

ENTWICKLUNGSPFADE IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT MIT RECHTSVERGLEICHENDEN SEITENBLICKEN

Zur Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft nach dem 2. Weltkrieg

Einleitung

Die heutige Verwaltungsrechtswissenschaft betont Kommunikation als neu entdecktes Paradigma.¹ Erst in den letzten Jahren sei das Rechtsverhältnis als Kommunikationsverhältnis erkannt worden. Diese Erzählung macht es sich jedoch zu einfach. Unter vielfältigen anderen Etiketten ist die Kommunikation zwischen Verwaltung und Bürger vielmehr schon lange Gegenstand der (bundesdeutschen) Verwaltungsrechtswissenschaft gewesen. Um dies zu zeigen, sollen im Folgenden Diskurse der Zukunft zu den Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten rekonstruiert werden. Dabei soll eine vorschnelle Festlegung auf einen bestimmten Kommunikationsbegriff vermieden, stattdessen vielmehr die Bedeutung von Kommunikationsmustern aus dem Referenzgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts in den Diskursen analysiert werden. Beispiele für Kommunikationsmuster sind Anhörung, Begründung, Akteneinsicht oder Öffentlichkeitsbeteiligung, die sich insbesondere in den Verwaltungsverfahrensgesetzen finden.

* Die Verf. ist wissenschaftliche Assistentin am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie, Freiburg im Breisgau.

¹ Einflussreich und rechtsgebietsübergreifend *J. N. Druey*, Information als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung, Zürich 1995, S. 27: „Kommunikation [...] ist die Information, die im menschlichen, und damit auch im Rechts-Verhältnis fließt.“ Speziell für das Verwaltungsrecht *R. Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/G. F. Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 219 (228).

Methodologische Vorbemerkung

Der Rekonstruktion der einzelnen Diskurse sollen einige methodologische Bemerkungen vorangehen. Bei einer Gesamtbetrachtung der Verwaltungswissenschaft über die ersten Jahrzehnte (zunächst) der Bundesrepublik hinweg fällt auf, dass aufeinanderfolgende Leitbegriffe die Debatten der Verwaltungswissenschaft, aber auch Rechtsprechung und Rechtspolitik prägten. Insofern mag hier als historiographische Methode auf den ersten Blick ein begriffsgeschichtlicher Ansatz naheliegen. Jedoch interessiert sich die herkömmliche Begriffsgeschichte primär für den Bedeutungswandel einzelner Begriffe über einen sehr langen Zeitraum hinweg, wobei traditionell die sog. Sattelzeit, also die Zeit zwischen 1750 bis 1850, als besonders relevant eingestuft wird.² Für die vorliegende Analyse eignet sich diese herkömmliche Begriffsgeschichte daher nicht. Denn zum einen erscheint für den vorliegenden Zusammenhang der aufeinanderfolgende Wechsel verschiedener Leitbegriffe interessanter, zum anderen kann für eine zeitgeschichtliche Untersuchung ohnehin nicht auf die klassische begriffsgeschichtliche Konzeption, wie sie vor allem *Reinhart Koselleck* entworfen hat, zurückgegriffen werden.

Anschlussfähig und fruchtbar erscheint dagegen eine Fortentwicklung der Begriffs- hin zu einer Diskursgeschichte. Zwar mag der Diskursbegriff selbst ob seiner Omnipräsenz und seiner Vereinnahmung durch die unterschiedlichsten Theorien in Misskredit geraten sein. So oszilliert er zwischen dem Habermasschen und dem Foucaultschen Diskursverständnis, um nur die beiden bekanntesten Diskursbegriffe zu nennen, ohne dass bei der häufigen Begriffsverwendung deutlich würde, von welchem Verständnis jeweils ausgegangen wird. Dennoch ist es der Geschichtswissenschaft in den letzten Jahren gelungen, ein überzeugendes methodologisches Konzept für eine Diskursgeschichte vorzulegen. Danach können Diskurse mit *Achim Landwehr* verstanden werden als „regelmäßige, strukturierte und sich in einem systematischen Zusammenhang bewegende Praktiken und Redeweisen, die einen gewissen Grad der Institutionalisierung erreicht haben und benennbaren Formationsregeln unterliegen“.³

Die Strukturierung der nun folgenden Diskursgeschichte möchte ich anschaulich machen anhand eines von mir entwickelten Modells, des „Sieben-

² Zur Methode der Begriffsgeschichte s. *R. Koselleck*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart 2004 (1972), Bd. 1, S. XIII ff. (XIX); *ders.*, *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, *Archiv für Begriffsgeschichte* 11 (1967), S. 81 ff.

