

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 232

**Der funktionale Zusammenhang
von Verwaltungsverfahrensrecht und
verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz**

Von

Jürgen Schwarze



Duncker & Humblot · Berlin

JÜRGEN SCHWARZE

**Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungs-
verfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 232

Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz

Von

Dr. Jürgen Schwarze



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03041 9

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wendet sich einem Problemkreis zu, der in Literatur und Rechtsprechung trotz scheinbar allgemeinen Konsenses noch keine abschließende, befriedigende Klärung gefunden hat. Sie will eine Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Diskussionsstandes leisten und zur dogmatischen Grundlegung einer Theorie des funktionalen Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz einen Beitrag liefern.

Die Studie ist während meiner Assistententätigkeit am Institut für Öffentliches Recht der Universität Freiburg i. Br. entstanden. Für Anregungen und Kritik habe ich besonders Herrn Prof. Dr. Werner von Simson zu danken.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann danke ich für die Aufnahme der Schrift in sein Verlagsprogramm.

Freiburg i. Br., September 1973

Jürgen Schwarze

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Fragestellung	11
1. Rechtspolitische Ausgangslage	11
2. Gegenstand der Untersuchung	12
3. Überblick über den Untersuchungsgang	15
II. Der Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit im geltenden Recht	17
1. Die Vernachlässigung des Organisations- und Verfahrensrechts in der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre	17
2. Gesetzliche Regelungen	17
3. Die Behandlung des Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Entwürfen für ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz	18
4. Die Behandlung in der Literatur	19
5. Überblick über die Rechtsprechung	23
III. Der Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und Gerichtskontrolle im deutschen und amerikanischen Verwaltungsrecht (Überblick)	27
1. Grundlegende Unterschiede	27
2. Neuere Literatur	27
3. Die verschiedenen Konzeptionen im einzelnen	28
4. Die Gründe für die Aufgabenverteilung im amerikanischen Recht	29
5. Vergleich mit dem deutschen Recht	31
IV. Kritik am bestehenden Rechtsschutzsystem in Deutschland	32
1. Die Fragwürdigkeit	32
2. Die zeitliche Dauer von Verwaltungsprozessen	32
3. Der Gerichtsschutz als nicht-ausschließliches Mittel der Verwaltungskontrolle	32
4. Die Gestaltungsfreiheit der Exekutive	33
V. Grundprobleme des funktionalen Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrensrecht und Gerichtskontrolle auf ausgewählten Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts	35
1. Theoretischer Aufriß	35
2. Das Kartellrecht als Beispiel	36
3. Das Steuerrecht als Beispiel	40

VI. Leitprinzipien für eine Theorie des funktionalen Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit ..	44
1. Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliche Kontrolle als Elemente eines „differenzierten Gesamtrechtsschutzsystems“	44
2. Das Verwaltungsverfahren als ein Mittel zur Behebung des Gerichtsschutzdefizits	44
3. Die Verlagerung des rechtswissenschaftlichen Interesses auf den administrativen Entscheidungsprozeß	45
4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör als Kernstück eines geordneten Verwaltungsverfahrens	45
5. Die Zunahme verfahrensmäßiger Lösungen im deutschen Verwaltungsrecht	46
6. Der politische Hintergrund	47
7. Zukünftige Aufgaben juristischer Dogmatik	48
8. Die funktionale Betrachtungsweise im Verhältnis von Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlicher Kontrolle	48
VII. Der von der Verfassung gewährte Spielraum für die Aufgabenverteilung und Aufgabenzuordnung im Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit	50
1. Art. 19 IV GG als mögliche Schranke	50
2. Die Auslegung durch die herrschende Meinung	50
3. Die Gegenposition H. Ehmkes	51
4. Die heutige Lage	52
5. Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung	52
6. Die Entstehungsgeschichte des Art. 19 IV GG	53
7. Die Einheit der Verfassung als Auslegungsmaxime	53
8. Neue Deutungen des Gewaltenteilungsgrundsatzes	54
9. Abweichende Konzeptionen einer möglichst umfassenden Gerichtskontrolle	55
10. Ergebnis	56
VIII. Spezifische Merkmale einer Theorie des funktionalen Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit für das geltende und für das zukünftige Recht	58
1. Die Notwendigkeit einer Folgendiskussion	58
2. Die spezifische Notwendigkeit einer Folgendiskussion in einer Zeit des Umdenkens in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik ..	58
3. Allgemeine Erkenntnisse aus der bisherigen Diskussion über die Nachprüfbarkeit unbestimmter Rechtsbegriffe und von Ermessensentscheidungen der Verwaltung	60
4. Das Postulat einer elastischen und flexiblen Kontrolle behördlicher Entscheidungen	61
5. Richterliche Kontrolle soweit als möglich	61
6. Unterschiedliche richterliche Kontrolle in den verschiedenen Sachbereichen des Verwaltungsrechts	62
7. Die bewußte Offenlegung der Grenzen richterlicher Kontrolle	63

