechs oder acht Mitgliedern via Personalvertretung in Hessen oder sonst noch zwei weitere Arbeitnehmer ein, und zwar solche der Anstalt selbst. Das bewirkt eine massive zusätzliche Repräsentation der Arbeitnehmergruppe, durch die die Ausgewogenheit der Repräsentanz gleichheitswidrig beeinträchtigt wird. Das ist ein bemerkenswertes Beispiel dafür, wie sich auf diese Weise der Zugriff auf Machtpositionen in Kompetenzträgern vollzieht, und dies dann noch mit dem Zusatz, diese Vertreter übten ein freies Mandat aus und seien an keine Weisungen gebunden. Das ist gesetzliche Heuchelei. Ich führe das Beispiel auch an, um Herrn *Schmitt Glaeser* anzuregen, zu seinen Partizipationsverboten auch noch ein weiteres Verbot zur Kenntnis zu nehmen, wonach Partizipation dort unzulässig ist, wo sie sich durch übergeordnete Gesichtspunkte etwa des Gleichheitssatzes oder im Rundfunkwesen durch Art. 5 GG verbietet.

Ein letzter Satz zu der These 21 (5) von Herrn *Schmitt Glaeser*, die er nicht vorgetragen hat. Ich meine das Apathieproblem. Wir müssen rechnen mit der Realität einer Majorität, die Apathie übt. Deshalb unterstreiche ich nachdrücklich die Feststellung von Herrn *Schmitt Glaeser*, das Partizipationsproblem sei sehr belastet durch die Existenz dieser großen Gruppe. Es ist deshalb ein allgemeinpolitisches Anliegen, etwas zur Mobilisierung dieser Gruppe zu tun.

Brohm: Meine Herren! Als ich mich vor genau zwei Stunden zu Wort gemeldet habe, hatte ich mir einen ganzen Katalog von Fragen an die Referenten notiert. Ich möchte mich jetzt, da

noch weitere Wortmeldungen vorliegen, auf eine Frage beschränken, und zwar eine Frage an Herrn *Schmitt Glaeser*. Mir ist nicht ganz klar geworden, welchen Zweck Sie mit der Zuordnung der doch recht heterogenen Beteiligungsformen zu den Staatszielbestimmungen „Demokratie“, „Rechtsstaat“, „Sozialstaat“ eigentlich verfolgen. Ich glaube, daß man, wie ich auf der letzten Tagung ausgeführt habe, aus dem Rechtsstaatsprinzip ganz bestimmte konkrete Mitwirkungsformen oder vielleicht auch nur Beteiligungsformen ableiten kann, wie z. B. Anhörungsrechte, Akteneinsichtsrechte usw. Ebenso kann man m. E. aus der Ausgestaltung des Selbstverwaltungsrechtes etwa bestimmte Möglichkeiten einer eigenständigen demokratischen Legitimation durch das Verbandsvolk folgern; aber in diesem Punkt sind Sie mir gerade nicht gefolgt. Auf der anderen Seite sehe ich nicht, wie man aus dem Sozialstaatsprinzip für die Partizipation konkrete rechtliche Aussagen zu gewinnen vermag. Meine Frage ist also: Haben die verschiedenen Modelle, die Sie uns hier vorgetragen haben, allein den Zweck einer systematischen Zuordnung oder enthalten sie verfassungspolitische Forderungen oder sollen sich daraus sogar rechtlich relevante Aussagen ergeben, die dann doch für die einzelnen Mitwirkungs- und Beteiligungsformen wesentlich subtiler untersucht werden müßten?

Roellecke: Ich möchte das aufgreifen, was Herr *Denninger* gesagt hat, aber in eine Sprache übersetzen, die Herr *Walter* vielleicht akzeptiert. Herr *Walter* meint, Ort der Partizipation sei der Ermessensbereich der Verwaltung. Ich halte diese These für unrichtig. Herr *Walter* begründet seinen Satz negativ. Er behauptet nämlich, im Bereich der Tatsachenfeststellung und der Rechtsanwendung seien die Verwaltungsentscheidungen gesamt-demokratisch legitimiert. Deshalb könne dort eine andere Entscheidungskompetenz, nämlich die Partizipation, nicht zulässig sein. Diese Argumentation überzeugt mich nicht, weil auch Ermessensentscheidungen Entscheidungen der öffentlichen Gewalt sind und deshalb der demokratischen Legitimation bedürfen. In einer Demokratie kann es keine Entscheidung der öffentlichen Gewalt geben, die nicht demokratisch legitimiert ist. Unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation unterscheiden sich gebundene Verwaltungsentscheidung und Ermessensentscheidung allein dadurch, daß sich der Schwerpunkt der Rechtfertigung vom Inhalt auf die Zuständigkeit verlagert. Wenn aber auch Ermessensentscheidungen zwingend der demokratischen Legitimation bedürfen, dann können sie nach Herrn *Walters* eigenem Ansatz nicht der Ort der Partizipation sein.

Häberle: Mir scheint, daß manche kritischen Bemerkungen oder Fragen zu dem Mitbericht von Herrn *Schmitt Glaeser* teilweise auf einem Mißverständnis beruhen. Er hat die Partizipationsproblematik von der *Verfassung* her einzufangen versucht (Partizipation als Verfassungsverwirklichung). Das hat mich überzeugt, weil nur auf diese Weise in dem allgemeinen „Partizipationsgeraune“ fester Boden unter den Füßen gewonnen und eine erste Strukturierung erreicht werden konnte. Der Koreferent hat die Partizipations-Problematik von der konkreten Verfassung des GG und ihren drei wesentlichen Prinzipien her strukturiert: der Demokratie, dem Rechtsstaat und dem Sozialstaat, wobei mir der sozialstaatliche Ansatz (Stichwort: verfassungsrechtliches Minimum) besonders wichtig erscheint. Dieser Ansatz ist um so bedeutsamer, als es gilt, den anderen Wissenschaften, nämlich der Politikwissenschaft und der Soziologie, die beide bisher das Feld der Partizipationsdiskussion „besetzt“ halten, Terrain abzugewinnen.

Ein Wort zu den kritischen Bemerkungen von Herrn *Brohm*: Herr *Schmitt Glaeser* hat m. E. mit Recht auf drei Ebenen argumentiert. Zum einen mit verfassungsrechtlichen Überlegungen zum Partizipationsproblem — z. B. Bezeichnung konkreter Partizipationsverbote —, zum anderen mit verfassungspolitischen, nämlich dort, wo der demokratische Gesetzgeber in Zukunft aktiv werden soll i. S. eines Mehr an Partizipation, angesprochen aber auch im Wort vom „politischen Kampfbegriff“, und schließlich mit systematischen Überlegungen. Dieser systematisierende Ansatz ist im Rahmen einer Verfassungsdogmatik im weitesten Sinne legitim, ja unverzichtbar.

Übereinstimmung besteht zwischen beiden Referenten der Sache nach doch darin, daß sie meinen, die Quantität von Partizipationsformen garantiere noch keine optimale Qualität des — unterschiedlich offenen — Entscheidungsprozesses. Freilich scheint mir die Unterscheidung zwischen Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung nicht so sauber möglich zu sein, wie dies Herr *Walter* annimmt. Allerdings, bei beiden Referaten blieb in gewisser Hinsicht ein „weißes Feld“: Fragen der Verwaltungslehre, insbesondere der Verwaltungspolitik, wurden nicht genügend behandelt, bei Herrn *Schmitt Glaeser* sind sie z. T. berührt. Sie müßten noch stärker einbezogen werden — Stichwort: Verwaltungslehre im Rahmen der Verfassung. Es sollte zu einer *Kooperation* und Koordination zwischen Verfassungs- und Verwaltungslehre kommen. Kernfrage der Partizipationsproblematik ist doch die nach dem Verhältnis von Beteiligung und optimaler Entscheidung, nach der Qualität des Entscheidungsprozesses, d. h.: Wie *gewinne* ich eine „gute *Entscheidung*“?

„dung“ der Verwaltung? Hier darf ich an Herrn *Bullinger* anknüpfen. Wie muß ein Entscheidungsprozeß im Lichte der Erkenntnisse der Entscheidungstheorie optimal gestuft und differenziert werden? Einzelne Elemente eines „guten“ Entscheidungsprozesses wie Tatsachenfeststellung und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte haben beide Referenten bereits erwähnt. Im übrigen ist hier alles einzubringen, was insbesondere die Herren *Püttner* und *Bullinger* vorgetragen haben. Zusammengefaßt: erst wenn der beschriebene verfassungsdogmatische Ansatz mit dem verwaltungswissenschaftlichen der Entscheidungstheorie verknüpft wird, läßt sich die ganze Dimension des riesigen Partizipationsproblems erfassen.

Bachof: Herrn *Ipsens* Äußerung über die „schweigende Mehrheit“ gibt mir Anlaß zu einer Ergänzung. Ich stimme ihm zu, daß es unser Wunsch sein sollte, diese schweigende Mehrheit zu aktivieren. Aber es fragt sich, ob und inwieweit das in der Universität überhaupt möglich ist. Eine Aktivierung ist nicht in allen Organisationen und Verbänden gleichermaßen möglich, ihre Möglichkeit hängt vielmehr von der Struktur und der Zusammensetzung der betreffenden Organisation ab. Sie hängt vor allem davon ab, ob die Mitglieder dieses Verbandes zu einem sich für den Verband verantwortlich fühlenden „Volk“ — wenn ich diese Bezeichnung hier einmal verwenden darf — integriert sind. (Ich lasse dabei dahingestellt, ob und wieweit die Legitimation der Verbandswillensbildung durch ein „Verbandsvolk“ mit der Legitimation durch das Staatsvolk verglichen werden kann.) Die einzelnen Verbandsvölker sind untereinander sehr verschieden. Im Bund, in den Ländern und in den Gemeinden haben wir ein Volk, mit dessen aktiver Anteilnahme am Gemeinwesen gerechnet werden kann. Wir haben ein vergleichbares „Volk“ (*mutatis mutandis*) auch in manchen Verbänden; namentlich in solchen, in denen eine gewisse Kontinuität des Mitgliederbestandes und damit auch eine längerdauernde Zuordnung der mitgliedschaftlichen Interessen zum Verbandsbestande besteht. Gerade das aber ist an den Universitäten — sie sind ein sehr typisches Gegenbeispiel! — nicht der Fall. Wir haben hier kein entsprechendes (Universitäts-)„Volk“. Aber gerade auf der irrigen Annahme der Existenz eines solchen Universitätsvolkes beruhen unsere neuen Hochschulgesetze, beruht das grobe Mißverständnis des Gesetzgebers bei der unkritischen Übertragung des — einen „demos“ voraussetzenden — Demokratiemodells auf die Universität. Es wird in der Universität nie gelingen, die Aktionen radikaler Minderheiten — die Herr *Schmitt Glaeser* doch wohl nur wegen dieser Aktivitäten, also im Hinblick auf den Inhalt ihrer Aktionen durchaus wert-

frei, als „Eliten“ bezeichnet hat — durch auch nur annähernd ähnliche Aktivitäten der Mehrheit zu kompensieren. Denn es ist so und wird auch so bleiben, daß sich die Mehrheit der Studierenden nicht als Volk einer Körperschaft Universität fühlt, das Universitätspolitik betreiben will. Vielmehr ist die Universität nach dem Selbstverständnis der weitaus meisten Studenten nach wie vor nicht in erster Linie Körperschaft, sondern Anstalt, an der die Studierenden als zeitlich befristete Benutzer dieser Einrichtung lernen und sich für einen Beruf ausbilden, nicht aber Politik betreiben wollen. Wenn sie aber während ihres Studiums politisch tätig sind, dann primär in den Parteien, in deren Jugendorganisationen, in anderen politischen Gruppen, aber nicht oder erst an letzter Stelle in der Universität. In der Universität sind es fast allein die aktivistischen Minderheiten, die sich politisch betätigen. Die Hochschulgesetze, deren Verfasser diese vorgegebenen Gesetzmäßigkeiten nicht erkannt haben, haben die Hochschulen geradezu solchen Minderheiten ausgeliefert. Diese Minderheiten benutzen die ihnen eröffneten Möglichkeiten ja auch nicht in erster Linie dazu, um Universitätspolitik zu betreiben (und wenn, dann nur als Mittel zum Zweck), sondern weil sie an den Hochschulen die weiche Stelle entdeckt zu haben glauben, an der sie den Hebel zur Umfunktionierung der Gesellschaft ansetzen können. Aus allen diesen Gründen schiene es mir eine Illusion zu sein, wollten wir hoffen, man könne die schweigende Mehrheit erfolgreich gegen die Minderheiten aktivieren. Man mag das Mögliche in dieser Richtung tun; entscheidenden Wandel kann nur die Einsicht des Gesetzgebers in das Fehlerhafte seiner bisherigen Konstruktionen und eine daraus gezogene Konsequenz bringen.

