

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 283

**Verfassungsrechtliches
Leistungsprinzip und Partizipationsverbot
im Verwaltungsverfahren**

Von

Andreas Hartisch



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS HARTISCH

**Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip
und Partizipationsverbot im Verwaltungsverfahren**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 283

**Verfassungsrechtliches
Leistungsprinzip und Partizipationsverbot
im Verwaltungsverfahren**

Von

Dr. Andreas Hartisch



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03543 7

Für Inge

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Wintersemester 1974/75 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität in Marburg/Lahn als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 31. Juli 1975 ausgewertet worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. W. Schmitt Glaeser, der mich als Schüler und Assistenten umfassend förderte, mir die Anregung zu diesem Thema gab und die Fertigstellung der Arbeit durch Rat und Kritik stets wohlwollend unterstützte. Dem Zweitberichterstatter, Herrn Prof. Dr. P. Häberle, verdanke ich ebenfalls wertvolle Anregungen.

Weiterhin danke ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann für die freundliche Aufnahme der Studie in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Marburg/Lahn, im August 1975

Andreas Hartisch

Inhaltsverzeichnis

0.	Einleitung	15
1.	Leistung und verfassungsrechtliches Leistungsprinzip	19
1.1	Mögliche Aspekte eines Leistungsprinzips	19
1.1.1	Bestandsaufnahme	19
1.1.1.1	Bestandsaufnahme in der Literatur	19
1.1.1.2	Bestandsaufnahme in der Verfassungs- und Verwaltungspraxis ..	23
1.1.2	Möglichkeiten der Grundlegung eines Leistungsprinzips	25
1.1.3	„Dogmatisches Leistungsdefizit“	31
1.2	Verfassungsrechtliche Grundlegung eines Leistungsprinzips	33
1.2.1	Normatives beamtenrechtliches Leistungsprinzip	33
1.2.1.1	Inhalt und Funktion des Art. 33 Abs. 2 GG	34
1.2.1.2	Erweiterung zu einem generellen Leistungsprinzip?	38
1.2.1.3	Zwischenergebnis: Leistungsfreundlichkeit des Grundgesetzes ...	41
1.2.2	Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Gewaltenteilung ...	41
1.2.2.1	Gewaltenteilung in historischer Sicht	42
1.2.2.2	Heutige herkömmliche Betrachtungsweise	43
1.2.2.3	Grundgesetz und Gewaltenteilung	47
1.2.2.3.1	Ausdrückliche gewaltenteilige Aufgliederung	47
1.2.2.3.2	Keine vollständige Trennung und Hemmung der Gewalten	48
1.2.2.3.3	Weitere tatsächliche gewaltenteilige Funktionen	51
1.2.2.3.4	Keine starre Verfassungsregel der Gewaltenteilung	51
1.2.2.4	Neue Sicht des Gewaltenteilungsschemas	53
1.2.2.4.1	Zuweisung von Aufgaben zur bestmöglichen Erfüllung	55
1.2.2.4.2	Aufgabenspezifisches Leistungsprinzip	57
1.2.2.4.3	Sachbezogene Komponente	59
1.2.2.4.4	Personenbezogene Komponente	61
1.2.2.4.5	Weitere Erfordernisse des Gewaltenteilungsgrundsatzes	62
1.3	Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Leistungsprinzips durch Grundrechte und Verfassungsgrundsätze	64
1.3.1	Grundrechte im sozialen Leistungsstaat und Leistungsprinzip ...	65
1.3.2	Demokratie und Leistungsprinzip	71

