

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 178

# Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung

Zum Problem der Öffentlichkeit staatlicher  
Entscheidungsvorgänge

Von

Ingeborg Berggreen



Duncker & Humblot · Berlin

**INGEBORG BERGGREEN**

**Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 178**

# Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung

Zum Problem der Öffentlichkeit staatlicher Entscheidungsvorgänge

Von

Dr. Ingeborg Berggreen



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 02597 0

## Vorwort

Der – mittlerweile für das Bundesverfassungsgericht gelöste – Streit, ob einem im Kollegium überstimmten Richter das Recht zugestanden werden sollte, seine abweichende Meinung dem Urteil beizufügen, gab Anlaß, die gleiche Frage für den Bereich der zweiten Staatsgewalt, der Exekutive, zu stellen. Es soll untersucht werden, wieweit es möglich und sinnvoll ist, einem an einer Verwaltungsentscheidung Mitwirkenden zu gestatten, seine bei der Entscheidungsfällung nicht durchgedrungene Ansicht bekanntzugeben. Die Arbeit beschränkt sich auf die Rechtslage des Bundes und Bayerns mit einer Anmerkung zu den Verhältnissen in den USA. Umfragen hatten ergeben, daß ein solches Sondervotum in der deutschen Verwaltung schon angesichts ihrer vorwiegend monokratischen Struktur bezweifelt wird. Für den Bereich kollegialer Entscheidungen wurde befürchtet, daß die „dissenting opinion“ dem Bedürfnis nach beweglichem, initiativem Handeln in der modernen Verwaltung entgegenstehen werde.

Im Gegensatz dazu stand die Reaktion auf Umfragen in der Vereinigten Staaten von Amerika. Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit bezüglich des Rechts zur abweichenden Meinung in den USA beruhen weitgehend auf der Auswertung von Antworten auf ca. 60 Fragebogen, die an Verwaltungsbehörden des Bundes und des Staates Massachusetts verschickt wurden, sowie auf persönlichen Unterredungen mit Vertretern von ca. 30 weiteren Behörden des Staates Massachusetts und der City of Cambridge/Mass. Quellenangaben sind demzufolge in diesen Fällen nicht möglich.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 1971 der juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation vorgelegt. Die Anregung zu dem Thema ging von Herrn Professor Dr. *Heinrich Scholler* aus, der mir mit vielfachem Rat auch während der Bearbeitung stets zur Seite stand. Hierfür möchte ich ihm herzlich danken. Ebenso gilt mein Dank Herrn Professor Dr. *Kurt Nadelmann* für die Betreuung beim Quellenstudium an der Harvard Universität, USA, den Vertretern vieler US Bundes-, Staats- und Gemeindebehörden in Washington D. C., Boston und Cambridge, Mass., USA, für die ausführlichen und freundlichen Auskünfte, sowie dem Deutschen Akademischen Austauschdienst, dessen finanzielle Unterstützung das Quellenstudium ermöglichte.

München, den 14. 7. 1971

*Ingeborg Berggreen*



## Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis und Angaben zur Zitierung</b> .....	<b>21</b>
--	-----------

### *Erster Abschnitt*

#### **Problemstellung**

§ 1 Die „dissenting opinion“: ein Problem der Kollegialentscheidung ....	25
§ 2 Die „dissenting opinion“: ein Problem jeder Meinungsdivergenz ....	26
§ 3 Möglichkeiten der Ausgestaltung einer „dissenting opinion“ .....	26
§ 4 Die Rechtsfolgen der „dissenting opinion“ .....	29

### *Zweiter Abschnitt*

#### **Die „dissenting opinion“ in der Rechtsprechung**

§ 5 Das Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis .....	31
I. Grundlage des Beratungs- und Abstimmungsgeheimnisses ....	31
II. Umfang des Beratungs- und Abstimmungsgeheimnisses .....	32
1. Thesen Friesenhahns .....	32
2. Andere Ansichten .....	33
3. Durchbrechung des Beratungsgeheimnisses wegen höher- rangiger Interessen .....	34
§ 6 Argumente für und wider die „dissenting opinion“ .....	35
I. Die „dissenting opinion“ – Rezeption fremden Rechts? .....	35
II. Die „dissenting opinion“ – Verstoß gegen die Einheit des Ent- scheidungsorgans? .....	37
III. Die „dissenting opinion“ – als Bedrohung der staatlichen Auto- rität und des Rechtsfriedens? .....	38
IV. Die „dissenting opinion“ – als Bedrohung der Unabhängigkeit und der Unbefangenheit der mit der Entscheidung Befassten? ..	42
V. Die „dissenting opinion“ – als Erfordernis des Öffentlichkeits- prinzips? .....	45