Man kann die gegenwärtige Hochschulmisere auch anders umschreiben: Wir haben an den Universitäten eine kleine Gruppe von Berufsrevolutionären, denen ein wirksamer Widerstand nur entgegengesetzt werden könnte, wenn ein anderer Teil der Studierenden bereit wäre, sich mit gleichem Elan und unter Hintansetzung des Studiums als Berufsgegenrevolutionäre zu betätigen. Das kann man von niemandem, der sein Studium ernst nimmt, erwarten; ganz abgesehen davon, daß der berufsmäßige Gegenrevolutionär eine *contradictio in adiecto* ist.

Blümel: Meine Herren!

Ich werde mich kurz fassen. Ich kann mich — auch nach den letzten Ausführungen von Herrn *Schmitt Glaeser* und von Herrn *Walter* — überhaupt nicht mit dem Begriff der Partizipation befreunden. Dieses Zauberwort wurde von Herrn *Wal-*

ter nicht definiert und auch von Herrn *Schmitt Glaeser* nicht in Frage gestellt. Im Gegenteil, der Begriff wurde von Herrn *Schmitt Glaeser* in These 2, um nur ein Beispiel zu nennen, sogar für Artikel 50 des Grundgesetzes reklamiert. Wenn man den Begriff der Partizipation, und dasselbe gilt auch für den Begriff des Betroffenen, nicht einmal definiert, dann passiert es leicht, und darauf haben mehrere Vorredner bereits hingewiesen, daß man heute viele von der Vereinigung früher behandelte Themen unter dieser Überschrift neu aufwärmt; ganz abgesehen von der Erörterung von Fragen, die mit der Beteiligung der Betroffenen nichts zu tun haben. Wenn sie zum Beispiel die Referate zu den Themen „Verwaltungsverfahren“ und „Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut“ nachlesen, dann werden Sie finden, daß dort die uns auch heute lebhaft interessierenden Fragen eingehend erörtert wurden, der Begriff der Partizipation aber überhaupt nicht auftaucht. Das war auch gut so. Im übrigen finden Sie die heute in den Referaten angeführten Mitwirkungsformen in den Lehrbüchern von *Forsthoff* und *Hans Julius Wolff* als solche sachgerecht behandelt. Ich bin also der Meinung, daß wir den schillernden Begriff der Partizipation nicht brauchen, daß er vielmehr überflüssig ist. Dieser Begriff vernebelt nach meiner Auffassung die Sachdiskussion ebenso wie der Begriff der Demokratisierung. Mir genügen etwa für das Verwaltungsverfahren und für das Planungsverfahren die verfahrensrechtlichen Begriffe der Beteiligung und der Beteiligten, wie sie zum Beispiel im Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes umschrieben sind.

Mir ist die gegenwärtige Partizipationsdiskussion viel zu abstrakt. Das gilt auch für Thesen 7 und 8 von Herrn *Schmitt Glaeser*. Ich habe dazu in meinem Beitrag in der *Forsthoff-Festschrift* über „Demokratisierung der Planung‘ oder rechtsstaatliche Planung?“ einiges Kritisches gesagt. Gerade die Diskussion über die Partizipation an Planungsentscheidungen leidet doch daran, daß man weder die einzelnen Planungsarten noch die einzelnen Planungsstufen auseinanderhält und daher nicht sieht, daß damit auch die Beteiligungsformen aus sachlichen und rechtlichen Gründen verschiedene sein müssen. Das verkannte gestern zum Beispiel auch Herr *von Münch* in These 6 seines Referates über die Partizipation der Hochschulen. Sein Beispiel zeigt gerade, daß es so nicht geht. Ganz ähnlich liegen nach meiner Auffassung die Dinge, wenn für die verbindliche Planung (z. B. der verbindlichen Bauleitplanung) vorausliegenden Planungsstufen, etwa für die Stadtentwicklungsplanung oder für die Planungsentscheidungen nach § 16 des Bundesfernstraßengesetzes und nach § 6 des Luftverkehrsgesetzes

oder für Raumordnungspläne ganz allgemein die verfahrensmäßige Beteiligung der einzelnen Bürger gefordert wird. Das geht entweder aus praktischen oder auch aus rechtlichen Gründen nicht. Diesen Gedanken der Praktikabilität hat übrigens Herr *Walter* richtig in seinem Referat hervorgehoben. Um bei der Planung zu bleiben: bei der überörtlichen Fachplanung, und zwar auf der vorausliegenden Planungsstufe, kommt zum Beispiel eine verfahrensmäßige Beteiligung des einzelnen Bürgers aus sachlichen und rechtlichen Gründen, die ich hier im einzelnen nicht erörtern kann, nicht in Betracht. Aber unter dem Stichwort Beteiligung ist zu beachten, daß im Unterschied zu dem einzelnen Bürger an diesen Planungsentscheidungen z. B. die Gemeinden zu beteiligen sind. Das hat aber mit Demokratisierung oder mit Partizipation nichts zu tun. Die Pflicht zur Beteiligung der Gemeinden folgt aus Art. 28 Abs. 2 des Grundgesetzes. Denn hier handelt es sich um einen Fall der Planungskollision. Als Planungsträger sind die Gemeinden an dieser Planungsentscheidung zu beteiligen. Das andere Beispiel, das uns gegenwärtig so viel beschäftigt, kennen Sie, nämlich die Beteiligung der Gemeinden bei der kommunalen Gebietsreform. Alles in allem bin ich der Auffassung, daß wir als Juristen die Sachfragen als solche diskutieren und diese nicht durch modische Schlagworte, die von Soziologen und Politologen traktiert werden, vernebeln sollten.

Hellbling: Geschätzte Herren Kollegen!

Ich danke Ihnen sehr, daß ich als junges altes Mitglied dieses Vereins die Gelegenheit bekomme, trotz der vorgerückten Stunde einige Worte zu sprechen. Wenn der Vorwurf, den Herr Kollege *Ipsen* Herrn Kollegen *Walter* gemacht hat, richtig wäre, hätte das Thema nicht lauten dürfen „Partizipation an Verwaltungsentscheidungen“, sondern „Zusammengeballte Kraft gegen das Zustandekommen gesetzmäßiger Verwaltungsentscheidungen“. Auch kann man Herrn Kollegen *Walter* nicht den Vorwurf machen, daß er über ein Thema gesprochen hat, das nach Ansicht eines Herrn Diskussionsredners überhaupt kein Diskussionsthema ist. Ich muß auf das zurückkommen, was er heute schon erwähnt hat: Das Thema ist ihm *gestellt* worden, und als dankbares Mitglied des Vereins hat er nicht umhin können, den Auftrag auszuführen. Wie ich Herrn Kollegen *Walter* schon seit vielen Jahren kenne, liegt es ihm vollkommen fern, zu behaupten, daß Ermessensentscheidungen nicht dem rechtsstaatlichen Prinzip entsprechen. In dieser Hinsicht muß ein Mißverständnis des betreffenden Herrn Diskussionsredners vorliegen. Mir scheint, daß Herr Kollege *Walter* nichts anderes sagen wollte, als daß bei Ermessensentscheidun-

gen die Entscheidung gewissermaßen von einer Linie oder einem Punkt auf eine *Zone* verschoben wird, wie es *Karl Ehrhart* schon vor vielen Jahren (1948) in einem sehr aufschlußreichen Aufsatz in den Wiener Juristischen Blättern dargelegt hat.

Eine zweite Frage, die ich kurz streifen will, ist die, wie es eigentlich mit der Selbstverwaltung, der Übertragung von Kompetenzen in die Hände von Selbstverwaltungskörpern, steht. Ich glaube, man kann diesem Problem seine Spitze nehmen, wenn man die Erklärungen, die diese Selbstverwaltungskörper abgeben, nicht als *Entscheidungen*, sondern als *Parteierklärungen* interpretiert. Österreich bietet einige Beispiele dafür. So wurden seinerzeit in der Monarchie und in den ersten Jahren der Republik die Erklärungen der Gemeinden über Aufnahmen in den Heimatverband als Parteierklärungen angesehen. Plötzlich hat sich die Praxis geändert, und man hat diese Parteierklärungen in Bescheide umgedeutet. Da ergab sich dann die Schwierigkeit. Ein zweites Beispiel: Bis zum Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, das Ende 1926 erschienen ist, hatten die Sozialversicherungsträger kein Bescheidrecht, sondern sie gaben Parteierklärungen ab. Das allgemeine Sozialversicherungsgesetz hat nun das Bescheidrecht der Sozialversicherungsträger eingeführt. Auch die derzeit geltenden österreichischen Sozialversicherungsgesetze sehen diese Erklärungen der Sozialversicherungsträger als Bescheide an. So ergibt sich wirklich der Fall, daß jemand *in eigener Sache* entscheidet.

Ich glaube, es ist aus den Vorträgen und aus den Diskussionsbeiträgen klar hervorgegangen, daß die Partizipation in der Verwaltung, mag man den Begriff nun enger oder weiter fassen, gewisse Gefahren mit sich bringt und man daher bei der Einführung solcher Partizipationsfälle in größerer Zahl nicht vergessen darf, entsprechende *Korrektive* anzubringen. Darf ich dafür noch in aller Kürze zwei Beispiele aus der österreichischen Rechtsordnung anführen, die mir sehr instruktiv erscheinen? So entscheiden über Berufungen in administrativen Steuerangelegenheiten in zahlreichen Gruppen von Fällen zweitinstanzlich Berufungssenate, die bei den Finanzlandesdirektionen eingerichtet sind. Diese Berufungssenate bestehen aus fünf Mitgliedern, von denen in der Regel drei nicht rechtskundig sind. Es kann daher sehr leicht vorkommen, daß diese drei Mitglieder, die eine Mehrheit bilden, die zwei anderen rechtskundigen Mitglieder überstimmen und auf diese Weise eine Entscheidung herauskommt, die dem Gesetz nicht entspricht. Das Korrektiv dafür ist die sogenannte *Präsidialbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof*, welche in die Hände des Präsidenten der Finanzlandesdirektion gelegt ist, der, meine verehr-

ten Herren aus der BRD, etwa Ihrem Oberfinanzpräsidenten entspricht. Ein zweites Beispiel betrifft das Gebiet des Schulwesens. Hier besteht die Möglichkeit, daß das Bundesministerium für Unterricht dem Vorsitzenden einer kollegialen Schulbehörde verbietet, einen Beschluß dieser Schulbehörde durchzuführen. Gegen diese Weisung des Bundesministeriums für Unterricht kann die Schulbehörde beim Verwaltungsgerichtshof eine Beschwerde einbringen. Das sind typische Fälle einer gewissen Partizipation, und sie zeigen, daß ein Korrektiv in diesen Fällen in aller Regel not tut und wie sich die österreichische Gesetzgebung in dieser Beziehung geholfen hat.