³ *A. Landwehr*, *Diskurs – Macht – Wissen*, *Archiv für Kulturgeschichte* 85 (2003), S. 71 (105); s. zu den verschiedenen Diskursbegriffen auch *ders.*, *Geschichte des Sagbaren. Einführung in die Historische Diskursanalyse*, Tübingen, 2001, S. 65 ff.

Hügel-Modells“: Jeder ‚Hügel‘ steht dabei für einen Diskurs in der Geschichte der Bundesrepublik, wobei die Hügelform – eine Glockenkurve – das An- und Abschwellen eines Diskurses, also seine unterschiedliche Intensität vor Augen führen soll. Jedem ‚Hügel‘ ist ein Schlüsselbegriff zugeordnet, nämlich derjenige, der zu einer gewissen Zeit zu diskursiver Geltung aufgestiegen ist, um ein Problem oder eine Herausforderung eines bestimmten Zeitabschnitts für die Verwaltungs(rechts)wissenschaft zu thematisieren.⁴

Kodifikation

Soweit in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg die Frage nach den Kommunikationsmustern gestellt wurde, fand sie sich zunächst eingebettet in den Diskurs um ein zu kodifizierendes Verwaltungsverfahren. Anders als Österreich besaß Deutschland ebenso wenig wie die Schweiz ein Verwaltungsverfahrensgesetz. Dagegen hatte Österreich schon 1925 mit dem AVG als Ausfluss der Kelsenschen Bundesverfassung ein höchst, kommunikationsfreundliches⁵ Verwaltungsverfahrensgesetz erlassen, auf das 1950 zurückgegriffen werden konnte.⁵

Zwar hatten einige deutsche Bundesländer, zumeist in der Zeit der Weimarer Republik, Entwürfe zum Verwaltungsverfahren konzipiert. Aber vorherrschend war doch die alte Auffassung, wie sie sich schon bei *Otto Mayer* findet,⁶ dass diese Fragen dem Innenbereich des Staates zuzuordnen seien und damit ungeregelt bleiben müssten. In der frühen Bundesrepublik wurden in der Praxis die Rechtsprobleme jedoch immer drängender, weswegen sich die Bundesregierung 1956 entschloss, eine Sachverständigenkommission zu beauftragen, Vorschläge zur Regelung des Verwaltungsverfahrens zu entwi-

⁴ Vgl. *A.-B. Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung. Diskurse zu den Kommunikationsbeziehungen zwischen staatlicher Verwaltung und Privaten in der Verwaltungswissenschaft der Bundesrepublik, Baden-Baden 2008, im Erscheinen, § 2 III.

⁵ Österreichisches Bundesgesetz vom 21. 7. 1925 über das allgemeine Verwaltungsverfahren (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – A.V.G.), BGBl. Nr. 274, in Kraft getreten am 1. 1. 1926, wiederverlautbart durch die Kundmachung der Bundesregierung vom 23. 5. 1950 (BGBl. Nr. 172). Das AVG war in erster Linie von dem Leiter des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes *E. Mannlicher* konzipiert worden, s. den Diskussionsbeitrag von *W. Antonioli*, VVDStRL 17 (1959), S. 234 (235). Verfassungsrechtlicher Hintergrund des Gesetzes ist der sog. Totalvorbehalt des Art. 18 I des Österreichischen Bundesverfassungsgesetz, wonach die „gesamte staatliche Verwaltung [...] nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden“ darf.

⁶ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3.A., München und Leipzig 1924, S. 62 f.: „Nur eine weltfremde Verschrobenheit könnte sich die Arbeit des Staates für seine Zwecke, die lebendige Verwaltung, schlechthin eingezwängt denken in die festumschließenden gleichmäßigen Formen der Justiz“.

ckeln.⁷ Spätestens mit diesem Zeitpunkt sollte die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens die Verwaltungsrechtswissenschaft beschäftigen – bis zum späten Erlass des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes im Jahre 1976.⁸ Auffällig ist, dass zur gleichen Zeit auch in der Schweiz die Kodifikation eines Bundesverwaltungsverfahrens diskutiert wurde, wobei das „Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren“ hier aber bereits ein knappes Jahrzehnt zuvor erlassen wurde (20. Dezember 1968).⁹

In Deutschland lässt sich die lange Verzögerung der Kodifikation u. a. damit erklären, dass die deutschen Staatsrechtslehrer nicht mit einer Stimme sprachen. Drei verschiedene Strömungen lassen sich insoweit ausmachen. Die erste Bewegung um *Carl Hermann Ule* kämpfte unter *rechtsstaatlichen* Vorzeichen für eine bürgerfreundliche Regelung. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stand die Anhörung; diese sei vom Rechtsstaatsprinzip zwingend gefordert. Auf diesen hier bedeutsamen Zusammenhang zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht hatte 1959 der damalige Präsident des BVerwG, *Fritz Werner*, erstmals aufmerksam gemacht mit seinem Diktum „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“¹⁰ – gleichsam als Gegenentwurf¹¹ zu *Otto Mayers* Motto „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“¹². Zugleich war damit der Grundstein der Konstitutionalisierung gelegt,¹³ die ihren Ausgangspunkt im Rechtsstaatsprinzip fand.¹⁴ Auch an dieser Stelle fallen Parallelen zur Entwicklung des schweizerischen Ver-