VI. Die „dissenting opinion“ — als Erfordernis des Rechts auf rechtliches Gehör? .....	48
VII. Die „dissenting opinion“ — als Erfordernis der Gewissens- und Meinungsfreiheit? .....	48
VIII. Die „dissenting opinion“ — als Mittel zur Stärkung der Persönlichkeit des Einzelnen? .....	50
IX. Die „dissenting opinion“ — als Mittel zur Überwindung der Rechtsfremdheit? .....	51
X. Die „dissenting opinion“ — als Mittel zur Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen? .....	52
XI. Die „dissenting opinion“ — als Mittel zur Fortentwicklung des Rechts? .....	52
XII. Die „dissenting opinion“ — als Mittel zu besseren Entscheidungen .....	53
1. Sorgfältigere Erörterungen durch den einzelnen Entscheidenden .....	53
2. Sorgfältigere Beratung im Kollegium .....	54
3. Sorgfältigere Abfassung der Entscheidungsgründe .....	55
XIII. Die „dissenting opinion“ — Gefahr eines Mißbrauches? .....	56
XIV. Die „dissenting opinion“ — Gefahr der Überlastung der Entscheidungsgremien? .....	57
XV. Die „dissenting opinion“ — Gefahr für die europäische Rechtseinheit? .....	57
§ 7 Einzelprobleme bei der Ausgestaltung der „dissenting opinion“ .....	57
I. Öffentlichkeit der Beratung — öffentliche Abstimmung .....	57
II. Tatsacheninstanz — Rechtsmittelinstanz .....	58
III. Tatfragen — Rechtsfragen .....	58
IV. „Dissenting opinion“ nur für Berufsrichter? .....	59
V. „Dissenting opinion“ nur bei Mehrheitsbeschluß des Spruchkörpers? .....	60
VI. Die Form der „dissenting opinion“ .....	60

### *Dritter Abschnitt*

#### **Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung**

§ 8 Anwendungsbereich der „dissenting opinion“: Der Verwaltungsbegriff .....	62
I. Verwaltung im materiellen und im formellen Sinn .....	62

II. Der hier gebrauchte Verwaltungsbegriff .....	63
§ 9 Ausgang der Untersuchung: Die Verschwiegenheitspflicht .....	64
I. Allgemeines .....	64
II. Die persönliche Verschwiegenheitspflicht .....	65
1. Allumfassende Schweigegebote .....	65
2. Die beamtenrechtliche Schweigepflicht .....	66
3. Schweigepflicht für Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst und Schweigepflicht nach der Bestechungsverordnung .....	69
4. Abstimmungs- und Beratungsgeheimnisnormen für Verwaltungskollegien .....	69
5. Geheimnispflicht für Kommunalvertreter und Kommunalamtswalter .....	70
6. Schweigepflicht für Minister .....	70
7. Besondere Geheimnispflichten .....	70
III. Gültigkeit der Verschwiegenheitsnormen .....	71
IV. Die behördliche Auskunft — Informationsrecht der Presse .....	73
V. Das Recht auf Akteneinsicht .....	76
VI. Das Recht auf rechtliches Gehör .....	77
VII. Öffentlichkeit der Sitzung .....	77
VIII. Durchbrechung des Amtsgeheimnisses aus vorrangigen Interessen .....	78
IX. Ergebnis .....	78
§ 10 Träger der „dissenting opinion“: Die Verwaltungsorganisation .....	79
I. Organisationsbegriffe .....	79
II. Der äußere Behördenaufbau .....	80
1. Das hierarchische Prinzip .....	80
2. Zentralisation und Dezentralisation .....	82
3. Konzentration und Dekonzentration .....	83
4. Mittelbare Staatsverwaltung und Selbstverwaltung .....	84
5. Arbeitsteilung .....	85
6. Die Behördenvielfzahl und ihr Aufbau .....	85
7. Besondere Verwaltungsstellen .....	86
8. Ergebnis .....	87

III. Der innere Behördenaufbau .....	87
1. Das hierarchische Prinzip .....	87
2. Prinzip der Arbeitsteilung .....	87
IV. Das Kollegialprinzip in der Verwaltung .....	89
1. Allgemeines .....	89
2. Gründe für die Anwendung des Kollegialprinzipes .....	90
3. Der Organwillen .....	94
4. Arten der Kollegien .....	95
5. Ergebnis .....	99
V. Zusammenfassung .....	99
§ 11 Träger der „dissenting opinion“: Der Einzelne in der Verwaltung ....	100
I. Der Organwalter im Widerstreit zu politischen Einflüssen ....	100
II. Der Einzelne im Kollegium .....	102
1. Die rechtliche Stellung des Kollegiumsmitgliedes in sachlicher Hinsicht .....	102
2. in persönlicher Hinsicht .....	105
3. Ergebnis .....	106
III. Der Laie in der Verwaltung .....	106
1. Berufsgründe und Aufgaben der Laien .....	106
2. Die Stellung des Laien in der Verwaltung .....	110
3. Ergebnis .....	113
IV. Der Beamte in der Hierarchie .....	114
1. Das Organwalterverhältnis .....	114
2. Freiheit und Abhängigkeit des Beamten in sachlicher Hinsicht .....	115
a) Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht .....	115
b) Die beamtenrechtliche Treuepflicht .....	119
c) Ergebnis .....	120
3. Freiheit und Abhängigkeit des Beamten in persönlicher Hinsicht .....	120
V. Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst .....	123
VI. Ergebnis .....	124