Inhaltsverzeichnis

9

8. Die Bedeutung des Verfahrens- und Prozeßrechts als letztlich irreduzible Größe	64
9. Die Beurteilung von Verfahrensverstößen in der Vergangenheit	66
10. Erhöhte Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts bei verfahrensmäßigen Lösungen	66
11. Die jüngste Verwaltungsrechtsprechung zu Fehlern des Verwaltungsverfahrens	68
12. Die Notwendigkeit möglichst frühzeitig einsetzenden Rechtsschutzes	70
13. Die Vorbehalte gegenüber jedem Verwaltungskontrollmodell ..	74
Literaturverzeichnis	76

Abkürzungsverzeichnis

AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BauR	= Baurecht (Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht)
BaWüVBl.	= Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BB	= Der Betriebsberater
BFH	= Bundesfinanzhof
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
FN	= Fußnote
GS.	= Gesetzessammlung
GewArchiv	= Gewerbearchiv
JUS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
PVS	= Politische Vierteljahresschrift
RdL	= Recht der Landwirtschaft
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VVDtStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WiR	= Wirtschaftsrecht
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

I. Einleitung und Fragestellung

1. Die heutige Verwaltungsrechtslehre sieht es, wenn auch mit unterschiedlicher Akzentuierung¹, als eine ihrer Hauptaufgaben an, die Entscheidungsprozesse der Verwaltung zu analysieren und in den Griff zu bekommen, wie überhaupt der Begriff des Verfahrens und die dynamische Funktion des Rechts² gegenwärtig in den Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu rücken scheinen. Die gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens ist eine der rechtsstaatlichen Möglichkeiten, wie die administrativen Entscheidungsprozesse geordnet und kontrolliert werden können.

Seit ungefähr 1¹/₂ Jahrzehnten³ sind Bestrebungen im Gange, eine solche Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts zu erarbeiten. Einen ersten Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1970)⁴ hat die Bundesregierung im Jahr 1970 dem Bundestag

¹ Vgl. besonders *O. Bachof* und *W. Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDtStRL 30 (1972), S. 193 ff. (S. 231 f.) und S. 245 ff. (S. 254 f.) sowie *M. Bullingers* Diskussionsbeitrag ebd. S. 337.

² Vgl. dazu u. a. *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDtStRL 30 (1972), S. 43 ff. (S. 81 f.); *J. Hagen*, Allgemeine Verfahrenslehre und verfassungsgerichtliches Verfahren, München 1971; *ders.*, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, Freiburg i. Br. 1972; *N. Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, Neuwied und Berlin 1969; *W. Grunsky*, Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970; *J. H. Kaiser*, Rechtsnormen zur Steuerung von Prozessen, in: *Eunomia*, Freundesgabe für *H. Barion*, Pfungstadt o. J., S. 41 ff.; *ders.*, VVDtStRL 29, S. 116 (Diskussionsbeitrag); *F. Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971.

³ Als Ausgangspunkt vgl. etwa die Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien im Jahre 1958 mit den Referaten von *K. A. Bettermann* und *E. Melichar*, Das Verwaltungsverfahren, VVDtStRL 17, S. 118 ff. und S. 183 ff. und den 43. Deutschen Juristentag in München mit den Gutachten von *H. Spanner* und *F. Werner* (Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I [Gutachten] 2. Teil Heft A und Heft B, Tübingen 1960) und den Referaten von *K. v. d. Groeben* und *W. Weber* (Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. II [Sitzungsberichte] D 5 und D 59, Tübingen 1962), alle zum Thema „Empfiehl es sich, den Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?“

⁴ Bundesratsdrucksache 269/70. Dieser Entwurf baut auf dem vom Bundesminister des Innern veröffentlichten Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963) auf. Vgl. Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 2. Aufl. Köln und Berlin 1968. Zum Regierungsentwurf (EVwVfG 1970) siehe besonders *H. Spanner*, Der Regierungsentwurf eines Bundesverwaltungs-Verfahrensgesetzes, JZ 1970, S. 671 ff. mit weiteren Nachweisen über den bisherigen Stand der Diskussion.

vorgelegt. Dieser Entwurf konnte in der VI. Legislaturperiode nicht zu Ende beraten werden. Am 23. 3. 1973 hat die Bundesregierung jetzt erneut den Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1973)^{4a} vorgelegt, der sich eng an jenen ersten Regierungsentwurf anlehnt, aber die jüngste Entwicklung auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrenrechts berücksichtigt und eine Tendenz zu einem verstärkten verfahrensmäßigen Schutz der Beteiligten erkennen läßt^{4b}.

Im Verein mit den bereits näher konkretisierten Reformvorstellungen über eine Vereinheitlichung und Zusammenfassung der drei öffentlich-rechtlichen Prozeßordnungen (VwGO, FGO und SGG)⁵ ist damit eine Ausgangslage geschaffen, die dem Gesetzgeber die in dieser Form in Deutschland bisher einmalige Chance⁶ eröffnet, das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungsprozeß in einer gegenseitigen Zuordnung zu regeln.