Rupp: Meine sehr geehrten Herren, die Rednerliste ist erschöpft. Darf ich fragen, ob noch Wortmeldungen vorhanden sind; ich will niemanden das Wort abschneiden. Da sich niemand meldet, bitte ich die beiden Referenten um das Schlußwort, zunächst, entsprechend der Tradition, den Zweitreferenten, Herrn *Schmitt Glaeser*.

Schmitt Glaeser (Schlußwort): Sie werden verstehen, wenn ich nicht auf alle interessanten Beiträge und Anregungen so ausführlich eingehe, wie es sich gehörte und wie ich gerne möchte. Ich muß mich kurz fassen. Zunächst zum Stichwort: Annäherung des Bürgers an die Verwaltung durch Partizipation, das Herr *Delbrück* in die Debatte brachte. Eine echte Chance sehe ich im wesentlichen nur bei der sozialstaatlichen Partizipation. Hier stehen persönliche Interessen des Bürgers im Vordergrund und über die Wahrung eigener Interessen und die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten läßt er sich vielleicht auch einmal in ein Engagement für öffentliche Interessen hinein-„locken“. Das Apathieproblem spielt auf diesem Bereich praktisch eine geringe Rolle. Dies gilt zum Teil auch bei der rechtsstaatlichen Partizipation, nämlich soweit es um Durchsetzung eigener Rechte im Verwaltungsverfahren geht. Die demokratische Partizipation ist dagegen — wie auch die Erfahrungen der letzten Jahre wieder zeigen — wenig geeignet, eine Annäherung von Bürger und Staat zu bringen. Praktisch ist sie im wesentlichen ein Instrument kleiner Minderheiten, und das wird wohl auch so bleiben.

Auf die Darlegungen von Herrn *Wenger* ist bereits Herr *Maurer* ausführlich eingegangen. Ergänzend nur noch dies: In der Tat fallen auch viele der durch Interessenverbände vertretenen „durch den Rost“ — um die plastische Formulierung von Herrn *Wenger* aufzugreifen. Deswegen auch meine Forderung, nur diejenigen Interessengruppen am staatlichen Entscheidungsprozeß partizipieren zu lassen, deren Binnenstruktur sicherstellt, daß alle Mitglieder wenigstens mittelbar an den

wesentlichen Willensbildungen beteiligt sind. Herr *Maurer* möchte hier, wenn ich ihn richtig verstanden habe, noch weitergehen und eine bestimmte Binnenstruktur gleichsam unmittelbar erzwingen. Ich meine, soweit sollten wir den staatlichen Eingriff in die Interessenverbände nicht treiben. Im wesentlichen ist dieses Problem aber bei den Interessenverbänden ohnehin mehr theoretischer Natur, weil die auch bei den Interessenverbänden zu beachtenden grundrechtlichen Gewährleistungen über das Gebot einer grundrechtssichernden Binnenstruktur regelmäßig zu einer gleichen Beteiligung aller führen dürfte. Sachliche Differenzierungen mit der Folge unterschiedlicher Partizipationsintensität sind in diesem Bereich durchweg nicht veranlaßt.

Was Ihre Ausführungen angeht, Herr Kollege *Mayer*, so sind wir uns im Grundsatz völlig einig. Auch ich bin ganz entschieden gegen eine Deckungsgleichheit von Staat und Gesellschaft. Ich meine, man muß beide einander zuordnen und die bürgerrechtliche Partizipation scheint mir ein brauchbares Instrument dafür zu sein. Der Gefahren einer solchen Konzeption bin ich mir bewußt; vor allem bei der Bediensteten-Partizipation ist große Vorsicht geboten. Was z. B. die sozialstaatliche Partizipation angeht, so möchte ich sie im wesentlichen auf die herkömmlichen Funktionen des Personalrats beschränkt wissen. Auf jeden Fall muß verhindert werden, daß der öffentliche Bedienstete in seinem Arbeitsstatus und damit auch in seinen Rechten auf Teilhabe am „Betrieb“ dem Privatbediensteten völlig gleichgestellt wird, der Beamte also als Beamter gleichsam in die private Sphäre ausweicht. Insofern kann ich auf mein Referat verweisen. Andererseits hat vor allem die sozialstaatliche (und ebenso die rechtsstaatliche) Partizipation gerade auch im Bereich des öffentlichen Dienstes wichtige Aufgaben zu erfüllen. Insbesondere bremst sie die am öffentlichen Dienstleistungsapparat ausgerichtete „Allverfügbarkeit“ des Dienstherrn über den Beamten und sichert eine stärkere Beachtung seiner persönlichen Situation, z. B. bei Versetzungen.

Nun zum Problem der Sachverständigen, das Herr *Winkler* angesprochen hat. Die Sachverständigenpartizipation habe ich bewußt ausgeklammert, soweit das möglich ist: denn jede Partizipation von Interessenvertretern ist zugleich auch Sachverständigenpartizipation. Herr *Dagtoglou* hat in seiner Habilitationsschrift diesen Zusammenhang überzeugend offengelegt und die dort getroffene Feststellung, die Interessenvertreter seien allemal die besten Sachverständigen, ist einleuchtend. Aber: der Sachverstand wird hier im Interesse der Interessen gebraucht und deswegen kann man Interessenvertreter nicht als

Sachverständige im eigentlichen Sinne anerkennen. Sie haben zwar Sachverstand, es fehlt ihnen aber der nötige Abstand zur Sache.

Die Ausklammerung bezieht sich also auf Partizipation von Sachverständigen im eigentlichen Sinn. Das ist eine notwendige Konsequenz meines Konzepts, weil der Partizipant *als Sachverständiger* und nicht *als Bürger* beteiligt ist und daher keine bürgerschaftliche Partizipation, sondern im wesentlichen Verwaltungshilfe durch Private vorliegt, ein Problemkreis, der Gegenstand unserer Tagung in Speyer war. Die Verwaltungshilfe durch Private gehört in den Bereich der organischen Partizipation. Sie hat sozialstaatliche Affinität. Hier werden gesellschaftliche Ressourcen für den Staat aktiviert, ein Vorgang, der die staatliche Leistungsfähigkeit steigert und insofern die Möglichkeit gerade sozialer Leistungen durch den Staat schafft und verstärkt.

Dankbar bin ich Herrn *Maurer* für seine Ausführungen zu Leitsatz 13. Sie geben mir Gelegenheit, meinen Standpunkt zu dem wichtigen Problem „Legitimation durch Partizipation“ nochmals kurz zu verdeutlichen: Gewiß ist es richtig, daß Art. 87 Abs. 3 GG sachbezogene Verwaltungseinheiten zuläßt und ihre Existenz verfassungsrechtlich fixiert und rechtfertigt. Das gleiche gilt z. B. für Art. 87 Abs. 2 oder Art. 88 GG. Diese Bestimmungen beinhalten aber alle keine Aussage zur Legitimation und sie rechtfertigen es nicht, ein irgendwie geartetes „Verbandsvolk“ als Legitimationsbasis anzuerkennen. Die Verfassung scheint mir hier sehr eindeutige Aussagen zu machen: staatliche Entscheidungen lassen sich nur über Art. 20 Abs. 2 Satz 1 / 28 Abs. 1 GG legitimieren und in diesen Bestimmungen wird auf ein Gebietsvolk, also auf eine Personenmehrheit mit territorialem Bezug, und nicht auf „Verbandsvolk“ abgestellt. Und Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG läßt keinen Zweifel daran, daß von diesem Gebietsvolk nicht nur Staatsgewalt, sondern *alle* Staatsgewalt ausgeht.

Den plastischen Ausführungen von Herrn *Ipsen* habe ich wenig hinzuzufügen. Aus der Perspektive der freiheitlichen Demokratie zeichnen sie ein sehr dunkles und leider auch sehr realistisches Gemälde. Ein wesentlicher Punkt ist die von Ihnen hervorgehobene Doppelvertretung der politischen Aktivisten. Es ist nicht zuletzt dieses Phänomen, das jede demokratische Partizipation zumindest in ein verfassungsrechtliches Zwielficht bringt. Das bestätigt meine Konzeption, die den eigentlichen Akzent auf die rechtsstaatliche und vor allem auf die sozialstaatliche Partizipation legt.

Herr *Brohm* hat gefragt, welchen Zweck die von mir vorgenommene Zuordnung der Partizipation zu den verschiedenen Verfassungsgrundsätzen eigentlich habe. Herr *Hüberle* ist darauf bereits eingegangen und er hat wesentliche Gesichtspunkte genannt. Etwas polemisch könnte man auch noch die Gegenfrage stellen: warum wohl die Verfassung überhaupt mehrere und verschiedene Prinzipien kennt und nicht nur eines, etwa nur das Prinzip der Demokratie? Im übrigen ist es mir unmöglich, eine Antwort in wenigen Sätzen zu geben. Die verfassungsrechtliche und verfassungsgerechte Strukturierung der Partizipation und ihre Ausrichtung an den wesentlichen Grundprinzipien der Verfassung war das eigentliche Anliegen meines Referats und eine gründliche Beantwortung der Frage von Herrn *Brohm* käme einer Wiederholung des Referats gleich. Nur eines möchte ich in Erinnerung rufen: Die demokratische Partizipation zielt auf unmittelbare Teilhabe am Gesamt- und Teilwillensbildungsprozeß. Ihr *wesentliches* Anliegen ist in der parlamentarischen Demokratie bereits durch die mittelbare Teilhabe über den institutionalisierten Prozeß der Volkswahl erfüllt. Die „Ergänzung“ dieses Prozesses durch demokratische Partizipation führt zu der von Herrn *Ipsen* angesprochenen Doppelvertretung bestimmter Bürger, sprich: der politischen Aktivisten, und sie ist geeignet, die Wahlentscheidung des Volkes zu korrigieren bzw. zu verfälschen. Hier ist also große Vorsicht geboten. Ganz anders ist demgegenüber z. B. die sozialstaatliche Partizipation zu beurteilen, bei der es um die „Mitbestimmung“ des Bürgers im eigenen Lebensbereich als Ersatz für die weitgehend verlorene individuelle *Autonomie* geht. Gerade im Interesse einer *freiheitlichen und sozialen* Demokratie wird man bei der sozialstaatlichen Partizipation sehr großzügig verfahren müssen. Die Zuordnung der Partizipation zu den verschiedenen Verfassungsprinzipien hat also nicht nur dogmatische Bedeutung; sie hat auch praktisch einen Sinn. Gerade z. B. für den Bereich des Hochschulrechts können hieraus wichtige Konsequenzen abgeleitet werden.