§ 12 Träger der „dissenting opinion“: Die Verwaltung als Einheit .....	125
I. Die innere Einheitlichkeit der Verwaltung .....	125
II. Die äußere Einheitlichkeit der Verwaltung .....	127
1. Der moderne Staatsbegriff und die „dissenting opinion“ ..	127
2. Bürokratie und Persönlichkeit .....	128
3. Bestehende Durchbrechungen des Einheitlichkeitsprinzipes	132
4. Besonderheiten zur Einheit des Kollegiums .....	132
III. Ergebnis .....	133
§ 13 Träger der „dissenting opinion“: Die Autorität der Verwaltung ....	133
§ 14 Träger der „dissenting opinion“ — Zusammenfassung .....	134
§ 15 Möglichkeit der „dissenting opinion“: Die Verwaltungsfunktion ....	135
I. Das Wesen der Verwaltungsfunktion .....	135
II. Die politische Ausrichtung der Verwaltungstätigkeit .....	140
III. Ergebnis .....	142
§ 16 Möglichkeit der „dissenting opinion“: Allgemeine Verwaltungsprin-	
zipien .....	142
I. Prinzip der Verhältnismäßigkeit .....	143
II. Grundsatz der Schnelligkeit .....	143
III. Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit .....	144
IV. Ergebnis .....	145
§ 17 Möglichkeit der „dissenting opinion“: Verwaltungsmittel .....	145
I. Der Verwaltungsakt .....	145
1. Belastende und begünstigende Verwaltungsakte .....	145
2. Feststellende, gestaltende und streitentscheidende Verwal-	
tungsakte .....	146
3. Selbständige und unselbständige Verwaltungsakte .....	147
4. Vorbescheide und Zusagen .....	147
5. Antragsbedürftige und antragsfreie Verwaltungsakte ....	147
6. Mehrstufige Verwaltungsakte .....	148

7. In-sich-Verwaltungsakte .....	148
8. Dauerverwaltungsakte und sich in einmaligem Vollzug erschöpfende Akte .....	149
9. Ermessensakte, unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielraum .....	149
10. Fehlerfreie und fehlerhafte Verwaltungsakte .....	151
11. Aufhebbare und nichtaufhebbare Verwaltungsakte – Die „Rechtskraft“ der Verwaltungsakte .....	152
12. Ergebnis .....	154
II. Die Verwaltungsrechtsnormen .....	155
III. Der öffentlich-rechtliche Vertrag .....	156
IV. Schlichte Hoheitsmaßnahmen .....	157
V. Realakte .....	157
VI. Justizfreie Hoheitsakte .....	158
VII. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung .....	158
VIII. Handeln der Verwaltung in 2 Stufen .....	159
IX. Die innerdienstlichen Akte der Verwaltung .....	159
X. Akte im besonderen Gewaltverhältnis .....	160
XI. Ergebnis .....	161
§ 18 Möglichkeiten der „dissenting opinion“: Das Verwaltungsverfahren	161
I. Begriff des Verwaltungsverfahrens .....	161
II. Die Befangenheit des Organwalters .....	162
III. Die Förmlichkeit des Verwaltungsverfahrens .....	163
1. Nichtförmlichkeit des Verfahrens? .....	163
2. Verfahren vor Kollegialorganen? .....	164
3. Prinzipien des förmlichen Verfahrens .....	164
IV. Der Vorgang der Entscheidungsfällung .....	165
1. Allgemeiner Willensbildungsvorgang der Verwaltungsbehörde .....	165
2. Beschlußfassung von Verwaltungskollegien .....	166

Inhaltsverzeichnis	13
V. Die Verwaltungsentscheidung .....	167
1. Begründungszwang .....	167
2. Namensnennung und Unterschrift .....	168
VI. Bekanntgabe der Entscheidung .....	169
VII. Ergebnis .....	170
§ 19 Möglichkeit der „dissenting opinion“: Der Verwaltungsrechtsschutz	170
§ 20 Möglichkeit der „dissenting opinion“: Zusammenfassung .....	171
§ 21 Ergebnis: Demokratie und Öffentlichkeit .....	171
I. Öffentlichkeit als demokratisches Prinzip .....	171
II. Unterworfenheit der Verwaltung unter das demokratische Prinzip .....	172
III. Durchbrechung des Öffentlichkeitsgebotes .....	174
IV. Kontrollfunktion der „dissenting opinion“ .....	174
V. Öffentlichkeit und Staatsbürger .....	176
§ 22 Ergebnis: Ausgestaltung der „dissenting opinion“ .....	176

#### *Vierter Abschnitt*

##### **Beispiele der „dissenting opinion“ in der Verwaltung**

§ 23 Häufigkeit von Kollegialgremien .....	178
§ 24 Gremien mit öffentlicher Abstimmung und lokale Gremien .....	179
I. Kommunale Gremien .....	179
1. Kommunale „Volksvertretungskollegien“ .....	179
2. Kommunale Ausschüsse .....	181
3. Lokale Kollegien auf Grund von Spezialgesetzen .....	182
4. Besondere lokale Gremien .....	182
5. Lokale Kollegien und „dissenting opinion“ .....	183
6. Ergebnis .....	184
II. Sonstige Gremien .....	184
III. Ergebnis .....	184