⁷ In demselben Jahr war in der Schweiz im Auftrag des eidgenössischen Justizdepartements von *M. Imboden* ein „Entwurf eines Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren“ ausgearbeitet worden.

⁸ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. Mai 1976, BGBl. I, S. 1253 ff.

⁹ Näher zum Prozess in der Schweiz, der schließlich in die Kodifikation mündete, *E. Fischli*, Einführung, in: C. H. Ule (Hg.), Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes, Berlin 1967, S. 605 ff. *Fischli* dokumentiert auch die Verwaltungsverfahrensgesetze – zumeist „Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege“ genannt – der einzelnen Kantone.

¹⁰ *F. Werner*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, DVBl. 1959, S. 527 ff.

¹¹ *C. Schönberger*, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, in: M. Stollreis (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, Berlin 2006, S. 53.

¹² *O. Mayer*, (Fn. 6), S. 6.

¹³ *G. F. Schuppert/C. Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Baden-Baden 2000.

¹⁴ Zur Rückkehr zum Rechtsstaat *M. Stolleis*, Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: D. Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Frankfurt a. M. 1994, S. 227 (236 ff.), sowie *A. Voßkuhle*, Allgemeines Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht, in: D. Willoweit (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, München 2007, S. 935 ff.

waltungsrechts ins Auge, das ebenfalls als vom Rechtsstaatsprinzip durchdrungen angesehen wurde.¹⁵

Gegen die Kodifikationsbestrebungen in Deutschland wandte sich insbesondere eine Richtung, die vorsichtig als *Schmitt*-Schule bezeichnet werden kann: Eine Kodifikation mit rechtsstaatlich determinierten Kommunikationsmustern bedeutete für sie ein Hemmnis der entscheidungsstarken Verwaltung. Schließlich sollte eine weitere Gruppe unter den Verwaltungsrechtswissenschaftlern ebenfalls beträchtlichen Einfluss auf die Kodifikation gewinnen: Es waren diejenigen, die ein ausdifferenziertes Gerichtsverfahren gegen ein starkes Verwaltungsverfahren ausspielten.

Ergebnis der jahrzehntelangen Diskussionen war in Deutschland dann ein Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), das bis heute die Spuren aller drei Richtungen in sich trägt, da sich die Kodifikatoren nur vordergründig durchgesetzt hatten. Denn ausgeprägte Heilungsvorschriften sorgen bis heute dafür, dass Fehler bei Anwendung der Kommunikationsmuster wie der Anhörung des Bürgers, der Begründung eines Verwaltungsaktes etc. in vielen Fällen unbeachtlich sein können (§§ 45 und 46 VwVfG). Insoweit hatten sich die Kodifikationskritiker, vereint mit den Befürwortern eines starken Gerichtsverfahrens, durchgesetzt. Zugleich fand in den erwähnten Unbeachtlichkeitsvorschriften das für das deutsche Verwaltungsrecht prägende Prinzip der Ergebnisgerechtigkeit seinen Niederschlag, das Verwaltungsverfahren mit samt der Verwaltungskommunikation wurde zum *dienenden Verfahren* herabgestuft.

Automation

In den 1960er Jahren trat ein weiteres Aufmerksamkeitsfeld der Verwaltungswissenschaft hinzu, das einerseits durch eine sich frisch herausbildende Verwaltungslehre bestimmt wurde, andererseits auch im Fokus der *Forsthoff*-Schule stand. Es handelt sich im weitesten Sinne um die Frage des Einflusses der Technik auf die Verwaltung, zumeist verhandelt unter dem Stichwort der Automation. Anfangs herrschte dabei eine technikkritische Einstellung vor. Die gesamtgesellschaftliche Diskussion, die u. a. um den Begriff der Entfremdung kreiste,¹⁶ fand so auch in die Verwaltungsrechtswissenschaft Eingang.

¹⁵ Zu denken ist etwa an den bereits aussagekräftigen Titel des Lehrbuchs von Z. *Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960.

¹⁶ P. *Nolte*, Die Ordnung der deutschen Gesellschaft. Selbstentwurf und Selbstbeschreibung im 20. Jahrhundert, München 2000.