Zum Schluß möchte ich noch auf die in gutem Sinne „radikalen“ Einwendungen von Herrn *Blümel* eingehen: auch ich bin skeptisch gegenüber neuen Begriffen, Herr *Blümel*. Aber ich meine, wir Juristen können es uns nicht leisten, einen Begriff wie den der Partizipation, der heute zu einem Zentralbegriff der Politikwissenschaft und der Soziologie geworden ist, einfach zu negieren — gleichgültig ob uns dieser Begriff paßt oder nicht. Mit schneller Feder haben Vertreter dieser Disziplinen nicht zuletzt durch die Beschäftigung mit diesem Begriff und den dadurch angesprochenen Ideen gleichsam im Eilmarsch

ein Terrain besetzt, das gerade den Juristen interessieren muß, handelt es sich doch um ein zentrales Problem des Verfassungsrechts, der Verfassungspolitik und der Verwaltungswissenschaft. Wir dürfen hier nicht den Kopf in den Sand stecken, wollen wir uns eines Tages nicht in der Rolle des bloßen Justitiars der Politologen und Soziologen wiederfinden. Ich meine daher, daß es sehr wichtig war, das Thema der Partizipation zum Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrertagung zu machen und ich möchte in diesem Zusammenhang nicht versäumen, unserem Vorstand sehr dafür zu danken, daß er gerade dieses Thema gewählt hat. Im übrigen darf ich daran erinnern, daß auch das Wort „Selbstverwaltung“ und ebenso das Wort „Daseinsvorsorge“ ursprünglich keineswegs klare und allseits akzeptierte Begriffe waren. Und doch haben diese Begriffe (nicht nur) die Rechtswissenschaft ein gutes Stück weitergebracht. Die Verwaltungswissenschaft zum Beispiel können wir uns ohne den prägnanten Ausdruck „Daseinsvorsorge“ heute kaum mehr vorstellen. Ich weiß nicht, ob auch „Partizipation“ einmal einen solchen Stellenwert erhalten wird. Sie, Herr Blümel, haben sicher Zweifel. Ich lasse die Frage offen. Jedenfalls muß der Jurist sich mit diesem Begriff auseinandersetzen und er muß sagen, was er unter Partizipation versteht. Andernfalls werden wir in unseren ureigensten Gebieten bald nichts mehr zu sagen haben.

Walter (Schlußwort): Meine sehr geehrten Herren Kollegen!

Herr Delbrück hat zunächst die wichtige Frage aufgeworfen, ob der Bürger denn überhaupt befähigt sei, an der Verwaltung teilzunehmen. Ich möchte darauf verweisen, daß ich gewisse Einschränkungen vorgenommen habe, möchte aber doch dazu sagen, daß es sich dabei letztlich um eine Glaubensfrage handelt. Eine Frage des Glaubens an den Menschen, die uns früh in der griechischen Philosophie begegnet, und die in dem bekannten Gespräch Ausdruck findet, das nach dem Bericht Platons Protagoras mit Sokrates führt: Sokrates provoziert Protagoras mit der Frage, warum denn in der Demokratie alle Bürger an den Entscheidungen teilnehmen, wo doch in der Frage der Herstellung irgendwelcher Gegenstände, in Fragen des Handwerks der Fachmann herangezogen zu werden pflege. Und Protagoras beantwortet diese Frage mit einem Bild. Er sagt nämlich, daß Zeus die Befähigung unter die Menschen in verschiedener Weise verteilt habe. Technische Fähigkeiten habe er jeweils an bestimmte Einzelne gegeben. Die Befähigung aber, über Recht und Unrecht zu entscheiden, das sei eine Eigenschaft, die Zeus jedermann verliehen habe, und deshalb habe auch jedermann das Recht, an den Entscheidungen der Gemein-

schaft mitzuwirken. Ich lasse die Frage mit dieser Geschichte im Raum stehen, ohne ihre Bedeutung zu verkennen.

Ich möchte nun zum Diskussionsbeitrag des Herrn *Wenger* übergehen. Herr *Wenger*, Sie wissen, ich pflege mich so weit als möglich klar auszudrücken. Wenn Sie gesagt haben, es könnte der Anschein entstehen, als hätte ich mit meinen Ausführungen die Partizipationsproblematik völlig bewältigen wollen, dann hätte ich keinen Vorbehalt bezüglich der Privatwirtschaftsverwaltung gemacht. Ich habe ihn gemacht, und insofern wollte ich das Thema nicht erschöpfen. Ihre Ausführungen waren eine Ergänzung zu den meinen.

Zum Zweiten haben Sie gemeint, meine Differenzierung zwischen Rechtsanwendung und Ermessensentscheidung sei deshalb nicht angebracht, weil der Art. 130 Abs. 2 B-VG auch die Ermessensentscheidung in gewisser Richtung determiniere, indem er sagt, daß vom Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch zu machen sei. Ich gebe zu, daß damit eine Einschränkung des Ermessens vorgenommen wird. Ich wehre mich aber dagegen mit aller Entschiedenheit, daß das Ermessen einfach wegdiskutiert wird. Art. 130 B-VG spricht immerhin auch noch davon, daß die Verwaltung von diesem *freien Ermessen* Gebrauch macht. Sie wollen aber trotz dieser Bestimmung das Ermessen einfach aus der Rechtsordnung entfernen.

Was meinen Vorschlag mit der — wenn ich so sagen darf, — „schöffenartigen“ Beiziehung anlangt, so lasse ich mir die Kritik gerne gefallen; über die Sache mag man in der Tat verschiedener Meinung sein können.

Bezüglich der Verbände möchte ich Ihnen, Herr *Wenger*, ganz recht geben, daß hier sehr viele Interessen in den großen Verbänden vereinigt sind, und es daher mit der Repräsentanz der Interessen in vieler Richtung „hapert“. Weil eben nicht gerade spezifische Interessen vertreten werden, was sich etwa schon darin manifestiert, daß die Bundeskammer, aber auch die Landeskammern der gewerblichen Wirtschaft wieder in eine Unzahl von Untergruppierungen zerfallen.

Zu dem Diskussionsbeitrag von Herrn *Mayer* möchte ich sagen, daß ich das Problem des Weisungsrechtes des Ministers angeschnitten habe und schon zu bedenken gegeben habe, daß hiedurch eine gewisse Eingrenzung der Problematik besteht. Ich glaube aber, daß die Sache noch von einem anderen Gesichtspunkt anzusehen ist und ich bin Ihnen dankbar, denn ich bin erst durch Ihren Diskussionsbeitrag auf diese Erwägung gestoßen: Wenn der Minister von seinem Weisungsrecht Gebrauch macht, könnte es sein, daß er dabei auch eine gewisse Vorsicht

walten läßt, wenn er weiß, daß diese Weisung nicht nur an einen von ihm dienstrechtlich abhängigen Beamten ergeht, sondern etwa an ein Gremium, dem auch Vertreter des Volkes, wenn ich es so nennen darf, angehören. Sie haben weiters das Problem der Verstärkung der Rechtsstellung von Beamten hervorgehoben und ich gebe Ihnen recht, daß das ein Problem ist. Das hat aber auch wieder eine zweite Seite, nämlich, daß der in seiner Rechtsstellung gestärkte Beamte vielleicht den Anfechtungen zu willfährig zu sein, eher entgegentreten kann, als ein in seiner Rechtsstellung nicht so sehr gefestigter. Es ist eine sehr schwierige Abwägung zwischen Verwaltungsökonomie und rechtsstaatlichen Prinzipien andererseits vorzunehmen.

Zum Diskussionsbeitrag von Herrn *Winkler* würde ich glauben, daß er einen schwachen Punkt meiner Ausführungen zunächst durchaus richtig erkannt hat; daß ich nämlich über die Beteiligung des Sachverständigen sehr verkürzte Ausführungen gemacht habe. Er hat mich aber insofern mißverstanden, als ich mit der Beteiligung von Sachverständigen meinte, daß hier eben Personen, die an sich die Rolle des Sachverständigen etwa eben Personen die an sich die Rolle des Sachverständigen etwa im Sinne des gerichtlichen Verfahrens haben, manchmal in Entscheidungsgremien berufen werden, obwohl sie ex professo Sachverständige auf bestimmten Sachgebieten sind, also an und für sich die Rolle von Helfern bei der Feststellung des Sachverhaltes haben. Sicher schadet ihre Sachkenntnis nicht. Aber wo kommt ihre demokratische oder auch nur ständestaatliche, oder verbandsstaatliche Legitimation her? Und Sachverständiger in dem von mir genannten Sinne ist natürlich nicht der Rechtssachverständige, sondern der Sachverständige auf dem Gebiete der Tatsachen. Daß die Interessenvertreter sachkundig sind, das ist durchaus zutreffend; aber wie schon Herr *Schmitt Glaeser* bemerkt hat, macht das ihre Interessenvertretung um so wirksamer und — hat man Bedenken dagegen — um so bedenklicher.

Zum Diskussionsbeitrag von Herrn *Maurer* möchte ich ausführen, daß Partizipation des Gesamtvolkes mir deshalb möglich scheint, weil ja der Entscheidung des Gesamtvolkes die Entscheidung eines Repräsentativorganes vorausgeschaltet sein kann und damit das Volk nicht die Gesamtentscheidung trifft, sondern nur einen Teil. Notwendige Voraussetzung etwa für die Absetzung des Bundespräsidenten ist in Österreich, daß die Bundesversammlung beschließt, eine solche Frage dem Bundesvolk vorzulegen. Das heißt also, ohne diesen Akt des Repräsentativorganes gibt es keine Volksabstimmung, und insofern ist

die Volksabstimmung doch nur ein Teilakt dieses Gesamtvorganges.

Sehr schwer fällt es mir, Herrn *Ipsen* zu erwidern. Er hat nochmals darauf hingewiesen, daß das Thema verfehlt worden sei. Ich kann dem, was ich früher zu dieser Frage gesagt habe nichts mehr hinzufügen. Es ist aber in seinem Diskussionsbeitrag etwas angeklungen, was ich deutlich zu machen versuchte, nämlich ein verschiedener Stil juristischer Betrachtung, auch staatsrechtlicher Betrachtung zwischen Österreich und der Bundesrepublik, der vielleicht auch meine etwas abstrakten Ausführungen erklärt. Ich darf vielleicht sagen, daß auch ich Probleme und Fälle hätte erzählen können, wie Sie, Herr *Ipsen*, es in eindrucksvoller Weise getan haben, das aber nicht als meine Aufgabe angesehen habe, sondern meinte, eine gewisse Abstraktion in diese Dinge bringen zu müssen. Sie haben gemeint, damit sei ich nunmehr abgewichen von dem schönen Zwiegespräch, das sich in der Geschichte der Vereinigung gezeigt habe. Ich nehme an, Sie meinen jenen Teil der Geschichte unserer Vereinigung, den Sie beschrieben haben. Denn im ersten Teil der Geschichte sind ja die Zwiegespräche nicht immer in voller Harmonie verlaufen. Überlassen wir es daher der weiteren Geschichtsschreibung, dieses heutige Zwiegespräch zu bewerten.

Gewisse Schwierigkeiten habe ich auch, Herrn *Roellecke* zu erwidern. Herr *Roellecke* wollte nämlich Herrn *Denningers* Bedenken verdeutlichen, und ich muß gestehen, daß ich durch diese Verdeutlichung nicht ganz ins Klare gesetzt worden bin und daher hier gegen Ihre Diskussionsbemerkung sozusagen im Schatten kämpfen muß. Das was ich mit meiner Differenzierung zwischen Rechtsanwendung und Ermessensentscheidung andeuten wollte — vielleicht kann ich das erklären — ist, daß es im Ermessensbereich, wenn man das Ermessen nicht wégdiskutiert, mehrere Möglichkeiten, ich sage es jetzt ganz scharf, richtiger Entscheidungen gibt. Und wenn es eine Auswahl zwischen diesen mehreren Möglichkeiten gibt, die noch nicht vom Gesetz vorgenommen ist, die also vom demokratischen Gesetzgeber noch nicht vorausbestimmt sind, dann stellt sich mir hier doch die Frage nach der demokratischen Legitimation. Irgendwo kann ich sie sicher finden, indem ich sage, auch der Beamte, der das Ermessen übt, ist vom Präsidenten ernannt und der Präsident ist vom Bundesvolk gewählt. Aber das ist doch eine etwas mühsame Herstellung einer demokratischen Legitimation.

Zu der Diskussionsbemerkung von Herrn *Häberle* möchte ich sagen, daß ich ihm völlig zustimme, daß man bei Erörterung der Problematik der Partizipation auch die verwaltungswis-

senschaftlichen Erkenntnisse einzubringen hat. Das wird hoffentlich die weitere Diskussion über unser Thema bringen.