§ 25 Die Bundes- und Staatsregierung .....	185
I. Die Bundesregierung .....	185
II. Die bayerische Staatsregierung .....	189
III. Ergebnis .....	190
§ 26 Aufsichtsfreie Kollegien .....	191
I. Die Bundesbank .....	191
1. Das Unabhängigkeitsprinzip .....	191
2. Der Verschwiegenheitsgrundsatz – Arten der Kollegien ..	192
3. Die „dissenting opinion“ .....	193
II. Der Bundesrechnungshof .....	194
1. Das Unabhängigkeitsprinzip .....	194
2. Das Kollegialprinzip .....	195
3. Der Verschwiegenheitsgrundsatz .....	196
4. Prüfungsverfahren und Prüfungsaufgabe .....	197
5. Sonstige Aufgaben .....	198
6. Bayerischer Oberster Rechnungshof .....	198
7. Die „dissenting opinion“ .....	198
III. Der Reichswirtschaftsrat .....	199
IV. Ergebnis .....	202
§ 27 Gerichtsähnliche Kollegien .....	202
I. Die bayerischen Forstrechtsstellen .....	203
1. Aufgabe .....	203
2. Kollegialprinzip und Unabhängigkeit .....	203
3. Geheimhaltungsprinzip, Verfahren und Entscheidung ...	203
4. Die „dissenting opinion“ .....	204
II. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften .....	205
1. Aufgabe .....	205
2. Kollegialprinzip und Unabhängigkeit .....	205
3. Geheimhaltungsprinzip, Verfahren und Entscheidung ...	206
4. Die „dissenting opinion“ .....	207

III. Die Patentabteilungen und Warenzeichenabteilungen .....	208
1. Aufgaben und Rechtsnatur .....	208
2. Kollegialprinzip und Unabhängigkeit .....	209
3. Verschwiegenheit, Verfahren und Entscheidung .....	209
4. Warenzeichenabteilungen .....	210
5. Die „dissenting opinion“ .....	210
IV. Abteilungen des Bundeskartellamtes .....	211
V. Ausschüsse für Lehrlingsstreitigkeiten .....	212
VI. Die Personalausschüsse .....	212
1. Aufgabe .....	212
2. Kollegialprinzip und Unabhängigkeit .....	213
3. Geheimhaltungspflicht, Verfahren und Entscheidung .....	214
4. Die „dissenting opinion“ .....	215
VII. Musterungs- und Prüfungsausschuß .....	215
1. Die Musterungsausschüsse .....	215
2. Die Prüfungsausschüsse .....	217
VIII. Ergebnis .....	217
§ 28 Nicht voll weisungsunabhängige Verwaltungskollegien .....	217
I. Die Vielzahl von Verwaltungskollegien .....	217
II. Die Lastenausgleichsausschüsse .....	217
III. Der Notaufnahmeausschuß .....	218
§ 29 Zweitinstanzliche Kollegien .....	219
§ 30 Verwaltungsräte und Vorstände der Anstalten des öffentlichen Rechts	220
I. Die Deutsche Bundespost .....	221
1. Kollegialprinzip beim Verwaltungsrat, Unabhängigkeit ..	221
2. Schweigepflicht und „dissenting opinion“ .....	222
II. Die Deutsche Bundesbahn .....	223
1. Bundesbahnverwaltungsrat .....	223

2. Ausschüsse des Verwaltungsrates .....	224
3. Der Vorstand der Bundesbahnverwaltung .....	224
III. Kollegien zur Regelung des Güterkraftverkehrs .....	225
1. Verwaltungsrat der Bundesanstalt für Güterfernverkehr ..	225
2. Vorbereitende Ausschüsse bei dem Verwaltungsrat .....	226
3. Tarifkommission .....	226
IV. Verwaltungsrat, Vorstand und Verwaltungsausschüsse der Bundesanstalt für Arbeit .....	227
V. Verwaltungsorgane der Rundfunk- und Fernsehanstalten ....	228
1. Das Zweite Deutsche Fernsehen .....	228
2. Der Bayerische Rundfunk .....	229
3. Die „dissenting opinion“ .....	229
VI. Verwaltungsorgane der Sparkassen, Kreditinstitute und Ver- sicherungsanstalten .....	230
1. Die Sparkassen .....	230
2. Kreditanstalten des Bundes und die Bayerische Boden- kreditanstalt .....	231
3. Die Bayerische Versicherungskammer .....	233
VII. Ergebnis .....	233
§ 31 Organe sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts, ins- besondere der Körperschaften des öffentlichen Rechts .....	234
I. Die Organisation des Handwerks .....	234
1. Die Handwerkskammer .....	234
2. Die Handwerksinnungen .....	236
3. Die Kreishandwerkerschaften .....	237
4. Ergebnis .....	237
II. Hochschulen .....	238
1. Kollegialorgane .....	238
2. Die Geheimhaltungspflicht .....	240
3. Die Weisungsungebundenheit .....	241