Rückblickend kommt der heute längst vergessenen Automationsdebatte vor allem in zweifacher Hinsicht Bedeutung zu:

Zum einen ist es ihr Verdienst, die Bedeutung der Begriffe Information und Kommunikation für Verwaltung und Verwaltungsrecht herausgearbeitet zu haben, die heute zu Schlüsselbegriffen der Verwaltungs(rechts)reform geworden sind. Eine besondere Rolle nahm hier der Grenzgänger *Niklas Luhmann* ein, der diese Begriffe für seine frühen systemtheoretischen Schriften aus der Kybernetik rezipierte, dessen Beiträge jedoch, weil aus der Feder eines Verwaltungsjuristen stammend, für den damaligen Diskurs anschlussfähig blieben. Allerdings wirkte sich die Technisierung auf die Kommunikationsmuster des Verwaltungsverfahrens trotz all dieser Erkenntnisfortschritte eher schwächend aus, weil trotz der anfänglichen technikkritischen Einstellung nunmehr versucht wurde, Verfahrensschritte Maschinen zu überlassen.

Zum anderen wurden in dieser Debatte erstmals die Unzulänglichkeiten der bis heute vorherrschenden juristischen Methode¹⁷ angesprochen, etwa von *Ernst Forsthoff* und seinen Schülern. *Luhmann* fasste die Problematik pointiert zusammen:

„Die spezifisch juristische Methode der Normauslegung ist zwar nur auf vorgegebene Normen anwendbar. Das heißt aber nicht, dass der Jurist sein Blickfeld durch die Zulässigkeitsfrage beschränken, sich also in einem Haus ohne Fenster einschließen müsste, das nur durch einen Briefkasten für Gesetzblätter und Schriftsätze mit der Umwelt verbunden ist“.¹⁸ Der Streit um die Frage der Ergänzung der juristischen Methode ist freilich bis zum heutigen Tage nicht ausgetragen.¹⁹

Und was ist insgesamt aus dieser Debatte geworden? Sie mündete ab den 1970er Jahren ein in ein neues, aber verwandtes Themenfeld, nämlich die Diskussion um den Datenschutz.

Datenschutz

Zur Erforschung von Kommunikationseuphorien gehört auch die Analyse von Gegenbewegungen. Datenschutz soll daher mit seiner Betonung von Kom-

¹⁷ Für die Schweiz: *A. Mächler*, Die Entwicklung des schweizerischen Verwaltungsrechts im Spiegel des Zentralblattes, ZBl 1999, S. 2 (4).

¹⁸ *N. Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Berlin 1966, S. 12.

¹⁹ Zur aktuellen methodischen Neuausrichtung vor dem Hintergrund der juristischen Methode *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, § 1, Rdnrn. 2 ff. und 9 ff.

munikationsgrenzen als die andere Seite der ‚Kommunikationsmedaille‘ in den Blick genommen werden.

Während Deutschland im Kodifikationsdiskurs der internationalen Entwicklung hinterherhinkte,²⁰ war es bei der Entwicklung des Datenschutzes Vorreiter: 1970 erließ Hessen das erste Datenschutzgesetz der Welt. Diese frühzeitige Sensibilisierung für eine drohende staatliche Datenmacht lässt sich wohl nur durch ein Zusammenspiel verschiedener Umstände erklären. Die Erfahrung des Totalitarismus traf hier auf die deutsche Tradition der Technikkritik. Konkreter Anlass war schließlich 1968 der aktuelle Plan des damaligen Bundeskanzlers *Kurt Georg Kiesinger*, eine „Bundesdatenbank“ zu errichten, um die politische Planung auf eine gesicherte Datengrundlage zu stellen.

Für eine konzeptuelle Fortentwicklung des Datenschutzes sorgte der heute weitgehend in Vergessenheit geratene *Wilhelm Steinmüller* (damals Professor an der Universität Regensburg), der nicht nur das maßgebliche Gutachten für das Bundesdatenschutzgesetz erstellte, sondern auch auf system- und rollentheoretischer Grundlage Begriffe wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht prägte.²¹ 1977 wurde dann das Bundesdatenschutzgesetz erlassen,²² in einer Zeit, in der auch in der Schweiz die Gesetzgebungsarbeit an einem Datenschutzgesetz begann.²³

Als Höhepunkt des Datenschutzdiskurses muss freilich die Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983 gelten,²⁴ die zu einer Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung führte. Spätestens seit diesem Zeitpunkt muss allerdings – dem hier vorgeschlagenen Hügel-Modell entsprechend – eine kontinuierliche Abnahme der Bedeutung des Datenschutzes konstatiert werden. Wiewohl auch in neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts noch am Recht auf in-

²⁰ So teilte *F. Becker*, *Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Stuttgart 1960, die europäischen Länder in drei Kategorien ein: Staaten mit a) hochentwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht (z. B. Österreich), b) teilweise entwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht (z. B. die Schweiz) und c) gering entwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht (z. B. Deutschland).

