

## II. ÖFFENTLICHES UND VERFASSUNGSRECHT

### **Sanktionen im Verwaltungs- und Verfahrensrecht: Informelle Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz des Bürgers – Wechselseitige und gemeinsame Lernprozesse des deutschen und des japanischen Öffentlichen Rechts –**

*Eberhard Schmidt-Aßmann*

- I. Drei Phasen gemeinsamer Verwaltungsrechtsentwicklung
- II. Das traditionelle Konzept des Öffentlichen Rechts
  - 1. Die drei Kernelemente des Verwaltungsrechts-Modells
    - a) „Einheitsdoktrin“
    - b) „Vollzugsdoktrin“
    - c) „Systementscheidung für den Individualrechtsschutz“
  - 2. Vorteile des traditionellen Verwaltungs-Modells
    - a) Rechtsstaatliche Distanz
    - b) Demokratische Legitimation
    - c) Rollen- und Verantwortungsklarheit
  - 3. Kritik des „Reduktionismus“
- III. Die Phase wechselseitigen Lernens im deutschen und japanischen Öffentlichen Recht
  - 1. *Gyōsei shidō* und informales Verwaltungshandeln
  - 2. Gerichtlicher Rechtsschutz in Verwaltungssachen
    - a) Rechtsschutzeffektivität
    - b) Erweiterungen: insbesondere ein „Diskursmodell“
- IV. Die Phase gemeinsamer Bewältigung neuer Herausforderungen
  - 1. Verwaltungsrecht als Kommunikationsordnung
  - 2. „Öffentlichkeit“ als systemprägendes Element
    - a) Recht der Europäischen Union
    - b) Kommunalrecht
  - 3. Aufgaben der Strukturierung
    - a) Funktionen von Öffentlichkeit
    - b) Strukturschwächen von Öffentlichkeit

#### I. DREI PHASEN GEMEINSAMER VERWALTUNGSRECHTSENTWICKLUNG

Die Fragen nach Sanktionen im Recht, zugespitzt auf die Themen des informalen Verwaltungshandelns und des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes verlangen Antworten, die weit in die gesamte Systematik des Verwaltungs- und Verfassungsrechts ausgreifen<sup>1</sup>.

---

1 Vgl. die Beiträge von Y. OHASHI und A. EBHARA in diesem Heft.

Das ist in den beiden japanischen Referaten anschaulich geworden. Was kann das Recht zur Abgrenzung privater und öffentlicher Interessen leisten, und welche Rolle fällt den Gerichten dabei zu? Ich möchte diese Betrachtung aufnehmen und nach Ähnlichkeiten bzw. Abweichungen in den Zugängen des deutschen und des japanischen Rechts fragen. Es geht mir dabei auch darum, über die Entwicklung des Verhältnisses der beiden Rechtsordnungen zueinander Aussagen zu treffen. Ich bestimme dieses Verhältnis in seiner historischen Entwicklung nach Maßgabe eines Drei-Phasen-Modells:

- Im Zentrum der ersten Phase steht die Ausrichtung am liberal-rechtsstaatlichen Konzept des öffentlichen Rechts<sup>2</sup>. Die relative Geschlossenheit dieses Konzepts, die sich auch in einer starken Konzentration auf einen engen Kreis förmlicher Sanktionen zeigt, läßt die Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen noch nicht hinreichend deutlich hervortreten; Japan scheint vielmehr dem rechtsförmlichen deutschen Systemansatz zu folgen (II).
- Die zweite Phase, in der wir uns jetzt befinden, ist ausgefüllt von wechselseitigen Lernprozessen. Ihnen liegt die Überzeugung zugrunde, daß das Recht und seine rechtsförmlichen Sanktionen die Verwaltungsrealität nur unvollständig erfassen können. Angesichts dieser Erkenntnis erscheint es sinnvoll, Lösungen, die die jeweils andere Rechtsordnung nach eigenen Erfahrungen erarbeitet hat, daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie in das eigene Recht übernommen werden können. *Gyôsei shidô* und Gerichtsschutz bieten dafür interessante Untersuchungsfelder (III).
- Die dritte Phase, die künftig verstärkt angestrebt werden sollte, muß dadurch geprägt sein, daß die neuen Herausforderungen, die auf *beide* Rechtsordnungen derzeit zukommen, gemeinsam abgearbeitet werden. Die Ausrichtung an neuen globalen Herausforderungen, die mit den Begriffen der „Informationsgesellschaft“ und der „Internationalisierung“ nur angedeutet werden<sup>3</sup>, bewirkt, daß der gelegentlich beobachtete „Einbahnstraßen-Effekt“ der älteren deutsch-japanischen Verwaltungsrechtsbeziehungen überwunden und durch *die Vorstellung des gemeinsamen Weges* ersetzt wird. Für die geforderten neuen Lösungen gibt es in beiden Rechtsordnungen Ansätze. Das entscheidende Element dieser Phase ist jedoch, daß keine der beiden Rechtsordnungen schon mit fertigen Antworten aufwarten kann (IV).

---

2 Zur Darstellung desselben M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2 (München 1992) 381 ff.

3 Dazu Hinweise in meinem in japanischer Sprache erschienenen Beitrag „Neuere Entwicklungen im deutschen Verwaltungsrecht“, in: *Jichi Kenkyû* (Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung) 72 (1996), Nr. 9, 3 ff. und Nr. 10, 21 ff.

## II. DAS TRADITIONELLE KONZEPT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Nach diesem Konzept stehen sich Staat und Individuum in festen Rechtspositionen gegenüber: Kompetenzen auf der einen Seite, Grundrechte auf der anderen Seite. Das öffentliche Recht hat hier die Aufgabe, diese Positionen genauer zu definieren und dafür zu sorgen, daß sie mit Zwangsmitteln verteidigt werden können: Vollstreckung auf der einen Seite, Gerichtsschutz auf der anderen Seite. Die Grundvorstellung ist „konfrontativ“ und „formenbestimmt“. Das Rechtsstaatsprinzip wird staatsbegrenzend interpretiert. Seine wichtigsten Elemente sind die Gewährleistungen von Freiheitsrechten, Gewaltenteilung und Gerichtsschutz<sup>4</sup>.

Eine zentrale Position fällt den Gerichten zu. Das sind zum einen die sog. *Fachgerichte*, d.h. die Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, Finanz-, Arbeitsgerichte und die an ihnen tätigen ca. 22.000 Berufsrichter. Sie zu allererst leisten den Schutz der Rechte und auch der Grundrechte. Die Bezugnahme auf Grundrechte in fachgerichtlichen Urteilen hat erheblich zugenommen, nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern z.B. auch in zivilrechtlichen Miet-, Bürgschafts- und Ehrenschutzprozessen.

Der Grundrechtsschutz ist durch die Existenz einer *Verfassungsgerichtsbarkeit* intensiviert. Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechte im Rechtsalltag sichtbar gemacht. Jährlich werden ca. 5.000 Verfassungsbeschwerden erhoben (zum Vergleich: Anträge von Gerichten auf konkrete Normenkontrolle ca. 40-50 pro Jahr)<sup>5</sup>; selbst wenn nur ein sehr kleiner Teil davon Erfolg hat, stärkt dieses Instrument die Allgegenwart der Grundrechte bei der Anwendung des einfachen Rechts (unter Einschluß der Frage der Grundrechtskonformität der Gesetze).

### 1. Die drei Kernelemente des Verwaltungsrechts-Modells

Das Verwaltungsrecht nimmt diese Vorstellungen zum Verhältnis von Staat und Individuum auf und konkretisiert sie. Daraus ist ein Verwaltungsrechts-Modell entstanden, das, etwas pointiert ausgedrückt, durch die folgenden drei Kernelemente beschrieben werden kann: die Einheitsdoktrin (a), die Vollzugsdoktrin (b) und die Systementscheidung für den Individualrechtsschutz (c).