Inhaltsverzeichnis	17
4. Die „dissenting opinion“	242
5. Ergebnis	244
§ 32 Prüfungsausschüsse	244
§ 33 Beratende Ausschüsse	247
§ 34 Staatliche Mitwirkungsakte – Selbstbindung der Verwaltung	251
I. Selbständige Behördenbeteiligung	253
II. Umfassende Bindungswirkung	253
III. Negative Bindungswirkung	255
IV. Genehmigung von Rechtssetzungsakten	256
V. Anhörung anderer Behörden	256
VI. Mithilfe anderer Behörden	256
VII. Zusage und Selbstbindung	257
1. Die bindende Zusicherung	257
2. Selbstbindung	257
VIII. Ergebnis	258
§ 35 Das Widerspruchsverfahren	258
I. Das allgemeine Widerspruchsverfahren	259
II. Das aufgespaltene Widerspruchsverfahren	260
III. Ergebnis	261

*Fünfter Abschnitt*

**Die „dissenting opinion“ in der Verwaltung:  
Ergebnis und Gesetzesvorschlag**

§ 36 Ergebnis	262
§ 37 Gesetzesvorschlag	263

*Sechster Abschnitt***Die „dissenting opinion“ in den USA**

§ 38 Allgemeiner Teil: Die Amerikanische Verwaltung und die „dissenting opinion“ .....	265
I. Besonderheiten der amerikanischen Verwaltung .....	265
II. Der Verwaltungsaufbau .....	270
1. Bundesebene .....	270
a) Bundesregierung .....	270
b) Die „departments“ (Ministerien) und ihre Unterbehörden .....	271
c) Behörden außerhalb der „departments“ .....	272
2. Staatsebene .....	274
a) Staatsregierung .....	274
b) Die „departments“ und ihre Unterbehörden .....	274
c) Daneben besteht die große Gruppe von keinem „department“ angehörigen Kollegien .....	274
3. Kommunale Ebene .....	275
a) „Counties“ .....	275
b) „Municipalities“ .....	275
c) „Special districts“ .....	276
III. Verwaltungsverfahren und Verwaltungsaufgaben .....	276
IV. Die „dissenting opinion“ .....	281
§ 39 Besonderer Teil: Einzelne Behörden und die „dissenting opinion“ ....	289
I. Bundesebene .....	289
1. „Departments“ und Unterbehörden .....	289
a) „Department of Agriculture“ .....	289
b) „Department of Commerce“ .....	289
c) „Department of Defense“ .....	290
d) „Department of Health, Education and Welfare“ .....	290
e) „Department of the Interior“ .....	290
f) „Department of Justice“ .....	291

Inhaltsverzeichnis

19

g) „Department of Labor“ .....	291
h) „Post Office Department“ .....	291
i) „Department of State“ .....	291
j) „Department of the Treasury“ .....	291
k) „Department of Transportation“ .....	291
l) „Department of Housing and Urban Development“ ....	292
2. Behörden außerhalb der „departments“ mit monokratischer Leitung .....	292
3. Behörden außerhalb der „departments“ mit kollegialer Leitung .....	292
4. „Government Corporations“ .....	296
5. „Administrative Courts“ .....	296
6. Behördenzusammenarbeit .....	296
7. Ergebnis .....	296
II. Staatsebene (Beispiel Massachusetts) .....	296
III. Ortsebene (Beispiel Cambridge, Mass.) .....	298
IV. Ergebnis .....	299
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>300</b>



## Abkürzungsverzeichnis und Angaben zur Zitierung

### Abkürzungen für den Hauptteil: „Dissenting opinion“ in der BRD

Die Zitate und Abkürzungen von Gesetzen folgen den Abkürzungen der Beck'schen Gesetzessammlungen: Schönfelder „Deutsche Gesetze“, Sartorius „Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik“, Ziegler-Tremel „Bayerische Verwaltungsgesetze“.

a. A.	anderer Ansicht
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht, zitiert nach Band und Seite
AVO	Ausführungsverordnung
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BayBSVI	Bereinigte Sammlung der Verwaltungsvorschriften des Bayerischen Staatsministeriums des Innern
BayVGH – BayVerfGH nF	Sammlung der Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, neue Folge, zitiert nach Band und Seite
BayVBl ber.	Bayerische Verwaltungsblätter, zitiert nach Jahr und Seite
BGBI I, II, III	Bundesgesetzblatt Teil I, II, III
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite
BM	Der Bayerische Bürgermeister, Monatsschrift für die Verwaltungspraxis
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BReg	Bundesregierung
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seite
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, zitiert nach Band und Seite
„dis. op.“	„dissenting opinion“
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, zitiert nach Jahr und Seite
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, zitiert nach Jahr und Seite
DUZ	Deutsche Universitätszeitung, zitiert nach Jahr, Heft und Seite

DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt, zitiert nach Jahr und Seite
DVO	Durchführungsverordnung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, zitiert nach Jahr und Seite
Fn	Fußnote
GeschO	Geschäftsordnung
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt des Bundesministers des Inneren, des Bundesministers für Angelegenheiten der Vertriebenen, des Bundesministers für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung und des Bundesministers für Angelegenheiten des Bundesrates
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, zitiert nach Jahr und Seite
GVBl	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
hL	herrschende Lehre
HSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Stuttgart - Tübingen - Göttingen 1961
i. d. F.	in der Fassung
JR	Juristische Rundschau, zitiert nach Jahr und Seite
JUS	Juristische Schulung, zitiert nach Jahr und Seite
JW	Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahr und Seite
JZ	Juristenzeitung, zitiert nach Jahr und Seite
KG	Kammergericht
Komm	Kommentar
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring, zitiert nach Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer
MABl	Ministerialamtsblatt der bayerischen inneren Verwaltung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, zitiert nach Jahr und Seite
ME	Ministerialentschließung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahr und Seite
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RFH	Reichsfinanzhof
RGBI	Reichsgesetzblatt
RWR	Reichswirtschaftsrat
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen, zitiert nach Jahr und Seite
Stz.	Satzung
u. a.	unter anderem, und andere
u. U.	unter Umständen
VA	Verwaltungsakt
VerwArch	Verwaltungsarchiv, zitiert nach Band und Seite