Etwas gekränkt hat mich der Vorwurf des Herrn *Blümel*, daß ich Partizipation gesagt und den Begriff nicht definiert hätte. Als ich mein Manuskript nochmals gelesen habe, habe ich festgestellt, daß ich an zwei Stellen ausgeführt habe, was ich unter Partizipation verstehen möchte. Und wenn man mir vorgeworfen hätte, daß es ungehörig sei, zweimal dasselbe zu sagen, dann hätte ich diesen Vorwurf stillschweigend zur Kenntnis genommen. Daß man mir aber vorwirft, daß ich Begriffe verwende, die ich nicht verdeutliche, das schmerzt mich doch etwas.

Wichtig erscheint mir der Hinweis meines verehrten Kollegen und Freundes *Hellbling* darauf, daß vielleicht für die Partizipation ein gewisses Korrektiv vorgesehen werden muß, und zwar in Form eines verstärkten Rechtsschutzes. Daß dort, wo man Partizipation vorsieht, die Gefahr einer Abweichung von der Legalität besteht und diese Gefahr möglicherweise kompensierbar ist durch die Einrichtung besonderer Rechtsschutzbehelfe auf diesem Sektor.

Meine sehr geehrten Herren! Es bleibt mir nur noch über, Ihnen für das große Interesse das in der Diskussion für unser Thema — trotz aller Bedenken gegen dasselbe — zum Ausdruck gekommen ist. Und ich möchte nicht verfehlen, noch eine Bemerkung zu machen: Als ich zunächst sagte, daß das Thema der Vorstand vorgeschrieben habe, da hätte das so ausgelegt werden können, als würde ich mich von dieser Themenwahl absetzen. Genau das Gegenteil ist der Fall. Ich bin dem Vorstand außerordentlich dankbar, daß er dieses Thema gewählt und mich zur Behandlung dieses Themas bestimmt hat. Deshalb, weil ich aus diesem Thema sehr viel gelernt habe, und aus eigenem niemals an seine Behandlung herangetreten wäre.

Rupp: Ich nehme die Gelegenheit wahr, den beiden Referenten im Namen der Vereinigung herzlich zu danken. Es steht mir nicht zu, die beiden Vorträge mit wertenden Attributen zu versehen. Aber in der Lebhaftigkeit der Diskussion und im Applaus ist unser aller Dank sichtbar geworden. Dank schulden wir den Referenten auch dafür, daß sie sich der Mühe der Vorbereitung ihres Referates unterzogen haben in einer hochschulpolitisch bewegten Zeit, die dem einzelnen kaum noch Zeit zur Forschung läßt. Dank sage ich auch allen Diskussionsteilnehmern, aber auch all denjenigen, die sich nicht an der Diskussion aktiv beteiligt haben, sondern als sachverständige Zuhörer an der Diskussion partizipierten.

Damit darf ich die offizielle Veranstaltung der diesjährigen Staatsrechtslehrertagung hier in Salzburg schließen.

Verzeichnis der Redner

Achterberg S. 133
Bachof S. 292, 299
Bettermann S. 275
Blümel S. 300
Brohm S. 127, 296
Bullinger S. 266
Delbrück S. 284
Denninger S. 268
Frowein S. 13, 114, 143
Häberle S. 298
Hellbling S. 302
Hettlage S. 99
Ipsen S. 128, 294
Kewenig S. 111
Kisker S. 122, 276
Lerche S. 87, 98, 111, 128, 131, 140, 145
Maurer S. 292
Mayer Franz S. 131, 288
Merten S. 277
v. Münch S. 51, 140
Mußnug S. 137
Partsch S. 104, 139
Püttner S. 273
Rill S. 87
Roellecke S. 297
Rudolf S. 120
Rupp S. 266, 304, 312
Saladin S. 93
Scheuner S. 7
Schmitt Glaeser S. 179, 278, 304
Scupin S. 124
v. Simson S. 129
Soell S. 116, 136
Stern S. 106
v. Unruh S. 269
Walter S. 147, 282, 308
Wenger S. 134, 285
Winkler S. 290

Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

Stand: April 1973

Vorstand

1. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor, 7802 Merzhausen,
Schloßweg 29, Tel. (0761) 40 38 11
2. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor, 8035 Gauting b. München,
Junkersstr. 13, Tel. (0811) 8 50 20 88
3. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor, 65 Mainz-
Bretzenheim, Am Marienpfad 29, Tel. (06 131) 3 45 88

Mitglieder

1. *Abelein*, Dr. Manfred, o. Professor, 53 Bonn, Rheinweg 12,
Tel. (02 221) 2 56 92 (Universität Regensburg)
2. *Abendroth*, Dr. Wolfgang, Professor, 355 Marburg,
Wilhelm-Roser-Str. 53, Tel. (06 421) 50 77
3. *Achterberg*, Dr. Norbert, o. Professor, 4401 Roxel,
Breslauer Str. 15, Tel. (02 50 34) 74 22
(Universität Münster)
4. *Antoniolli*, Dr. Walter, o. Universitätsprofessor,
A 2344 Maria Enzerdorf, Ottensteinstr. 35
Tel. (02 236) 4 99 45 (Universität Wien)
5. *Armbruster*, Dr. Hubert, o. Professor, 65 Mainz,
An der Allee 69, Tel. (06 131) 3 19 50
6. *Baade*, Dr. Hans W., Professor, University of Texas,
6002 Mountain Climb Drive, Austin/Texas, USA. 78 731
Tel. (512) 452-5071 und 471-5151
7. *Bachof*, Dr. Dr.h.c. Otto, o. Professor, 74 Tübingen,
Auf dem Kreuz 3, Tel. (07 122) 6 11 44
8. *Badura*, Dr. Peter, o. Professor, 8 München 13,
Habsburgerstr. 2, Tel. (08 11) 34 24 57
9. *Barbey*, Dr. Günther, Privatdozent, 44 Münster,
Rottendorffweg 43, Tel. (02 51) 5 77 08
10. *Barfuß*, Dr. jur. Dr.rer.pol. Walter, Universitätsdozent,
A 1010 Wien, Tegetthoffstr. 3, Tel (02 22) 52 68 41

11. *Bartlsperger*, Dr. Richard, o. Professor,
6901 Leutershausen, Johann-Sebastian-Bach-Str. 3,
Tel. (062 01) 5 11 33 (Universität Mannheim)
12. *Bäumlin*, Dr. Richard, o. Professor, CH 3073 Gümligen
b. Bern, Schubertweg 12, Tel. (031) 52 01 07
13. *Bayer*, Dr. Hermann-Wilfried, Professor, 463 Bochum 7,
Nußbaumweg 25, Tel. (023 21) 71 57 24 (Universität
Bochum)
14. *Becker*, Dr.jur. Dr.phil. Erich, o. Professor, 672 Speyer,
Philipp-Melanchthon-Str. 10, Tel. (062 32) 34 39
15. *Berchtold*, Dr. Klaus, Universitätsdozent, A 1010 Wien,
Köllnerhofgasse 5/43, Tel. (0222) 5 20 90 52
16. *Bernhardt*, Dr. Rudolf, o. Professor, 69 Heidelberg,
Gustav-Kirchhoff-Str. 2a, Tel (062 21) 4 36 99
17. *Bettermann*, Dr. Karl August, o. Professor, 2 Hamburg 63,
Alte Landstr. 173, Tel. (0411) 5 36 20 64
18. *Bleckmann*, Dr. Albert, Privatdozent, 69 Heidelberg 1,
Baden-Badener Str. 3, Tel. (06 221) 3 31 96
19. *Blümel*, Dr. Willi, o. Professor, 4801 Großdornberg,
Wulfsbreede 12, Tel. (05 21) 72 01 91
(Universität Bielefeld)
20. *Blumenwitz*, Dr. Dieter, o. Professor, 8011 Zorneding,
Albrechtstr. 26, Tel. (0 81 06) 26 82
21. *Böckenförde*, Dr. jur. Dr. phil. Ernst-Wolfgang,
o. Professor, 48 Bielefeld, Graf-von-Stauffenberg-Str. 7,
Tel. (05 21) 7 25 04
22. *Böckstiegel*, Dr. Karl-Heinz, o. Professor, 404 Neuss,
Thywissenstr. 27, Tel. (02 101) 40 02 79
23. *Bogs*, Dr. Harald, Wiss. Oberrat, Privatdozent,
208 Pinneberg, Quellenweg 10
Tel. (040) 4 41 97/30 40 (dienstl.), (Universität Hamburg)
24. *Böhmert*, Dr. Viktor, o. Professor, 23 Kiel,
Graf-Spee-Str. 9, Tel. (04 31) 4 77 77
25. *Brohm*, Dr. Winfried, o. Professor, 48 Bielefeld,
Melanchthonstr. 45, Tel. (05 21) 7 96 83

26. *Brunner*, Dr. Georg, o. Professor, 8702 Lengfeld über Würzburg, Sonnleite 3, Tel. (09 31) 2 36 36
27. *Bülck*, Dr. Hartwig, o. Professor, 69 Heidelberg, Bergstr. 139a (Hochschule Speyer)
28. *Bull*, Dr. Hans Peter, Privatdozent, 2 Hamburg 52, Dörpfeldstr. 55, Tel. (040) 80 43 00
29. *Bullinger*, Dr. Martin, o. Professor, 78 Freiburg/Br., Sundgaullee 46, Tel. (07 61) 8 22 29
30. *Frhr. v. Campenhausen*, Dr. Axel, o. Professor, 8 München 19, Volpinistr. 54, Tel. (08 11) 15 53 31
31. *Carstens*, Dr. Karl, o. Professor, 53 Bonn-Duisdorf, Edith-Stein-Anlage 3, Tel. (02 221) 62 36 57
32. *Dagtolou*, Dr. Prodromos, o. Professor, 8411 Hillohe 20, Post Deuerling, Tel. (09 404) 88 19 (Universität Regensburg)
33. *Delbrück*, Dr. Jost, o. Professor, 34 Göttingen, Leuschnerweg 7, Tel. (05 51) 2 14 45
34. *Denninger*, Dr. Erhard, Professor, 6374 Steinbach/Taunus, Rossertstr. 10, Tel. (06 171) 7 17 78 (Universität Frankfurt/M.)
35. *Doehring*, Dr. Karl, o. Professor, 69 Heidelberg, Bergstr. 58, Tel. (06 221) 4 58 80
36. *Drath*, Dr. Martin, Professor, 75 Karlsruhe, Dragonerstr. 9, Tel. (07 21) 5 77 12 (Universität Darmstadt)
37. *Dreier*, Dr. Ralf, Wiss. Rat und Professor, 44 Münster/Westf., Wilhelmstr. 67, Tel. (02 51) 20 16 06
38. *Dürig*, Dr. Günter, o. Professor, 74 Tübingen 9, Staufenstr. 9, Tel. (07 122) 8 29 66
39. *Ehmke*, Dr. Horst, o. Professor, 534 Rhöndorf/Rhein, Konrad-Adenauer-Str. 19, Tel. (02 224) 61 08
40. *Eichenberger*, Dr. Kurt, o. Professor, CH 4144 Arlesheim bei Basel, Bärenbrunnenweg 4, Tel. (061) 72 33 86
41. *Erbel*, Dr. Günter, Privatdozent, 53 Bonn-Bad Godesberg, Jahnstr. 3, Tel. (02 221) 6 35 13

