

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

Abkürzungsverzeichnis und Angaben zur Zitierung	21
--------------------------------------------------------------	-----------

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 — Rechtsmittelinstantz	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 Einheitlichkeitsprinzips	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“: Dasungsverfahren 161	
I. Begriff des Verfahrens	161
II. Die Befangenheit des Organwalters	162
III. Die Förmlichkeit des Verfahrens	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
Literaturverzeichnis	300

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 Nachschlagswerk 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

„Folgender 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 Pflicht¹ — 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 habe².

„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 werden³. Im Folgenden wird untersucht werden, ob auch in der deutschen Verwaltung, die nach Organisation und Aufgaben so verschieden von

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

² S. 69, 70.

³ 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^{1, 2}:

¹ 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.

² 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 informiert³.
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 Gründe⁴.
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 verstieße⁵.
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 werden⁶. 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 mehr⁷.

³ 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.

⁴ 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.

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

⁶ Sog. mündliches oder schriftliches Sondervotum: Unterscheidung bei *Vollkommer*, S. 241.

⁷ 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.