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, zitiert nach Band und Seite
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht, zitiert nach Jahr und Seite
zit.	zitiert
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß, zitiert nach Band und Seite

### Abkürzungen für den 6. Abschnitt: „Dissenting opinion“ in den USA

Eine Erklärung der amerikanischen Zitierweise findet sich bei *Riegert*, S. 13 f. Sie soll hier weitgehend übernommen werden.

„Amerikanische Bundesgesetze werden nach „United States Statutes at Large“, was in Deutschland dem Bundesgesetzblatt, Teil I, entspricht, folgendermaßen zitiert: 38 Stat. 717 (1914) bedeutet: „United States Statutes at Large“, Bd. 38, S. 717 (1914). Dieselben Gesetze werden in der gleichenn Weise auch nach dem „United States Code“ zitiert, der dem deutschen Bundesgesetzblatt, Teil III, entspricht; z. B. bedeutet 15 U.S.C. § 41: „United States Code“, Bd. 15, § 41. Der „United States Code Annotated“ (U.S.C.A.) hat die gleiche Nummerierung wie der „United States Code“, enthält aber Anmerkungen, vor allem Hinweise auf Entscheidungen, in denen das Gesetz ausgelegt wird.“

„Rechtsverordnungen des Bundes werden in den USA chronologisch im „Federal Register“ (Fed. Reg.) veröffentlicht. Die Bundesrechtsverordnungen von bleibender Bedeutung werden außerdem in den „Code of Federal Regulations“ (C.F.R.) aufgenommen.“ Auf nähere Einzelheiten der Zitierung von Bundesgesetzen und Verordnungen wird hier nicht eingegangen.

Einzelstaatsgesetze werden in ähnlicher Weise wie die Bundesgesetze nach den entsprechenden Sammlungen der Einzelstaaten zitiert.

„Entscheidungen des Supreme Court werden folgendermaßen zitiert:

Gray vs Powell 314 US 402, was bedeutet: United States Supreme Court Reports, Bd. 314, S. 402. Manchmal wird hier auch noch eingefügt: . . . 314 Sp. Ct. US 402 . . . „Auf die Zitierweise der Entscheidungen der unteren Bundesgerichte braucht nicht näher eingegangen zu werden. Sie wurden früher im „Federal Reporter“ und ab 1933 – soweit es sich um erstinstanzliche Bundesgerichte handelt – im „Federal Supplement“ veröffentlicht.

„Einzelstaatsentscheidungen werden ähnlich zitiert, wobei für die Entscheidungssammlungen der Einzelstaatsgerichte im allgemeinen die für die Einzelstaaten üblichen Abkürzungen verwendet werden, z. B. bei Massachusetts 152 Mass. 540. Außerdem werden die Entscheidungen der Einzelstaaten stets in einer Regionalsammlung zusammengefaßt, z. B. im Nordosten im „North Eastern Reporter“ (N. E.). Da die Fundstelle in der Regionalsammlung ebenfalls angegeben wird, lautet das volle Zitat in dem obigen Beispiel dann: Miller vs. Horton, 152 Mass. 540, 26 N. E. 100 (1891). Steht hinter N. E. noch 2d = „second“, ist die zweite Folge des „North Eastern Reporter“ gemeint.“

Die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden erscheinen in amtlichen Sammlungen der jeweiligen Behörde. Meinungen und Entscheidungen des

„Attorney General“ werden in der Sammlung „Attorney General’s Opinions“ veröffentlicht. Sofern nichts näheres gesagt ist, ist hier die Sammlung des „Attorney General“ des Bundes gemeint. Weitere Sammlungen sind: „American Maritime Cases“, „I.D.“ (Entscheidungen aus dem „Department of the Interior“), „US Patent Quaterly“, „Atomic Energy Law Reporter“, „*Pike and Fischer*“ (*Pike, James–Fischer, Henry, Administrative Law, 2nd series, Digest, Albany, N. Y. seit 1952*), „*Pike and Fischer, Radio Regulations (2nd series)*“ und andere, im folgenden nicht gesondert erwähnte Sammlungen. Die hier gebrauchte Zitierweise nach Band und Seite entspricht nicht genau der üblichen amerikanischen Zitierweise.