42. *Erichsen*, Dr. Hans-Uwe, o. Professor, 463 Bochum,
Cranachstr. 24, Tel. (02 321) 4 22 35
43. *Erler*, Dr. Georg, o. Professor, 34 Göttingen,
Schlegelweg 11, Tel. (05 51) 5 93 43
44. *Ermacora*, Dr. Felix, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Karl-Lueger-Ring, Universität,
Tel. (02 222) 42 76 11
45. *Evers*, Dr. Hans-Ulrich, o. Universitätsprofessor,
A 5020 Salzburg, Wolfsgartenweg 30,
Tel. (00 43/62 22) 20 78 67
46. *Fleiner*, Dr. Thomas, o. Professor, CH 1723 Marly FR,
Le Riedelet 9, Tel. (037) 46 12 61
(Universität Freiburg/Schweiz)
47. *Folz*, Dr. Hans-Ernst, Professor (Wiss. Rat),
66 Saarbrücken, Waldhausweg 8, Tel. (06 81) 3 69 25
48. *Forsthoff*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
69 Heidelberg-Schlierbach, Wolfsbrunnensteige 13,
Tel. (06 221) 2 67 83
49. *Friauf*, Dr. Karl Heinrich, o. Professor,
506 Bensberg-Frankenforst, Eichenhainallee 17,
Tel. (02 204) 6 19 84 (Universität Köln)
50. *Friesenhahn*, Dr. Dr. h. c. Ernst, o. Professor,
53 Bonn, Wegeler Str. 2, Tel. (02 221) 65 75 38
51. *Fröhler*, Dr. Ludwig, o. Hochschulprofessor,
A 4010 Linz-Urfahr, Altenberger Str. 39
52. *Fromont*, Dr. Michel, Professeur de droit public,
F 21 Dijon, 35 Bd. François Pompon, Tel. (80) 32 68 35
53. *Frowein*, Dr. Jochen A., o. Professor,
4801 Hoberge-Uerentrup ü. Bielefeld, Wasserfuhr 1,
Tel. (05 21) 72 03 11
54. *Fuß*, Dr. Ernst-Werner, o. Professor, 8702 Zell am Main,
Küsterbergstr. 8, Tel. (09 31) 59 71 16
(Universität Würzburg)
55. *Gallwas*, Dr. Hans-Ulrich, Wiss. Rat und Professor,
8 München 23, Hans-Leipelt-Str. 16, Tel. (08 11) 32 83 66
56. *Geck*, Dr. M.A. Wilhelm Karl, o. Professor,
6671 Oberwürzbach-Reichenbrunn, Tel. (06 894) 73 26
(Universität des Saarlandes)

57. *Gerber*, D. Dr. Hans, o. Professor, 78 Freiburg/Br.,
In der Röte 5, Tel. (07 61) 5 33 06
58. *Glum*, Dr. Friedrich, o. Professor, 8 München 19,
Südliche Auffahrtsallee 24, Tel. (08 11) 6 34 56
59. *Görg*, Dr. Hubert, Professor,
5062 Hoffnungsthal-Ellersberg, Tel. (02 205) 25 40
60. *Götz*, Dr. Volkmar, o. Professor, 34 Göttingen,
Nikolausberger Weg 56, Tel. (05 51) 4 31 19
61. *Grawert*, Dr. Rolf, Privatdozent, 4805 Brake bei Bielefeld,
Am Friedhof 273, Tel. (05 21) 3 65 59
62. *Grewe*, Dr. Wilhelm G., o. Professor, Deutsche Botschaft,
CPO Box 955, Tokyo/Japan
63. *Gröll*, Florian Dr., a.o. Universitätsprofessor,
A 9020 Klagenfurt, Babenberger Str. 10
64. *Gygi*, Dr. Fritz, o. Professor, CH 3006 Bern,
Beatusstr. 28, Tel. (031) 44 86 38
65. *Häberle*, Dr. Peter, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Universitätsstr. 6 (Savignyhaus), Tel. (06 421) 31 25
oder 31 28
66. *Häfelin*, Dr. Ulrich, o. Professor, CH 8049 Zürich,
Müseliweg 1, Tel. (051) 56 84 60
67. *Hahn*, Dr. Hugo J., o. Hochschulprofessor,
A 4020 Linz/Donau, Bachlbergweg 77, Tel. (07 222) 3 22 37
68. *Haller*, Dr. Walter, Privatdozent,
CH 8122 Pfaffhausen-Zürich, Gättenhusenstr. 8,
Tel. (01) 85 36 71
69. *Hamel*, Dr. Walter, Professor, 355 Marburg/Lahn,
Calvinstr. 21, Tel. (06 421) 28 62
70. *Heckel*, Dr. Martin, o. Professor, 74 Tübingen,
Lieschingstr. 3, Tel. (07 122) 6 14 27
71. *Helbling*, Dr. Ernst C., o. Universitätsprofessor,
A 1130 Wien 13, Volksgasse 12
72. *Henke*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 8501 Rückersdorf,
Strengenbergr. 47, Tel. (09 123) 27 85
(Universität Erlangen)

73. *Herzog*, Dr. Roman, o. Professor, 6904 Ziegelhausen ü. Heidelberg, Heinrich-Stoess-Str. 29 a, Tel. (06 221) 5 06 00 (Hochschule Speyer)
74. *Hesse*, Dr. Konrad, o. Professor, 7802 Merzhausen ü. Freiburg/Br., Schloßweg 29, Tel. (07 61) 40 38 11
75. *Hettlage*, Dr. Karl Maria, o. Professor, 532 Bad Godesberg, Friedrich-Ebert-Str. 83, Tel. (02 229) 6 43 61
76. *Frhr. v. d. Heydte*, Dr. Friedrich August, o. Professor, 8702 Gerbrunn über Würzburg, Gieshügeler Str. 45, Tel. (09 31) 70 69 14
77. *Heyer*, Dr. Friedrich, o. Professor, 53 Bonn, Humboldtstr. 53, Tel. (02 221) 3 73 64
78. *v. Hippel*, Dr. Ernst, o. Professor, 6531 Perscheid ü. Bingen, Tel. (06 744) 5 20 (Universität Köln)
79. *Hoegner*, Dr. Wilhelm, Honorarprofessor, 8 München 9, Am Blumengarten 17, Tel. (08 11) 43 42 41
80. *Hofmann*, Dr. Hasso, Universitätsdozent, 852 Erlangen, Gleiwitzer Str. 46, Tel. (09 131) 3 18 96
81. *Hoffmann*, Dr. Gerhard, Professor, 355 Marburg/Lahn, Friedrichstr. 31, Tel. (06 421) 6 32 74
82. *Hollerbach*, Dr. Alexander, o. Professor, 7801 Hugstetten ü. Freiburg/Br., Parkstr. 8, Tel. (07 665) 22 51
83. *Hoppe*, Dr. Werner, o. Professor, 44 Münster/Westf., Von-Ossietzky-Str. 41, Tel. (02 51) 79 55 00
84. *Huber*, Dr. Ernst Rudolf, o. Professor, 78 Freiburg-Zähringen, In der Röte 2, Tel. (07 61) 5 37 13
85. *Huber*, Dr. Dr. h. c. Hans, o. Professor, CH 3074 Muri b. Bern, Mannenriedstr. 5, Tel (Bern 031) 52 09 25
86. *Ipsen*, Dr. Hans-Peter, o. Professor, 3141 Raven über Lüneburg, Haus Opferberg, Tel. (041 72) 6 70 (Universität Hamburg)
87. *Isensee*, Dr. Josef, o. Professor, 66 Saarbrücken 3, Akazienweg 12, Tel. (06 81) 81 38 97
88. *Jaenicke*, Dr. Günther, Professor, 6906 Leimen b. Heidelberg, Waldstr. 13, Tel. (06 224) 35 71 (Universität Frankfurt/M.)

89. *Jahrreiss*, Dr. jur. Dr. h. c. Dr. h. c. Dr. h. c. LL. D. h. c.
Hermann, o. Professor, 5 Köln/Rhein 41, Nasse-Str. 30,
Tel. (0221) 41 35 53
90. *Kafka*, Dr. Gustav E., o. Universitätsprofessor,
A 8010 Graz, Albertstr. 8, Tel. 3 45 90
91. *Kaiser*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Joseph H., o. Professor,
7813 Staufen, Rothofweg, Tel. (07 633) 57 28
(Universität Freiburg/Br.)
92. *Kewenig*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 23 Kiel,
Schillerstr. 16, Tel. (04 31) 5 58 29
93. *Khol*, Dr. Andreas, Universitätsdozent, Europarat
F 67006 Strasbourg CEDEX, Tel. (88) 35 70 35
94. *Kimminich*, Dr. Otto, o. Professor, 84 Regensburg,
Killermannstr. 6, Tel. (09 41) 2 41 75
95. *Kipp*, Dr. Heinrich, o. Universitätsprofessor,
A 6080 Kurort Igls, Lanserstr. 61, Tel. (05 222) 72 09
(Universität Innsbruck)
96. *Kisker*, Dr. Gunter, Professor, 6301 Leihgestern ü. Gießen,
Albert-Schweitzer-Str. 3, Tel. (06 403) 31 30
97. *Klecatsky*, Dr. Hans R., o. Universitätsprofessor,
A 6020 Innsbruck, Reithmannstr. 20, Tel. (05 222) 52 21 44
98. *Klein*, Dr. Friedrich, o. Professor, 44 Münster/Westf.,
Prinz-Eugen-Str. 12, Tel. (02 51) 7 42 62
99. *Klein*, Dr. Hans-H., o. Professor, 34 Göttingen 23,
Kalklage 22, Tel. (05 51) 2 10 32
100. *Knemeyer*, Dr. Franz-Ludwig, o. Professor,
87 Würzburg 7, Unterdürrbacher Landstr. 83,
Tel. (09 31) 5 91 18
101. *Knies*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 66 Saarbrücken 1,
Sonnenweg 4, Tel. (06 81) 5 41 80
102. *Knöpfle*, Dr. Franz, o. Professor, 89 Augsburg 22,
Birkenstr. 39
103. *Koja*, D. Dr. Friedrich, o. Universitätsprofessor,
A 5020 Salzburg, Lederwaschgasse 22, Tel. (06 222) 22 27 12
104. *König*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Klaus, o. Professor,
672 Speyer, Wimphelingstr. 5, Tel. (06 232) 59 01

105. *Kopp*, Dr. Ferdinand O., Privatdozent, 8033 Planegg b. München, Liesl-Karlstadt-Str. 24, Tel. (08 11) 89 86 62
106. *Korinek*, Dr. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien, Auhofstr. 225—227, Tel. (02 22) 8 20 91 53 (Universität Graz)
107. *Kriele*, Dr. Martin, o. Professor, 509 Leverkusen-Wald, Rich.-Wagner-Str. 10, Tel. (02 172) 5 15 64 (Universität Köln)
108. *Kröger*, Dr. Klaus, Professor, 63 Gießen-Wieseck, Reichelsberg 6, Tel. (06 41) 5 22 40
109. *Krüger*, Dr. Herbert, o. Professor, 2 Hamburg 50, Philosophenweg 14
110. *Küchenhoff*, Dr. Erich, Wiss. Rat und Professor, 44 Münster, Kanalstr. 403, Tel. (02 51) 2 13 06
111. *Küchenhoff*, Dr. Günther, o. Professor, 87 Würzburg, Seinsheimer Str. 13, Tel. (09 31) 7 83 34
112. *Lange*, Dr. Klaus, Privatdozent, 34 Göttingen, Weserstr. 36, Tel. (05 51) 7 28 56
113. *Laun*, Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Rudolf, o. Professor, 207 Ahrensburg b. Hamburg, Voßberg 2, Tel. (04 102) 5 02 81
114. *Leibholz*, Dr. jur. Dr. phil. Gerhard, o. Professor, 34 Göttingen, Herzberger Landstr. 57, Tel. (05 51) 5 70 40
115. *Leisner*, Dr. Walter, o. Professor, 852 Erlangen, Kochstr. 2, Tel. (09 131) 8 70 71 — 356
116. *Lerche*, Dr. Peter, o. Professor, 8035 Gauting b. München, Junkersstr. 13, Tel. (08 11) 8 50 20 88
117. *Liermann*, D. Dr. Hans, o. Professor, 852 Erlangen, Am Meilwald 18, Tel. (09 131) 2 27 60
118. *Link*, Dr. Heinz-Christoph, o. Universitätsprofessor, A 1170 Wien, Dornbacher Str. 25, Tel. (00 43 222) 46 89 42
119. *Lorenz*, Dr. Dieter, Universitätsdozent, 8 München 45, Eberwurzstr. 87, Tel. (08 11) 3 13 68 07
120. *Mallmann*, Dr. Walter, Professor, 63 Gießen, Arndtstr. 14, Tel. (06 41) 7 74 88
121. *Martens*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 463 Bochum-Querenburg, Hustadtring 81 Nr. 309, Tel. (02 321) 70 10 97