1.3.3	Rechtsstaat und Leistungsprinzip	74
1.3.4	Bundesstaat und Leistungsprinzip	76
1.3.5	Zwischenergebnis	78
2.	Partizipation	80
2.1	Definition und Problemeingrenzung	80
2.1.1	Formen bürgerschaftlicher Partizipation	80
2.1.2	Partizipation und Entscheidungsprozeß	85
2.2	Partizipation als verfassungsrechtliches Problem	89
2.2.1	Teilhabe als demokratisches Phänomen	90
2.2.1.1	Notwendigkeit demokratischer Partizipation	90
2.2.1.2	Demokratie und Grundgesetz	92
2.2.1.3	Demokratische Partizipation	95
2.2.2	Rechtsstaat und Partizipation	98
2.2.3	Die sozialstaatliche Komponente der Partizipation	102
2.2.3.1	Sozialgemäße individuelle Partizipation	103
2.2.3.2	Partizipation zur Erhöhung des Sachverstandes	106
2.2.4	Partizipation im Rahmen der Verfassung	107
2.2.4.1	Pluralismus und Partizipation	108
2.2.4.2	Verwaltungsentscheidungen als Hauptanwendungsfeld der Partizipation	111
2.3	Partizipation als verwaltungsorganisatorisches Problem	112
2.3.1	Problemtransparenz	112
2.3.2	Partizipation als Frage des Verfahrens	115
2.4	Leistung und Partizipation	120
3.	Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Partizipationsverbot	123
3.1	Negative Auswirkungen der Partizipation auf das verfassungsrechtliche Leistungsprinzip	123
3.1.1	Nachteile in bezug auf ein leistungsfähiges Verfahren	124
3.1.1.1	Quantitative Mängel	124
3.1.1.2	Mangelnde Verantwortlichkeit	125
3.1.1.3	Fehlende Koordination	126
3.1.2	Qualitative Mängel durch Partizipation	127
3.1.3	Funktionelle Mängel	128
3.2	Kriterien der Bewertung von Leistungsprinzip und Partizipation	129

3.2.1	Möglichkeit einer pauschalen Güterabwägung?	129
3.2.2	Verfassungsinterpretation	132
3.2.2.1	Offenes Verfahren zur Verfassungskonkretisierung	132
3.2.2.2	Regeln der Verfassungenauslegung	134
3.3	Konkrete Bewertung	135
3.3.1	Lösung der Kollisionen durch Zuordnung von Verfassungssätzen	135
3.3.2	Behebung verfahrensmäßiger Mängel	137
3.3.2.1	Reduktive Beteiligung bei vielen Verfahrensbeteiligten	137
3.3.2.2	Festlegung der Verantwortlichkeit an Stelle eines Partizipationsverbotes	140
3.3.2.3	Organisationsrechtliche Maßnahmen zur Beseitigung fehlender Koordination	140
3.3.3	Beseitigung qualitativer Mängel durch relative Partizipationsverbote	140
3.3.4	Absolute Partizipationsverbote bei funktionellen Mängeln	144
3.4	Voraussetzungen und Grenzen des Partizipationsverbots auf Grund des verfassungsrechtlichen Leistungsprinzips	145
4.	Zusammenfassende Leitsätze	148
	Literaturverzeichnis	150

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= andere Ansicht
AfK	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AfP	= Archiv für Presserecht
AO	= Abgabenordnung i. d. F. vom 22. 5. 1931 (RGBl. I 161)
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
BadWürtt.	= Baden-Württemberg
BadWürttVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BAföG	= Bundesausbildungsförderungsgesetz v. 26. 8. 1971 (SaBl. 1436)
BAG	= Bundesarbeitsgericht
Bay	= Bayern, bayerisch
BayBZ	= Bayerische Beamtenzeitung
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	= Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	= Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	= Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz v. 23. 6. 1960 (SaBl. 865)
BBG	= Bundesbeamtengesetz i. d. F. v. 17. 7. 1971 (SaBl. 1283)
Berl.	= Berlin, Berliner
BGBL.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung v. 1. 8. 1959 (SaBl. 905)
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	= Bundesrats-Drucksache
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz i. d. F. v. 17. 7. 1971 (SaBl. 1174)
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVFG	= Bundesgesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge i. d. F. v. 3. 9. 1971 (SaBl. 1607)
DDB	= Der deutsche Beamte
Diss.	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DÖD	= Der öffentliche Dienst
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift

DUZ	= Deutsche Universitätszeitung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entscheidung zit. in der amtlichen Sammlung
EG	= Europäische Gemeinschaft
Erl.	= Erläuterung
EVerwVerfG	= Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGO	= Finanzgerichtsordnung v. 6. 10. 1965 (SaBl. 1821)
FStrG	= Bundesfernstraßengesetz i. d. F. v. 6. 8. 1961 (SaBl. 1933) mit Änderungen v. 4. 7. 1974 (SaBl. 1387)
G	= Gesetz
GeschO	= Geschäftsordnung
GewArch.	= Gewerbearchiv
GewO	= Gewerbeordnung i. d. F. v. 26. 7. 1900 mit Änderungen
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
GS	= Gemeinsamer Senat
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz i. d. F. v. 12. 9. 1950 (SaBl. 889)
Hess.	= Hessen, hessisch
HGO	= Hessische Gemeindeordnung i. d. F. v. 1. 7. 1960 (SaBl. 1372)
h. M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
i. d. F.	= in der Fassung
Jg.	= Jahrgang
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
KGSt.	= Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung
KJ	= Kritische Justiz
LAG	= Lastenausgleichsgesetz i. d. F. v. 1. 10. 1969 (SaBl. 2145)
LBG	= Landesbeamtenengesetz
LS	= Leitsatz
MDH	= Maunz/Dürig/Herzog. Kommentar zum Grundgesetz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
m. z. N.	= mit zahlreichen Nachweisen
NDBZ	= Neue Deutsche Beamtenzeitung
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PVS	= Politische Vierteljahresschrift

RaumOG	= Raumordnungsgesetz v. 5. 4. 1965 (SaBl. 518)
Rdn.	= Randnummer
Saarl.	= Saarland, saarländisch
SaBl.	= Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder
SGG	= Sozialgerichtsgesetz i. d. F. v. 23. 8. 1958 (SaBl. 1129)
Sp.	= Spalte
StBauFG	= Städtebauförderungsgesetz v. 27. 7. 1971 (SaBl. 1231)
StGH	= Staatsgerichtshof
SZ	= Süddeutsche Zeitung
Tz	= Teilziffer
UniG	= Universitätsgesetz
u. v. a.	= und viele andere
u. w.	= und weitere
VerfGH	= Verfassungsgerichtshof
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. 1. 1960 (SaBl. 173)
VwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
WissR	= Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
WiSt.	= Wirtschaftswissenschaftliches Studium
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

0. Einleitung

0.1 Partizipation, verstanden als Teilhabe des Bürgers, bestimmter Gruppen oder (öffentlich-rechtlicher) Organisationen an staatlicher Herrschaftsausübung, gewinnt in der neueren Literatur und Diskussion immer mehr Beachtung und Gewicht¹. Die allgemeine Partizipationsbegeisterung, die sich von den Gesellschaftswissenschaften über die Jurisprudenz bis in die praktische Politik zieht², erscheint nicht allein als Antwort auf eine „mangelnde Anreicherung demokratischen Potentials bei den Gestaltungsaufgaben des Gemeinwesens“³, auch andere Funktionen der Partizipation werden erkennbar⁴. Nicht nur der Wunsch nach zusätzlicher Legitimation, Durchschaubarkeit des komplexen staatlichen Machtapparats und damit Einsicht in die Entscheidungszusammenhänge, sondern auch ein effektiverer Rechtsschutz, die Wiedergewinnung der verlorengegangenen Bürgernähe staatlicher Verwaltung, die Verbesserung der Entscheidungsqualität und individualgerechtere soziale Leistungen sind die Motivationen für verstärkte Rufe nach Partizipation⁵. Der Eindruck entsteht, daß die stürmischen Forderungen nach

¹ Vgl. *W. Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 180 ff.

² Für die Gesellschaftswissenschaften vgl.: *Zimpel*, Politische Teilnahme und Demokratie, S. 21 ff.; *Milbrath*, S. 93 ff.; *Pranger*, S. 233 ff.; *Steffani*, Parlamentarische Demokratie, S. 17 ff.; *Dienel*, Techniken bürgerhaftlicher Beteiligung, S. 155 ff.; *ders.*, Die Verwaltung 1971, 151 ff.; *ders.*, Partizipation an Planungsprozessen, S. 103 ff.; *ders.*, Bürgerinitiative und Selbstverwaltung, S. 16 ff.; *Eckert*, S. 30 ff.; *v. Pufendorf*, S. 5 ff.; *Mayntz*, Funktionen der Beteiligung, S. 341 ff.; *Naschold*, Organisation und Demokratie, S. 70 f. u. v. a.