²¹ *W. Steinmüller et al.*, *Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern*, 1971, abgedruckt als Anlage 1 zur BT-Drs. VI/3826, S. 93.

²² Gesetz zum Schutz vor Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) vom 27. Januar 1977, BGBl. I 1977, S. 201 ff.

²³ Nachweise finden sich bei *P. Müller*, *Die Grundzüge des Entwurfs für ein schweizerisches Datenschutzgesetz insbesondere im Vergleich mit den Regelungen einiger Nachbarstaaten*, ZBl 1988, S. 425.

²⁴ BVerfGE 65, 1 ff. – Volkszählung.

formationelle Selbstbestimmung festgehalten wird, musste in der gesellschaftlichen Bedeutung der Datenschutz dem Recht auf Sicherheit weichen.

Partizipation

Es waren die gesamtgesellschaftlichen Schlüsselbegriffe der Partizipation und der Demokratisierung, die die deutsche, aber auch die schweizerische Verwaltungsrechtswissenschaft, parallel zur Entdeckung der Planung, in den 1970er Jahren und darüber hinaus beschäftigten. Diese Leitbegriffe lassen bereits ihrem Wortlaut nach erkennen, dass die Auseinandersetzung im Öffentlichen Recht nunmehr, anders als bis dato, nicht mehr primär um das Rechtsstaatsprinzip kreiste; vielmehr waren es das Demokratieprinzip und flankierend das Sozialstaatsprinzip, die in das Zentrum der Aufmerksamkeit rückten.²⁵ Die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts, das wird an dieser Stelle deutlich, war also ein schrittweiser Prozess, in dem erst allmählich die verschiedenen Verfassungsprinzipien entdeckt werden sollten.

Wie bereits angedeutet, war Auslöser dieser Fachdebatte eine gesamtgesellschaftliche Diskussion. Wichtige Akteure waren *Ralf Dahrendorf* und *Jürgen Habermas*. Worin bestanden die wesentlichen Forderungen? Sämtliche gesellschaftlichen Bereiche sollten demokratisiert werden. Und da der Staat zunehmend nicht mehr im Hegelschen Sinne als von der Gesellschaft getrennt bzw. ihr übergeordnet angesehen wurde, vielmehr allmählich zum Teil der Gesellschaft wurde (insofern übereinstimmend und pointiert *Luhmann*: Staat als Selbstbeschreibung des politischen Systems), war es nur folgerichtig, auch bei der Verwaltung als einem gesellschaftlichen Subsystem neben anderen entsprechende Demokratisierungsforderungen aufzustellen.

Die deutsche Staatsrechtslehre konnte mit solchen Konstruktionen freilich wenig anfangen. Sie zog sich auf ihre überkommene Auslegung des Demokratieprinzips zurück, wonach – so der Wortlaut des Art. 20 II 2 GG – die Staatsgewalt vom Volke durch Wahlen (und selten: Abstimmungen) und im Übrigen durch die drei Staatsgewalten ausgeübt wird. Eine Partizipation des Volkes, genauer: eines Teilvolkes, an Verwaltungsentscheidungen kam danach zumindest unter dem Aspekt der Demokratie nicht in Betracht. Der *Smend*-Schüler *Wilhelm Hennis* fasste die allgemeine Meinung in der Staats-

²⁵ Dass die Entwicklungspfade in der Schweiz und in Deutschland hier weitgehend parallel verliefen, lässt sich eindrücklich an folgendem Beispiel zeigen: Vgl. *einerseits* den Beitrag von *J. P. Müller*, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* N. F. 92 (1973), S. 687 ff. (zum Sozialstaat: S. 749 ff., zur Planung: S. 786 ff.), *andererseits* das themenverwandte Referat von *P. Häberle*, *Grundrechte im Leistungsstaat*, *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 ff.

rechtslehre zusammen: „Für Anhörung, Mitwirkung, auch Mitbestimmung, sollte, wo immer es möglich ist, Raum gegeben werden. Nur ‚demokratisch‘ läßt all dies sich nicht legitimieren“.²⁶