122. *Marti*, Dr. Hans, ao. Professor, CH 3000 Bern,
Schwanengasse 9, Tel. (031) 22 16 83
123. *Maunz*, Dr. Theodor, o. Professor, 8032 Gräfelfing b.
München, Hartnagelstr. 3, Tel. (08 11) 85 16 30
124. *Maurer*, Dr. Hartmut, Professor, 3551 Wehrda,
Freiherr-vom-Stein-Str. 20, Tel. (06 421) 6 60 21
(Universität Marburg)
125. *Mayer*, Dr. Franz, o. Professor, 84 Regensburg,
Maximilian-Aschenauerstr. 22, Tel. (09 41) 5 42 17
126. *Mayer-Tasch*, Dr. Peter Cornelius, Wiss. Rat und
Professor, 8919 Utting am Ammersee, Zur Ludwigshöhe 7,
Tel. (08 806) 5 27 (Universität München)
127. *Meder*, Dr. Walter, o. Professor, 1 Berlin 33,
Buchseweiler Str. 20, Tel. (030) 8 31 12 89
128. *Meessen*, Dr. Karl Matthias, Privatdozent, 53 Bonn,
Am Wichelshof 16, Tel. (02 221) 65 07 11
129. *Meissner*, Dr. Boris, o. Professor, 5 Köln,
Kleine Budengasse 1, Tel. (02 21) 23 97 54
130. *Melichar*, Dr. Dr. h. c. Erwin, o. Universitätsprofessor,
A 1010 Wien I, Schulerstr. 20, Tel. (02 222) 52 88 83
131. *Menger*, Dr. Christian-Friedrich, o. Professor,
44 Münster/Westf., Vredenweg 14, Tel. (02 51) 4 24 36
132. *Menzel*, Dr. Eberhard, o. Professor, 23 Kiel-Schulensee,
Am See 8, Tel. (04 31) 6 52 51
133. *Merten*, Dr. Dr. Detlef, o. Professor, 672 Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Str. 2, Tel. (06 232) 7 20 71
134. *Meyer*, Dr. Hans, Privatdozent, 53 Bonn,
Alfred-Buchererstr. 20, Tel. (02 221) 62 20 02
135. *Mosler*, Dr. jur. Dr. jur. h. c. Hermann, o. Professor,
69 Heidelberg, Mühlthalstr. 117, Tel. (06 221) 4 00 82
136. *Müller*, Dr. Friedrich, o. Professor, 69 Heidelberg,
Gaisbergstr. 51, Tel. (06 221) 2 53 91
137. *Müller*, Dr. Jörg P., o. Professor, CH 3032 Hinterkappelen,
Kappelenring 42 a, Tel. (031) 55 42 69 (Universität Bern)
138. *Münch*, Dr. Fritz, apl. Professor, 69 Heidelberg,
Zur Forstquelle 2, Tel. (06 221) 3 35 99

139. *v. Münch*, Dr. Ingo, o. Professor, 432 Hattingen-Blankenstein, Wilhelmstr. 44, Tel. (02 324) 65 05 (Universität Bochum)
140. *Mußnug*, Dr. Reinhard, o. Professor, 1 Berlin 33, Bitterstr. 17, Tel. (030) 8 32 71 87
141. *Naumann*, Dr. Richard, o. Professor a. D., Honorarprofessor, 314 Lüneburg, Wittenkamp 1, Tel. (04 131) 4 47 15 (Universität Hamburg)
142. *Novak*, Dr. Richard, o. Universitätsprofessor, A 8020 Graz, Thadd.-Stammelstr. 8/4
143. *Obermayer*, Dr. Klaus, o. Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 25, Tel. (09 131) 8 76 06
144. *Oberndorfer*, Dr. Peter, o. Hochschulprofessor, A 4020 Linz, Wolf-Huber-Str. 2, Tel. (04 37 222) 34 96 94
145. *Oppermann*, Dr. Thomas, o. Professor, 74 Tübingen, Melanchthonstr. 24, Tel. (07 122) 2 66 55
146. *Ossenbühl*, Dr. Fritz, o. Professor, 5309 Meckenheim, Bergstr. 15, Tel. (02 225) 26 28 (Universität Bonn)
147. *Partsch*, Dr. Karl Josef, o. Professor, 53 Bonn, Lennéstr. 53 (Gartenhaus), Tel. (02 221) 65 54 53
148. *Pernthaler*, Dr. Peter, o. Universitätsprofessor, A 6020 Innsbruck, Philippine-Welser-Str. 27, Tel. (05 222) 93 22 83
149. *Pirson*, Dr. jur. Dr. theol. Dietrich, o. Professor, 5038 Rodenkirchen (Bez. Köln), Moritz-von-Schwind-Str. 1, Tel. (02 21) 30 24 98
150. *Podlech*, Dr. phil. Dr. jur. Adalbert, Universitätsdozent, 6902 Sandhausen, Am Forst 28, Tel (06 224) 34 82 (Universität Heidelberg)
151. *Püttner*, Dr. Günter, Professor, 6 Frankfurt 50 (Niederursel), Krautgartenweg 30, Tel. (06 11) 58 26 55
152. *Quaritsch*, Dr. Helmut, o. Professor, 6749 Niederschlettenbach über Bad Bergzabern, Bergstr. 23, Tel. (06 221) 2 24 (Hochschule Speyer)
153. *Randelzhofer*, Dr. Albrecht, Universitätsdozent, 8 München 90, Wirtstr. 10, Tel. (08 11) 69 25 53

154. *Rauschning*, Dr. Dietrich, o. Professor, 3401 Rodetal über Göttingen, Tel. (05 594) 3 31
155. *Ridder*, Dr. Helmut, Professor, 6301 Biebertal I — Ortsteil Vetzberg, Krofdorfer Str. 43, Tel. (06 409) 5 23 (Universität Gießen)
156. *Rill*, Dr. Heinz Peter, Universitätsdozent, A 1200 Wien, Leystr. 20 c/4, Tel. (02 22) 3 38 52 65
157. *Ringhofer*, Dr. Kurt, o. Universitätsprofessor, A 5020 Salzburg, Anton-Behacker-Str. 9
158. *Roellecke*, Dr. Gerd, o. Professor, 7501 Wolfartsweier über Karlsruhe, Veilchenstr. 8, Tel. (07 21) 4 51 81 (Universität Mannheim)
159. *Rudolf*, Dr. Walter, o. Professor, 65 Mainz-Lerchenberg, Rubensallee 55, Tel. (06 131) 74 21
160. *Rüfner*, Dr. Wolfgang, o. Professor, 23 Altenholz über Kiel, Dreiangel 21, Tel. (04 31) 32 12 22
161. *Rühland*, Dr. Curt, o. Professor, 33 Braunschweig, Dürerstr. 26, Tel. (05 31) 33 21 16
162. *Rumpf*, Dr. Helmut, Honorarprofessor, 53 Bonn-Bad Godesberg, Bismarckstr. 27, Tel. (02 221) 6 81 48
163. *Rupp*, Dr. Hans Heinrich, o. Professor, 65 Mainz-Bretzenheim, Am Marienpfad 29, Tel. (06 131) 3 45 88
164. *Saladin*, Dr. Peter, o. Professor, CH 3084 Wabern b. Bern, Looserstr. 6, Tel. (031) 54 36 01 (Universität Basel)
165. *Salzwedel*, Dr. Jürgen, o. Professor, 53 Bonn — Holzlar, Siebengebirgsstr. 11, Tel. (02 221) 48 17 10
166. *Sattler*, Dr. Andreas, Wiss. Rat u. Professor, 34 Göttingen, Ludwig-Beck-Str. 11, Tel. (05 51) 2 23 40
167. *Schack*, Dr. Friedrich, o. Professor, 8 München 19, Hubertusstr. 7, Tel. (08 11) 13 17 69
168. *Schäffer*, Dr. Heinz, Universitätsdozent, A 1140 Wien, Linzer Str. 352/3/6, Tel. (02 22) 9 41 88 34
169. *Scheuner*, Dr. Ulrich, o. Professor, 53 Bonn — Bad Godesberg, Beethovenstr. 77, Tel. (02 221) 603/61 72 (dienstlich)

170. *Schick*, Dr. Walter, o. Professor, 85 Nürnberg,
Karolinenstr. 51/III, Tel. (09 11) 20 31 91 — 93
171. *Schindler*, Dr. Dietrich, o. Professor, CH 8702 Zollikon ZH,
Alte Landstr. 44, Tel. (01) 65 41 40 (Universität Zürich)
172. *Schlaich*, Dr. Klaus, o. Professor, 5205 St. Augustin 2
(Niederberg), Rheinstr. 39, Tel. (02 241) 2 75 09
(Universität Bonn)
173. *Schlochauer*, Dr. Hans-Jürgen, Professor, Institut für ausl.
u. internat. Wirtschaftsrecht, 6 Frankfurt/Main,
Senckenberganlage 31, Tel. (06 11) 7 98 31 92
174. *Schmid*, Dr. Carlo, Professor, 53 Bonn, **Adenauer-Allee 120**
(Universität Frankfurt)
175. *Schmidt*, Dr. Reiner, o. Professor, 8901 Gessertshausen,
Bachwiesenstr. 4, Tel. (08 238) 71 31
(Universität Augsburg)
176. *Schmidt*, Dr. Walter, Professor, 6 Frankfurt/Main,
Senckenberganlage 31, Tel. (06 11) 7 98 21 89
177. *Schmidt-Aßmann*, Dr. Eberhard o. Professor,
4630 Bochum, Königsalle 63, Tel. (02 321) 3 44 21
178. *Schmitt Glaeser*, Dr. Walter, Professor, 355 Marbach,
bei Marburg/Lahn, Höhenweg 54, Tel. (06 421) 2 43 57
179. *Schneider*, Dr. Hans, o. Professor, 69 Heidelberg,
Ludolf-Krehl-Str. 44, Tel. (06 221) 4 03 81
180. *Schneider*, Dr. Hans-Peter, Privatdozent,
7809 Denzlingen b. Freiburg/Br., Schwarzwaldstr. 24,
Tel. (07 666) 26 05
181. *Schneider*, Dr. Peter, o. Professor, 65 Mainz,
Goldenluftgasse 2 3/10, Tel. (06 131) 2 32 73
182. *Schnorr*, Dr. Gerhard, o. Universitätsprofessor,
A 6020 Innsbruck, Franz-Fischer-Str. 40, Tel. (05 222)
23 63 94
183. *Schnur*, Dr. Roman, o. Professor, 672 Speyer,
Richard-Wagner-Str. 1, Tel. (06 232) 65 80
(Universität Tübingen)
184. *Scholler*, Dr. Heinrich, apl. Professor, 8 München 71,
Zwenggauer Weg 5, Tel. (0811) 79 64 24