Für die Rechtswissenschaften vgl.: *W. Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 179 ff.; *Dagtoglou*, DVBl. 1972, 712 ff.; *Rupp*, NJW 1972, 1537 ff.; *Kisker*, DÖV 1972, 520 ff.; *Oberndorfer*, DÖV 1972, 529 ff.; *Thieme*, Recht und Politik 1972, 68 ff.; *E. H. Ritter*, JZ 1972, 107 ff.; *Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, passim; *Herzog*, Möglichkeit und Grenzen des Demokratieprinzips, S. 485 ff.; *Stich*, S. 355 ff. jeweils m. w. N.; vgl. auch die Beiträge der verwaltungswissenschaftlichen Tagung „Demokratisierung“ und Funktionsfähigkeit der Verwaltung, Hrsg. *H. J. v. Oertzen*.

Aus der praktischen Politik: *W. Brandt*, Regierungserklärung, S. 47; *v. Weizsäcker*, Die Zeit Nr. 43 17. 10. 1972, S. 3.

³ *v. Pufendorf*, S. 5.

⁴ Außer acht gelassen werden dabei die nebulösen Vorstellungen moralischer, ethischer oder pädagogischer Art, die ebenfalls mit Partizipation in Verbindung gebracht werden.

⁵ Vgl. etwa die Zielvorstellungen bei *Dagtoglou*, DVBl. 1972, 712; *Mayntz*, Funktionen der Beteiligung, S. 341; *dies.*, Demokratisierungspotential der Beteiligung Betroffener, S. 50 ff.; *Ossenbühl*, Gutachten, B 121 f.

Teilhabe an staatlicher Herrschaftsausübung die Kompensation einer jahre- — wenn nicht jahrzehnte- — langen Vernachlässigung dieses Kernpunktes schon antiker politischer Theorie⁶ darstellen.

0.2 So gilt, zum Teil euphorisch und unreflektiert, Partizipation als Erleuchtung, auf Grund derer es ohne weiteres möglich sei, den gordischen Knoten so mancher praktisch-politischer aber auch juristischer Probleme zu zerschlagen. Bei allen berechtigten Forderungen nach Einbau von Beteiligungsformen in staatliche Entscheidungsabläufe wird häufig übersehen, daß auch die Partizipation nur begrenzbares Hilfsmittel der Aufgabenerfüllung sein kann, das sich nicht über verfassungsmäßig verbrieftete Wertentscheidungen hinwegsetzen darf⁷. Diese gleichsam negative Perspektive kommt heute entschieden zu kurz. Denn auch die Partizipation ist kein unantastbarer Höchstwert. Auch sie muß sich vor allem verfassungsrechtlich „hinterfragen“ lassen, und es muß akzeptiert werden, daß auch die Partizipation verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen kann.

So führt zum Beispiel das Wesen der Grundrechte — auch im Sinne des *status activus processualis*⁸ — als in individueller Beliebigkeit des einzelnen stehend, dort zu Beteiligungsverboten, wo Partizipation als funktioneller Teil staatlichen Verfahrens das Grundrecht unterlaufen und zur Wirkungslosigkeit verurteilen würde⁹. Die Verweigerung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in sogenannten Tendenzbetrieben gem. § 118 Betriebsverfassungsgesetz¹⁰ zur Aufrechterhaltung der Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 und Art. 4 GG ist hierfür ein zentrales Beispiel¹¹.

Auch aus demokratischen Erwägungen sind Partizipationsverbote denkbar. Betrachtet man die Staatsträgerschaft durch das Volk (Art. 20 Abs. 1 GG) als Wesen der Demokratie¹², so verbietet sich eine Mitentscheidungsbefugnis einzelner, nicht durch das Gesamtvolk Legitimierter, oder entsprechender Gruppen bei der Festlegung und Erfüllung von Aufgaben, die zur Verwirklichung des Allgemeininteresses führen. Eine Beteiligung der öffentlichen Bediensteten in ihrer Eigenschaft als Angehörige des öffentlichen Dienstes an der Zielsetzung der Verwaltung würde daher eine Loslösung der Verwaltung vom Gesamtwillensbildungsprozeß bedeuten und somit verfassungswidrig sein¹³.

⁶ Dazu: *Rammstedt*, ZfP 1970, 344 f.

⁷ Besonders dezidiert dazu: *W. Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 231 ff., 248 f., 256.