Ad Law	Administrative Law
amtl. Samml.	amtliche Sammlung von Entscheidungen (vgl. oben Zitierweise)
APA	Administrative Procedure Act des Bundes
App.	Appendix, Ergänzungsband
CFR	Code of Federal Register (vgl. oben Zitierweise)
Ch.	Chapter, Kapitel
ed.	edition, Auflage
FR	Federal Register (vgl. oben Zitierweise)
Gen. Law	General Law
Gen. Law Ann.	General Law Annotated (vgl. oben Zitierweise)
House	United States Congress, House of Representatives
jud.	judicial
Mass.	Massachusetts
sec.	section, auch §
Senate	United States Congress, Senate
Sp. Ct.	Supreme Court of the United States (vgl. oben Zitierweise)
Stat.	United States Statutes at Large (vgl. oben Zitierweise)
US	United States Supreme Court (vgl. oben Zitierweise)
USC	United States Code (vgl. oben Zitierweise)
USCA	United States Code Annotated (vgl. oben Zitierweise)
vs.	versus, gegen

„Folgenden Satz kann man als die transzendente Formel des öffentlichen Rechtes nennen: Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit Publizität verträgt, sind unrecht.“

*Immanuel Kant*

(Aus: „Zum ewigen Frieden“)

## *Erster Abschnitt*

### **Problemstellung**

#### **§ 1 Die „dissenting opinion“: ein Problem der Kollegialentscheidung**

In den letzten Jahren stand die Frage, ob auch die deutsche Rechtsprechung das angloamerikanische Institut der „dissenting opinion“ einführen solle — wie es jetzt beim Bundesverfassungsgericht geschehen ist —, wiederholt im Mittelpunkt der Diskussion. Man versteht unter diesem Begriff das Recht — nicht die Pflicht<sup>1</sup> — eines bei der Urteilsfällung in geheimer Sitzung überstimmten Richters, seine eigene, von der Mehrheit abweichende Meinung den Urteilsgründen hinzuzufügen. Auf dem 47. Deutschen Juristentag, der sich mit diesem Problem befaßte, erwähnte der hessische Justizminister Dr. *Strelitz* beiläufig, ob die „dissenting opinion“ nicht auch im Bereich der Verwaltung ihre Berechtigung habe<sup>2</sup>.

„Wir kennen“, so sagte er, „Dienststellen in der allgemeinen Verwaltung, Ausschüsse, die als Kollegien tätig werden, die sogar ebenfalls streitentscheidende Aufgaben übernehmen. Aber auch der Magistrat einer Stadt, das Kabinett . . . sind Kollegien. Auch in ihnen wird um eine Entscheidung gerungen, und oft unterliegt eine Minderheit, eine Mehrheit setzt sich durch, und nach außen hin erscheint die Meinung der Mehrheit als einstimmig getroffene Entscheidung. *Trotzdem findet sich keine Stimme*, die das Problem der Bekanntgabe des abweichenden Votums als ein *Problem der Kollegialentscheidung überhaupt betrachtet*.“

Diesem Vorwurf soll für den Bereich der Administrative abgeholfen werden<sup>3</sup>. Im Folgenden wird untersucht werden, ob auch in der deutschen Verwaltung, die nach Organisation und Aufgaben so verschieden von

---

<sup>1</sup> Vgl. *Friesenhahn*, Vortrag, S. 36; *Zweigert*, S. 40; *Heyde*, S. 158; *Federer*, JZ 1968, S. 520; *Westerath*, S. 112.

<sup>2</sup> S. 69, 70.

<sup>3</sup> Die Frage nach dem Recht zum Dissent im Parlament und seinen Ausschüssen sowie in den Kollegien der Parteien kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden.

der Rechtsprechung erscheint, das Recht eines bei Entscheidungsfällung überstimmten Kollegiumsmitgliedes, seine Minderheitsansicht bekannt zu geben,

- a) entweder nach geltendem Recht möglich ist,  
oder
- b) de lege ferenda in Erwägung gezogen werden sollte.

## **§ 2 Die „dissenting opinion“: ein Problem jeder Meinungsdivergenz**

Verwaltung wird jedoch meist nicht mit dem Kollegialprinzip in Verbindung gebracht. Vielmehr erscheint der selbst entscheidende, fest in einen hierarchischen Aufbau eingegliederte Beamte als die Verkörperung der Exekutive. Aber auch da können die konträren Meinungen zweier oder mehrerer mit einer Angelegenheit befaßter Amtswalter oder Behörden aufeinandertreffen. Dies kann geschehen, wenn der untergeordnete Beamte eine andere Meinung vertritt als sein Vorgesetzter; ferner wenn das Gesetz die Mitwirkung einer anderen Verwaltungsstelle in Form einer Zustimmung, einer Genehmigung oder auch einer bloßen Anhörung oder Beratung vorsieht; sowie drittens, wenn die Behörde sich durch Zusicherung, Vorbescheid oder beständige Verwaltungspraxis im Sinne einer bestimmten Auffassung selbst gebunden hat, nun aber davon abweichend entscheiden will. Kann auch hier diejenige Auffassung, die bei der Außenwirkung der Entscheidung nicht zum Tragen kommt, publiziert werden?