185. *Scholz*, Dr. Rupert, o. Professor, 1 Berlin 33,
Thielallee 52, Tel. (030) 8 38 30 14
186. *Schwerdtfeger*, Dr. Gunther, Privatdozent, 2 Hamburg 67,
Gussau, Tel. (040) 6 03 87 91
187. *Scupin*, Dr. Hans Ulrich, o. Professor, 44 Münster/Westf.,
Robert-Koch-Str. 46, Tel. (02 51) 49 07 09
188. *Seidl-Hohenveldern*, Dr. Ignaz, o. Professor,
5072 Schildgen b. Köln, Klutstein 31, Tel. (02 202) 89 10
189. *Selmer*, Dr. Peter, o. Professor, 22 Elmshorn,
Nibelungenring 21, (Universität Hamburg)
190. *Siedentopf*, Dr. Heinrich, Professor, 6721 Gommersheim,
Gartenstr. 200, Tel. (06 327) 8 92 (Hochschule Speyer)
191. *v. Simson*, Dr. Werner, o. Professor, 78 Freiburg/Br.,
Luisenstr. 3, Tel. (07 61) 3 58 63
192. *Smend*, D., Dr. jur., Dr. jur. h. c., Dr. rer. pol. h. c., Dr.
rer. pol. h. c. Rudolf, o. Professor, 34 Göttingen,
Am Goldgraben 13, Tel. (05 51) 5 65 07
193. *Soell*, Dr. Hermann, o. Professor, 8411 Etterzhausen/
Nittendorf, Domspatzenstr. 34, Tel. (09 404) 2 09
(Universität Regensburg)
194. *Söhn*, Dr. Hartmut, Privatdozent, 8 München 23,
Rheinstr. 39/VI, Tel. (08 11) 33 55 48
195. *Spanner*, Dr. Hans, o. Professor, 8 München 90,
Candidstr. 24/VII, Tel. (08 11) 65 21 41
196. *Staff*, Dr. Ilse, Professorin, 6233 Kelkheim,
Am Forum 4, Tel. (06 195) 33 08 (Universität Frankfurt)
197. *Starek*, Dr. Christian, o. Professor, 34 Göttingen-Geismar,
Unter den Linden 20, Tel. (05 51) 7 13 44
198. *Steiger*, Dr. Heinhard, Wiss. Rat u. Professor,
44 Münster/Westf., Mierendorffstr. 37, Tel. (02 51) 7 32 46
199. *Stein*, Dr. Ekkehart, o. Professor, 7750 Konstanz,
Jakob-Burckhardt-Str. 49, Tel. (07 531) 6 32 57
200. *Steinberger*, Dr. Helmut, o. Professor, 68 Mannheim,
Schloß West 140, Tel. (06 221) 4 21 47 oder 3 69 54
201. *Steiner*, Dr. Udo, Wiss. Rat u. Professor, 852 Erlangen,
Ebrardstr. 13, Tel. (09 131) 2 65 79 (Universität Bielefeld)

202. *Stern*, Dr. Klaus, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal, Gyrhofstr. 8 c, Tel. (02 21) 4 70 22 89
203. *Stödter*, Dr. Rolf, Professor, 2057 Wentorf b. Hamburg, Golfstr. 7, Tel. (04 11) 7 20 26 46
204. *Thieme*, Dr. Werner, o. Professor, 2 Hamburg 63, Am Karpfenteich 58, Tel. (04 11) 59 49 92
205. *Tomuschat*, Dr. Christian, o. Professor, 5205 St. Augustin-Hangelar, Graf-Zeppelin-Str. 36, Tel. (02 241) 2 30 41 (Universität Bonn)
206. *Tsatsos*, Dr. Dimitris, Wiss. Rat u. Professor, 53 Bonn, Mittelpfad 150, Tel. (02 221) 5 06 50
207. *Über*, Dr. Giesbert, o. Professor, 4403 Hilstrup Kr. Münster/Westf., Roseneck 5, Tel. (02 501) 31 59 (Universität Münster)
208. *Ule*, Dr. Carl Hermann, o. Professor, 69 Heidelberg, Oberer Gaisbergweg 9, Tel. (06 221) 2 78 32 (Hochschule Speyer)
209. *v. Unruh*, Dr. Georg Christoph, o. Professor, 2305 Kiel-Kitzeberg, Steenkamp 2, Tel. (04 31) 23 14 59
210. *Vogel*, Dr. Klaus, o. Professor, 69 Heidelberg, Zeppelinstr. 39, Tel. (06 221) 4 53 70
211. *Voigt*, Dr. Alfred, o. Professor, 852 Erlangen, Burgbergstr. 58, Tel. (09 131) 8 82 99
212. *Wacke*, Dr. Gerhard, o. Professor, 2 Hamburg 52, Ordinger Weg 14, Tel. (04 11) 82 64 37
213. *Wagener*, Dr. Frido, o. Professor, 4 Düsseldorf 11, Kaiser-Wilhelm-Ring 41, Tel. (02 11) 57 12 47 (Hochschule Speyer)
214. *Wagner*, Dr. Heinz, o. Professor, 1 Berlin 33, Trabener Str. 33, Tel. (030) 8 86 48 00
215. *Walter*, D. Dr. Robert, o. Hochschulprofessor, A 1190 Wien 19, Iglaseegasse 72 / 1—2, Tel. (02 22) 32 14 13
216. *Weber*, Dr. Werner, o. Professor, 34 Göttingen, Wackenroder Weg 1, Tel. (05 51) 5 94 03
217. *Wehrhahn*, Dr. Herbert, o. Professor, 66 Saarbrücken 15, St.-Johannes-Stadtwald, Tel. (06 81) 3 02 31 88

- 218. *Weides*, Dr. Peter, o. Professor, 5 Köln-Lindenthal 41, Albertus-Magnus-Platz 1, Tel. (02 21) 47 01
- 219. *Wenger*, Dr. jur. Dr. phil. Karl, o. Universitätsprofessor, A 1130 Wien, Meytensgasse 18, Tel. (00 43 222) 8 22 72 44
- 220. *Wengler*, Dr. jur. Dr. rer. pol. Wilhelm, o. Professor, 1 Berlin 37, Werderstr. 15, Tel. (030) 84 65 35
- 221. *Wertenbruch*, Dr. Wilhelm, o. Professor, 5353 Katzvey (Post Mechernich), An der Rodung 44, Tel. (02 256) 318 (Universität Bochum)
- 222. *Wildhaber*, Dr. Luzius, o. Professor, CH 1700 Fribourg, Route de la Heitera 22, Tel. (037) 22 53 31
- 223. *Wilke*, Dr. Dieter, Wiss. Rat u. Professor, 4402 Greven, Sachsenstr. 18, Tel. (02 571) 34 33 (Universität Bochum)
- 224. *Wimmer*, Dr. Norbert, Universitätsdozent, A 1060 Wien, Esterhazygasse 9a/23, Tel. (02 22) 5 66 54 02
- 225. *Winkler*, Dr. Günther, o. Universitätsprofessor, A 1010 Wien I, Hafnersteig 5/I/7
- 226. *Wolff*, Dr. Hans J., o. Professor, 44 Münster/Westf., Görresstr. 26, Tel. (02 51) 2 31 96
- 227. *Zacher*, Dr. Hans F., o. Professor, 8134 Pöcking (bei Starnberg), Starnberger Weg 7
- 228. *Zieger*, Dr. Gottfried, Professor, 34 Göttingen, Leuschnerweg 10, Tel. (05 51) 2 22 55
- 229. *Zippelius*, Dr. Reinhold, o. Professor, 852 Erlangen, Niendorfstr. 5, Tel. (09 131) 5 80 53
- 230. *Zuleeg*, Dr. Manfred, Wiss. Rat u. Professor, 5 Köln 51, Novalisstr. 9, Tel. (02 21) 38 83 43 (Universität Bonn)

Satzung

(Nach den Beschlüssen vom 21. Oktober 1949, 19. Oktober 1951,
14. Oktober 1954, 10. Oktober 1956, 13. Oktober 1960
5. Oktober 1962 und 1. Oktober 1971)

§ 1

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer stellt sich die Aufgabe:

1. wissenschaftliche und Gesetzgebungsfragen aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts durch Aussprache in Versammlungen der Mitglieder zu klären;
2. auf die ausreichende Berücksichtigung des öffentlichen Rechts im Hochschulunterricht und bei staatlichen und akademischen Prüfungen hinzuwirken;
3. in wichtigen Fällen zu Fragen des öffentlichen Rechts durch Eingaben an Regierungen oder Volksvertretungen oder durch öffentliche Kundgebungen Stellung zu nehmen.

§ 2

Mitglied der Vereinigung kann werden, wer auf dem Gebiet des Staatsrechts und mindestens eines weiteren öffentlich-rechtlichen Fachs

- a) seine Befähigung zu Forschung und Lehre durch hervorragende wissenschaftliche Leistung nachgewiesen hat, und
- b) an einer deutschen oder deutschsprachigen Universität oder an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer als Forscher und Lehrer tätig ist*).

Das Aufnahmeverfahren wird durch schriftlichen Vorschlag von drei Mitgliedern der Vereinigung eingeleitet. Ist der Vorstand einstimmig der Auffassung, daß die Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft erfüllt sind, so verständigt er in einem Rundschreiben die Mitglieder von seiner Absicht, dem Vorgeslagenen die Mitgliedschaft anzutragen. Erheben

*) Mit der oben abgedruckten, am 1. 10. 1971 in Regensburg beschlossenen Fassung des § 2 hat die Mitgliederversammlung den folgenden erläuternden Zusatz angenommen:

„Eine hervorragende wissenschaftliche Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist eine den bisher üblichen Anforderungen an die Habilitation entsprechende Leistung.“

Satzung

mindestens fünf Mitglieder binnen Monatsfrist gegen die Absicht des Vorstandes Einspruch oder beantragen sie mündliche Erörterung, so beschließt die Mitgliederversammlung über die Aufnahme. Die Mitgliederversammlung beschließt ferner, wenn sich im Vorstand Zweifel erheben, ob die Voraussetzungen der Mitgliedschaft erfüllt sind. Von jeder Neuaufnahme außerhalb einer Mitgliederversammlung sind die Mitglieder zu unterrichten.

§ 3

Eine Mitgliederversammlung soll regelmäßig einmal in jedem Jahre an einem vom Vorstand zu bestimmenden Orte stattfinden. In dringenden Fällen können außerordentliche Versammlungen einberufen werden. Die Tagesordnung wird durch den Vorstand bestimmt.

Auf jeder ordentlichen Mitgliederversammlung muß mindestens ein wissenschaftlicher Vortrag mit anschließender Aussprache gehalten werden.

§ 4

Der Vorstand der Vereinigung besteht aus einem Vorsitzenden und zwei Stellvertretern. Die Vorstandsmitglieder teilen die Geschäfte untereinander nach eigenem Ermessen. Der Vorstand wird am Schluß jeder ordentlichen Mitgliederversammlung neu gewählt.

Zur Vorbereitung der Mitgliederversammlung kann sich der Vorstand durch Zuwahl anderer Mitglieder verstärken. Auch ist Selbstergänzung zulässig, wenn ein Mitglied des Vorstandes in der Zeit zwischen zwei Mitgliederversammlungen ausscheidet.

§ 5

Zur Vorbereitung ihrer Beratungen kann die Mitgliederversammlung, in eiligen Fällen auch der Vorstand, besondere Ausschüsse bestellen.

§ 6

Über Eingaben in den Fällen des § 1 Ziffer 2 und 3 und über öffentliche Kundgebungen kann nach Vorbereitung durch den Vorstand oder einen Ausschuß im Wege schriftlicher Abstimmung der Mitglieder beschlossen werden. Ein solcher Beschluß bedarf der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitgliederzahl; die Namen der Zustimmenden müssen unter das Schriftstück gesetzt werden.

§ 7

Der Mitgliederbeitrag wird von der Mitgliederversammlung festgesetzt. Der Vorstand kann den Beitrag aus Billigkeitsgründen erlassen.