⁸ Dazu: *P. Häberle*, VVStRL 30 (1972), 69 ff.

⁹ *Rupp*, Demokratie und Wissenschaftsverwaltung, S. 611.

¹⁰ Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972, BGBl. I, S. 13 ff.

¹¹ *Arras*, BB 1953, 62 f.; BAG AP Nr. 13 zu § 81 a. F. BetrVerfG; neuerdings dazu: *Birk*, JZ 1973, 754 ff. m. w. N.; *Rüthers*, AfP 1974, 544 ff.

¹² Vgl. etwa: *Maunz* in MDH, Art. 20, Rdn. 30 m. w. N.

Als einer der Grundsätze rechtsstaatlicher Ordnung gilt nicht nur die Unparteilichkeit des Rechts, sondern auch die Unparteilichkeit staatlicher Machtausübung¹⁴. Partizipation findet auch hier Grenzen, die in konkrete Partizipationsverbote umschlagen. Eine Mitwirkung in Form der Mitentscheidung ist nicht zulässig, sofern der Betroffene oder die betroffene Gruppe in eigener Angelegenheit als Sachwalter der Allgemeinheit partizipieren soll (Besorgnis der Befangtheit)¹⁵.

0.3 Beteiligungsverbote könnten sich schließlich aus der Perspektive eines verfassungsrechtlichen Leistungsprinzips ergeben. Noch undifferenziert ausgedrückt handelt es sich bei dem verfassungsrechtlichen Leistungsprinzip um funktionsgerechte Aufgabenerfüllung und die Möglichkeit, daß diese Aufgabenerfüllung durch Partizipation verzögert, erschwert oder gar völlig in Frage gestellt wird. Die Teilhabe kann sich in verschiedener Art und Weise der effektiven Aufgabenerfüllung im Verwaltungsverfahren widersetzen und damit die Wirksamkeit staatlicher Entscheidungen insgesamt gefährden.

So zum Beispiel könnten erhebliche Schwierigkeiten und nachteilige Auswirkungen bei der Durchführung der Aufgaben nach dem Städtebauförderungsgesetz¹⁶ entstehen, wenn etwa 10 000 betroffene Bewohner im Rahmen der Aufstellung eines Sozialplans anzuhören sind. Abgesehen von der Erhöhung des Verwaltungsaufwandes um ein Vielfaches, kann hier die Entscheidung durch übermäßige Teilhabe sogenannter Betroffener in unvertretbarer Weise verzögert werden. Im Bereich der organschaftlichen Partizipation, unter der im Gegensatz zur bürgerschaftlichen Partizipation die Teilhabe von staatlichen Organen am Entscheidungsprozeß anderer staatlicher Entscheidungsträger verstanden wird¹⁷, könnte etwa die Durchführung eines effektiven Umweltschutzes durch zuviel Beteiligung gefährdet sein, wenn im Bund — wie es bis September 1972 der Fall war — allein acht Ministerien mit insgesamt 31 (!) mehr oder minder selbständigen Anstalten und Institutionen bei der Erfüllung dieser Aufgabe mitwirkten¹⁸.

Negative Auswirkungen der Partizipation auf die Qualität der Entscheidung könnten sich ferner bei der Beteiligung von Personen er-

¹³ *Leisner*, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, *passim*, insbes. S. 45, 48; *E. H. Ritter*, JZ 1972, 110 ff.; *Zeidler*, DVBl. 1973, 723 ff.; *W. Schmitt Glaeser*, DÖV 1974, 152 ff.

¹⁴ *Hesse*, Grundzüge, § 6 II 1, S. 80 f.

¹⁵ Vgl. dazu *Hanisch*, S. 161 f.; *Dolde*, NJW 1975, 23 m. w. N.

¹⁶ Städtebauförderungsgesetz vom 27. 7. 1971, BGBl. I, S. 1125 ff. Vgl. auch die anschaulichen Beispiele bei *Blümel*, Masseneinwendungen im Verwaltungsverfahren, S. 544 ff.

¹⁷ Vgl. *W. Schmitt Glaeser*, VVDStRL 31 (1973), 190.

¹⁸ Vgl. *Kloepfer*, S. 85 ff.; zur weitverzweigten Organisation der Umweltschutzbehörden: *Karehnke*, DÖV 1973, 83 ff.