2. Die vorliegende Untersuchung will einen Beitrag dazu leisten, das theoretische Fundament für eine solche gegenseitige Zuordnung zu legen und die Querverbindungen einschließlich der wechselbezüglichen Abhängigkeiten zwischen Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz zu erhellen. Vornehmlich als theoretischer Aufriß des Problems gedacht, muß eine solche Untersuchung von vornherein mit einer nüchternen Einschätzung ihrer Leistungsgrenzen in Angriff genommen werden. Sie kann und will nur einen groben Ordnungsrahmen für das Verhältnis von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz und dementsprechend nur mögliche Lösungsmodelle mit ihren jeweiligen notwendigen rechtlichen Konsequenzen entwerfen, nicht aber für alle Verwaltungsbereiche eine erschöpfende Antwort geben. Dazu sind weitere Untersuchungen, vor

^{4a} Bundesratsdrucksache 227/73. Vgl. auch Bundestagsdrucksache 7/910. Siehe dazu jetzt auch K. Redeker, Zum neuen Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 1973, S. 744 ff.

^{4b} Vgl. die Begründung des Entwurfs, I. Allgemeiner Teil, 7.

⁵ Vgl. dazu den unter der Federführung von C. H. Ule erarbeiteten Entwurf eines Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Sozialgerichtsgesetzes (Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 40), Berlin 1969. Siehe zu den Vereinheitlichungsbemühungen im Bereich des Verfahrensrechts jetzt auch den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Rechts der Revision in Zivilsachen und im Verfahren vor Gerichten der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit v. 4. 4. 1973 (BT-Drucksache 7/444) und den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes v. 13. 4. 1973 (BRats-Drucksache 300/73). Zum Stand der Entwicklung und zur Arbeit des Koordinierungsausschusses zur Vereinheitlichung der drei öffentlich-rechtlichen Verfahrensordnungen siehe zuletzt Bundesjustizminister G. Jahn, Überlegungen zur Reform der Rechtspflege, DRiZ 1973, S. 181 ff. (S. 183).

⁶ Vgl. dazu besonders C. H. Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, VerwArchiv 62 (1971), S. 114 ff. (S. 119).

allem das spezielle Studium einzelner Verwaltungsverfahrenarten und -prinzipien nötig.

So verstanden, will diese Studie nur den Grundstein für die künftige Erarbeitung einer Typologie des Verwaltungshandelns unter dem Blickwinkel des funktionalen Zusammenhanges von Verwaltungsverfahrenrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz legen, welche die Ergebnisse des theoretischen Aufrisses notwendig ergänzen und modifizieren wird.

Die historischen⁷ Grundlagen und die Aufgaben der heutigen Verwaltungsgerichtsbarkeit sind gerade in jüngster Zeit eingehend erforscht worden, und auch die Zahl der Arbeiten über den Sozialgestaltungsauftrag⁸ der Verwaltung und ihrer Entscheidungsverfahren⁹ im modernen industriellen Staat ist im Zunehmen begriffen. Es besteht jedoch ein Mangel an neueren¹⁰ Untersuchungen, die über eine isolierte Betrachtung jeweils der Verwaltungsgerichtsbarkeit oder der Verwaltung und ihrer Entscheidungsprozesse hinausgehen, und die sich mit der funktionalen Aufgabenverteilung und Aufgabenzuordnung zwischen administrativem Verfahren und verwaltungsgerichtlicher Kontrolle beschäftigen, sowie mit dem gegenseitigen Bedingungs Zusammenhang, in

⁷ Vgl. besonders A. Görlitz, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland, Neuwied a. Rhein und Berlin 1970, S. 15—61 und H. U. Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Frankfurt a. M. 1971 passim. Dazu ebenfalls F. A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 1971, S. 254 ff. und M. Sellmann, Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit — ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 1, Karlsruhe 1963, S. 25 ff.

⁸ Vgl. dazu u. a.: P. Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1968, S. 446 ff. (S. 450 f.); ders., Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 6 ff.; L. Gehrmann, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Juli 1971 — Sondernummer, S. 139 ff.; H. Schäfer, Moderne Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DVBl. 1972, S. 405 ff. Zur historischen Entwicklung zum modernen Verwaltungsstaat vgl. V. Wrage, Entwicklungstendenzen und aktuelle Probleme der deutschen öffentlichen Verwaltung, PVS 1971, S. 264 ff. (S. 264—271) u. Th. Ellwein, Formierte Verwaltung — Autoritäre Herrschaft in einer parlamentarischen Demokratie, in: Parlamentarismus ohne Transparenz (Hrsg. W. Steffani), Opladen 1971, S. 48 ff. (S. 52 f.).

⁹ F. Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, München 1971.

¹⁰ Die wohl besten neueren Darstellungen der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit haben K. Redeker, Sozialstaatliche Gestaltung und rechtsstaatliche Bindung, DVBl. 1971, S. 369 ff., ders., Fragen der Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, DÖV 1971, S. 757 ff. und F. Ossenbühl, Verwaltungsrecht im sozialen Rechtsstaat, SKV 1971, S. 57 ff. (S. 60 ff.), ders., Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, DÖV 1972, S. 401 ff. geliefert.