Dennoch blieb die Dogmatik nicht gänzlich unberührt von den allgemeinen Forderungen nach Partizipation, wobei die Verwaltungsrechtswissenschaft allerdings ihren ganz eigenen Weg der Rezeption fand. Es war die Verfahrensdimension der Grundrechte, von *Peter Häberle* in den 1970er Jahren entwickelt²⁷ und vom Bundesverfassungsgericht in den 1980er Jahren aufgegriffen (grundlegend: die Mülheim-Kärlich-Entscheidung),²⁸ die nicht nur den im deutschen Verwaltungsrecht unterbelichteten Verfahrensgedanken aufwertete, sondern in den Verfahren gerade dem Bürger eine zentrale Mitsprachestellung einräumen wollte. Ebenfalls in den 70er Jahren hielt *Jörg P. Müller* in demselben Sinne aus Schweizer Perspektive fest: „Kommunikation aller Beteiligten bereits im Vorverfahren der Rechtsgestaltung, nicht erst im Nachverfahren verwaltungsgerichtlicher Überprüfung von Leistungs- und Lenkungsmaßnahmen liegt nicht nur im Individualinteresse der Betroffenen, sondern entspricht auch einem möglichst sachgerechten Ausbau des Leistungsstaates.“²⁹ Mit Recht kann daher vom Partizipationsdiskurs als einem Höhepunkt der alle hier vorzustellenden Diskurse übergreifenden Kommunikationsdebatte gesprochen werden.

Beschleunigung

Es dauerte nicht lange, bis sich die geschilderte Verfahrenseuphorie wieder legte und stattdessen Prinzipien Aufmerksamkeit erlangten, die in eine ganz andere Richtung zielten. Seit Anfang der 1990er Jahre beherrschten in diesem Zusammenhang die Begriffe Effizienz und vor allem Beschleunigung das Feld. Leitend war die Vorstellung, dass sich das Verwaltungssystem den Rhythmen anderer gesellschaftlicher Systeme anzupassen habe, in erster Linie freilich dem Wirtschaftssystem. Dabei wurde mit dem Gedanken der Effizienz in dieser Phase der Verwaltungsrechtswissenschaft zwar kein Verfassungsprinzip des GG entdeckt³⁰ – in Österreich misst man ihm dagegen Verfassungsrang zu –, aber doch ein zentraler Handlungsmaßstab der Verwal-

²⁶ *W. Hennis*, Demokratisierung. Zur Problematik eines Begriffs, Köln und Opladen, 1970, S. 33.

²⁷ *P. Häberle* (Fn. 25); daran anschließend *J. P. Müller* (Fn. 25), S. 925.

²⁸ BVerfGE 53, 30 ff.

²⁹ *J. P. Müller* (Fn. 25), S. 925.

³⁰ Wiewohl Art. 114 Abs. 2 GG der Exekutive die Effizienz als Handlungsmaßstab der Wirtschaftlichkeit vorgibt, s. *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe, 2. Auflage, Berlin und Heidelberg 2004, 6/66.

tung. Spätestens in diesem Diskurs kann von einem Einbruch des ökonomischen Denkens in das allgemeine Verwaltungsrecht gesprochen werden.

Es war maßgeblich *Martin Bullinger*, der die Idee der Beschleunigung in die Verwaltungsrechtswissenschaft einbrachte.³¹ Anlass für diesen aufkommenden Diskurs war allerdings nicht nur die zeitaufwendige Bürgerbeteiligung, die infolge des Partizipationsdiskurses in neueren Gesetzen (z. B. im Städtebauförderungsgesetz) ausgeweitet worden war. Gleichzeitig trugen auch tatsächliche Widerstände von sog. Neuen Bewegungen gegen umweltrelevante Großvorhaben zum Aufkommen des gegenläufigen Beschleunigungsdiskurses bei.

Für die Kommunikationsmuster im Verwaltungsverfahrensgesetz erwies sich der Beschleunigungsdiskurs als ambivalent. Einerseits wurden neue Kommunikationsverfahren in das VwVfG aufgenommen (§§ 71 a-e VwVfG), etwa eine Antragskonferenz auf Verlangen des Antragstellers (§ 71e VwVfG) oder eine Vor-Antrags-Kommunikation (§ 71c Abs. 2 VwVfG). Andererseits wurden die vorhandenen Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften im VwVfG noch ausgebaut.³² Dieses Paradox lässt sich auflösen, wenn man sich vor Augen führt, dass es sich bei der ersten Fallgruppe um Kommunikation der Verwaltung mit der Wirtschaft handelt, die zweite Fallgruppe dagegen den einfachen Bürger betrifft. Auch in der Schweiz führte das Argument der Beschleunigung zur Relativierung der – dem deutschen Recht fremden – Rechtsfigur der Ansprüche formeller Natur durch eine ‚heilungsfreundliche‘ Rechtsprechung.³³

Kooperation

Spätestens seit dem Staatsrechtslehrerreferat von *Wolfgang Hoffmann-Riem* Anfang der 1980er Jahre war für die Verwaltungsrechtswissenschaft ein neu-

³¹ Grundlegend *M. Bullinger*, Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft, JZ 1991, S. 53 ff., sowie *ders.*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben. Ein Beitrag zur zeitlichen Harmonisierung von Verwaltung, Wirtschaft und Gesellschaft, Baden-Baden 1991.

³² Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren vom 12. 9. 1996, BGBl. I, S. 1354.

³³ Nachweise enthält der ‚heilungskritische‘ Beitrag von *B. Schindler*, Die „formelle Natur“ von Verfahrensgrundrechten. Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der „Heilung“, ZBl 2005, S. 169 (174 ff., 190); s. ferner *L. Kneubühler*, Gehörsverletzung und Heilung. Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstößen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten „Heilung“, ZBl 1998, S. 9 ff.

er Schlüsselbegriff diskursprägend: derjenige der Kooperation.³⁴ Ihm lagen Entdeckungen aus zwei völlig unterschiedlichen Richtungen zugrunde. Zum einen hatten soziologische Implementationsstudien bereits in den 1970er Jahren ergeben, dass die Anwendung des Verwaltungsrechts in der Praxis regelmäßig durch Kommunikations- und Aushandlungsprozesse bestimmt ist. Zum anderen hatten zuvor bereits dem konservativen Lager zuzurechnende Staatsrechtslehrer wie *Ernst Forsthoff* und *Herbert Krüger* bedauernd konstatiert, auf die Bundesrepublik träfen die herkömmlichen Kategorien von Staatlichkeit nicht mehr zu, deren Alltag sei vielmehr durch eine Kooperation zwischen Staat und gesellschaftlichen Kräften bestimmt. So zählte *Forsthoff* schon 1960 „Verträge, Stillhalte-Abkommen, Absprachen, Empfehlungen, Warnungen“ auf als „Beispiele aus der breiten Skala der Möglichkeiten, in denen sich diese Kooperation konkretisiert“.³⁵

Dogmatisch erwies sich der Kooperationsdiskurs als wenig anschlussfähig. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die Spannung des Kooperationsbegriffs zwischen anti-hierarchischer Kommunikation und kollusiver Verwaltungspraxis bis heute von der Verwaltungsrechtswissenschaft noch nicht zufriedenstellend aufgelöst werden konnte.

Information

Die gegenwärtig geführte Diskussion ist durch den Informationsbegriff geprägt. Drei wichtige Aufmerksamkeitsfelder im Rahmen dieses Diskurses sollen hervorgehoben werden:

Erstens rückte insbesondere das Kommunikationsmuster der Akteneinsicht in den Vordergrund; so erließ der deutsche Bundesgesetzgeber nach zahlreichen Vorarbeiten der Literatur,³⁶ aber auch unter dem Einfluss des Europarechts³⁷ im Jahr 2005 das Informationsfreiheitsgesetz, das den Bürgern

³⁴ *W. Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff. S. aus der Schweizer Literatur etwa *P. Richli*, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, ZBl 1991, S. 381 (382 f.): „Man kann geradezu von einer Sympathiewelle für kooperatives und vertragliches Handeln sprechen“.

³⁵ *E. Forsthoff*, Die Bundesrepublik Deutschland, Merkur 14 (1960), S. 807 (811).

³⁶ *A. Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Baden-Baden 2000; *F. Schoch/M. Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE). Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2002. Parallele Entwicklungen in der Schweiz dokumentiert *I. Häner*, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuere Entwicklungen, ZBl 2003, S. 281 ff.

³⁷ Hervorzuheben ist etwa die Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABIEG vom 23. 6. 1990 Nr. L

grundsätzlich eine Akteneinsicht gewährt, ohne diese von einem subjektiv-öffentlichen Recht abhängig zu machen.³⁸ Weitere Aufmerksamkeitsfelder sind – zweitens – die Entwicklung eines neuen Datenverkehrsrechts³⁹ sowie drittens die sog. Publikumsinformationen.⁴⁰ Diese Probleme werden nunmehr überwiegend unter dem Begriff des Informationsverwaltungsrechts verhandelt.⁴¹

Insgesamt erweist sich die Informationsdiskussion als nichts weniger als der Versuch vor allem der sog. Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, alle hier rekonstruierten Diskurse zu bündeln und unter dem Dach des Informationsverwaltungsrechts zu vereinen. Dies erklärt auch, warum für einzelne Rechtsprobleme einerseits regelmäßig konstatiert werden kann, dass sie schon in früheren Debatten längst thematisiert worden waren, warum aber auch andererseits in jüngster Zeit mit Recht immer wieder eine Kommunikationsverdichtung postuliert wird. Die Bündelung der vergangenen Debatten in Verbindung mit der Geschichtsvergessenheit des juristischen Diskurses bringt allerdings auch die Gefahr mit sich, dass die diskursprägenden Begriffe der vergangenen Debatten⁴² nur noch als leere Hülsen mitgeführt werden, ohne sich ihrer auch politisch-geschichtlichen Implikationen bewusst zu sein.