## **§ 3 Möglichkeiten der Ausgestaltung einer „dissenting opinion“**

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die abweichende Meinung eines an einer Entscheidung Beteiligten bekannt zu machen, welche sich unter dem Oberbegriff der „dissenting opinion“ im weiteren Sinne“ zusammenfassen lassen<sup>1, 2</sup>:

---

<sup>1</sup> Im folgenden soll der englische terminus technicus „dissenting opinion“ auch für die deutsche Darstellung verwendet werden, da er bereits in den Sprachgebrauch eingedrungen ist und eine schwerfällige Umschreibung vermeidet. *H. G. Rupp*, S. 531, wendet sich zu Recht dagegen, den Begriff „dissenting vote“ zu diesem Zweck zu verwenden, wie das z. B. bei *Heyde*, S. 217; *Strelitz*, S. 73; *Paul*, Diskussion, S. 113; *Rasehorn*, Diskussion, S. 115, zu lesen ist. „Vote“ im Englischen bezeichnet nur die abgegebene Stimme, nicht die Meinung. Dagegen soll der Ausdruck „votum“ gebraucht werden.

<sup>2</sup> Vgl. Hinweis bei *Heyde*, S. 17, zum Gebrauch von „dissenting opinion“ als Oberbegriff für die abweichende Meinung überhaupt. Die unten darzustellende „dissenting opinion“ im eigentlichen Sinn nennt er „separate opinion“.

1. Finden Beratung und Abstimmung in öffentlicher Sitzung statt, ist die Öffentlichkeit über die Ansichten der Beteiligten in vollstem Umfang informiert<sup>3</sup>.
2. Bei der sog. „seriatim opinion“ handelt es sich um einen Entscheidungsvorgang ohne Beratung, in welchem jedes Kollegiumsmitglied öffentlich seine Meinung darlegt und dann im Vergleich der Voten und durch deren Addition sich die tragende Mehrheit ergibt. Hier werden zwar die Meinungsergebnisse der Einzelnen bekannt, mangels Aussprache aber nicht die Gründe. Es besteht jedoch keine Geheimhaltungspflicht für die Gründe<sup>4</sup>.
3. Es kann auch auf eine geheime Beratung eine öffentliche Abstimmung erfolgen. Auch hier wird der Öffentlichkeit nur das Endergebnis bekannt. Fraglich wäre, ob die spätere Begründung einer abweichenden Ansicht gegen das Beratungsgeheimnis verstieße<sup>5</sup>.
4. Folgt dagegen auf eine öffentliche Beratung eine geheime Abstimmung, werden der Öffentlichkeit die anstehenden Probleme und auch zum Teil die Meinungsrichtungen der sich an der Beratung aktiv Beteiligten bekannt. Die letztlich von den Einzelnen vertretene Auffassung bleibt jedoch verborgen.
5. Bei der „dissenting opinion“ im engeren oder eigentlichen Sinn ergeht nach geheimer Beratung und Abstimmung nach außen eine einzige Entscheidung, nämlich die von der Mehrheit getragene Ansicht. Ihre Gründe sind die maßgeblichen. Die Minderheitsansicht darf dann aber entweder im Anschluß an die Verkündung der Entscheidung mündlich begründet werden oder bei deren schriftlicher Abfassung und Veröffentlichung beigefügt werden<sup>6</sup>. Aus diesen Zusätzen läßt sich dann rekonstruieren, welche Probleme bei der Beratung anstanden und wie abgestimmt wurde. Auch hier ist also für ein Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis kein Raum mehr<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Vgl. *Zweigert*, S. 50; *H. G. Rupp*, S. 534, 5; *Heyde*, S. 52 ff., Ziffer 5; *Federer*, JZ 1968, S. 516; *Berger*, S. 962; *Nadelmann*, AöR 86, S. 50; *Möhring*, Anonymität, S. 76.

<sup>4</sup> Vgl. *Zweigert*, S. 49 Nr. 3, S. 50, Nr. 1, S. 55, Nr. 2; *H. G. Rupp*, S. 532 mit Nachw.; *Heyde*, S. 19 ff., 30 ff., 47; *Federer*, JZ 1968, S. 516; *Nadelmann*, AöR 86, S. 41, 43; *Berger*, S. 962; *Grünhut*, S. 626 ff. mit Einschränkungen.

<sup>5</sup> So hat schon *Anselm Feuerbach* geheime Beratung und öffentliche Abstimmung für die Gerichtsverfassung verlangt. Vgl. Nachw. bei *v. Coelln*, S. 113.

<sup>6</sup> Sog. mündliches oder schriftliches Sondervotum: Unterscheidung bei *Vollkommer*, S. 241.

<sup>7</sup> Vgl. *Zweigert*, S. 49, S. 51 Nr. 3, 52 Nr. 6, 52 c; *Heyde*, S. 32, 33 ff., 48 f., 55 f.; *Federer*, JZ 1968, S. 516; *Berger*, S. 962; *Möhring*, Anonymität, S. 75; *Nadelmann*, AöR 86, S. 43 - 47; *Adam*, NJW 1959, S. 1303; *Adam*, DRiZ 1964, S. 17 f.; *Seibert*, DRiZ 1962, S. 239, alle drei zur Entwicklung der „dissenting opinion“ und Arbeitsweise des Supreme Court der USA; zum internationalen Gerichtshof vgl. *Heyde*, S. 58 f.; *Berger*, S. 963; zum Gerichtshof für Menschenrechte *Nadelmann*, AöR 86, S. 59.