158, S. 56. – Zur Europäisierung und Internationalisierung als zweiter Phase des Öffentlichen Rechts nach 1949 s. *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt a. M. 2003, S. 411 (422 ff.).

³⁸ Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 5. 9. 2005, BGBl. I, S. 2722. Kurz zuvor war in der Schweiz das in die gleiche Richtung zielende Öffentlichkeitsgesetz (Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung) erlassen worden.

³⁹ S. statt aller *W. Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes –, AöR 123 (1998), S. 513 ff.

⁴⁰ Wegweisend waren die beiden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 105, 252 ff. – Glykol sowie 105, 186 ff. – Osho. Vgl. aus der Schweizer Diskussion *M. Müller*, Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns. Überlegungen am Beispiel der staatlichen Empfehlungen, ZBl 1995, S. 533 ff.

⁴¹ Dieser Begriff wurde von *R. Pitschas* (Fn. 1), S. 242 und 253, geprägt und hat sich seither allgemein durchgesetzt. Von *P. Richli*, Öffentlichrechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990, S. 154 f., wurde, in die gleiche Richtung zielend, vorgeschlagen, von einer eigenständigen Kategorie der „Informationsverwaltung“ zu sprechen.

⁴² Teilweise handelt es sich auch um eine Wiederholung von Moden. Dies mag etwa für den Partizipationsbegriff gelten, der inzwischen auch im Europarecht Karriere gemacht hat. Beispiele für die Relevanz des Partizipationsbegriffs in jüngster Zeit sind aus dem verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskurs *H. Rossen-Stadtfeld*, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, München 2007, § 30; aus politikwissenschaftlicher Perspektive *V. Gerhardt*, Partizipation. Das Prinzip der Politik, München 2007, bei dem der Begriff seine Konturen allerdings vollständig verliert,

Schluss

Zusammenfassend ist festzuhalten, wie sehr die einzelnen Entwicklungspfade der (deutschen) Verwaltungsrechtswissenschaft an Leitbegriffe gekoppelt sind, die über eine gewisse Zeit hinweg „übergreifende Ordnungsideen für bestimmte Argumentationszusammenhänge fruchtbar [...] machen, indem sie eine Fülle von Informationen und Gedanken in einem Wortspeicher bündeln, strukturieren und begreifbar machen.“⁴³ Analysiert man wiederum die diskursprägenden Begriffswörter, fällt zweierlei ins Auge:

Zum einen sind sie regelmäßig keine Rechtsbegriffe (eine Ausnahme bildet der Begriff der Kodifikation), sondern gesamtgesellschaftliche Schlüsselbegriffe; sie werden vom rechtswissenschaftlichen Diskurs mit einiger zeitlicher Verzögerung aufgegriffen und nach den spezifischen Regeln des Rechtssystems „übersetzt“. So stellte etwa die erwähnte Verfahrensdimension der Grundrechte – der *status activus processualis* – die Antwort des Rechts(wissenschafts)systems auf die gesamtgesellschaftliche Diskussion der 1970er Jahre über mehr Mitsprache, Mitbestimmung und Demokratisierung dar. Begriffe wie die sieben hier vorgestellten sind mithin notwendig, um die verschiedenen Systeme gleichsam miteinander zu verkoppeln und die Anschlussfähigkeit des Rechtssystems an die anderen Gesellschaftssysteme zu sichern.

Zum anderen sind die Begriffe wegen ihres gesamtgesellschaftlichen Ursprungs nicht auf das deutsche Rechtssystem zugeschnitten und beschränkt. Sie sind daher auch in anderen Rechtssystemen wie dem schweizerischen wiederzufinden, freilich mit anderen rechtlichen Implikationen. Gerade als Internationalismen (hier stellt der Begriff der Beschleunigung die Ausnahme dar) sind die Begriffe in der Lage, Diskurse über die Länder- und Sprachgrenzen (etwa innerhalb der Schweiz) hinweg miteinander zu verknüpfen. Hierin mag ein wesentlicher Grund liegen, warum in der deutschen und der schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft viele Entwicklungspfade parallel verliefen; insoweit ist eben nicht nur die Verwandtschaft der Rechtssysteme und die institutionelle Verknüpfung, etwa durch die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, bedeutsam, sondern auch die verbindende Kraft der Begriffe.

wenn Partizipation schon mit dem bewussten Leben in staatlichen Gemeinschaften beginnen soll (S. 356).

⁴³ A. Voßkuhle, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (196).