#### a) „Einheitsdoktrin“

Die Verwaltung wird rechtlich vom Gewaltenteilungsprinzip her gedacht. Sie ist die Tätigkeit des Staates, die nicht Gesetzgebung oder Justiz ist. Verwaltung erscheint hier im Gewande einer Subtraktionsdefinition, die sie – bildlich gesprochen – zwischen

---

4 Dazu K. STERN, Staatsrecht Bd. 1 (2. Aufl. München 1984) § 20 IV; E. SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsstaat, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 1 (Heidelberg 1987) § 24 Rn. 46 ff.

5 Weitere Angaben in: BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), Entlastung des Bundesverfassungsgerichts (1998)

Gesetzgebung und Justiz einzwängt, ihr dadurch aber auch eine spezifische Geschlossenheit verleiht. Diese „*Einheit der Verwaltung*“ ist nach innen hierarchisch geordnet. Die Entscheidungsstränge verlaufen von einer ministeriellen Spitze zu den nachgeordneten Behörden. Der einzelne Beamte ist an die Weisungen seiner Vorgesetzten gebunden. Meinungsunterschiede zwischen unterschiedlichen Verwaltungsbehörden treten nach außen nicht hervor. In der Bestimmung des Gemeinwohls spricht die Verwaltung mit einem Munde. Der Verwaltungsstil ist derjenige der Bürokratie. Nach außen grenzt die so konstituierte Einheit die Verwaltung von allen gesellschaftlichen Kräften ab, denen möglichst wenig Einfluß auf und Einblick in die Verwaltungsvorgänge gewährt werden soll.

b) „*Vollzugsdoktrin*“

Der Gesetzgeber steuert die Verwaltung nach möglichst genauen materiellen Programmen. Die Verwaltung vollzieht das Gesetz. Sie wendet dazu die üblichen juristischen Subsumtionstechniken an, die von der juristischen Methodenlehre insbesondere für das richterliche Entscheiden entwickelt worden sind. Die „*tunlichste Gerichtsförmigkeit*“ der Verwaltung ist das Ideal eines vorrangig formalen Rechtsstaatsverständnisses<sup>6</sup>.

Die vorherrschende normative Orientierung der Verwaltung ist die *Rechtmäßigkeit*. Sie beantwortet sich nach Maßgabe des Gesetzes. Auch dort, wo die Gesetzesbegriffe unbestimmt sind, kann es der Idee nach nur eine richtige Entscheidung geben. Der Verwaltungsakt ist dem gerichtlichen Urteil, seine Bestandskraft ist der Rechtskraft, seine Vollstreckung der Urteilsvollstreckung nachgebildet. Die Gesetzesvollzugsdoktrin ist inhaltlich in ihrer Ausrichtung auf die Subsumtionstechnik und äußerlich durch die Ausrichtung am Verwaltungsakt „*formal*“. Dadurch entlastet sie die Verwaltung von Verantwortung. Letztere liegt im Gesetz. Verwaltungsakt und Verwaltungsvollstreckung sind „*Ausdruck einer allgemeinen Verrechtlichungsstruktur*“<sup>7</sup>.

Vom *Bürger*, dem der Verwaltungsakt etwas gebietet, wird erwartet, daß er dem Gebot nachkommt oder sich mit Hilfe der Gerichte zur Wehr setzt. Tut er beides nicht, setzt er sich der Gefahr aus, daß die Verwaltung gegen ihn vollstreckt. Vollstreckungstitel ist der Verwaltungsakt. Die typischen Sanktionen des Vollzugsmodells sind die Mittel der Verwaltungsvollstreckung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang, Zwangsgeld, Zwangshaft sowie die Tatbestände des Ordnungswidrigkeitenrechts und (seltener) des Strafrechts, gegen die sich der Betroffene wiederum mit besonderen Verteidigungsrechten, insbesondere gerichtlich, zur Wehr setzen kann. Auch hier besticht das Modell

---

6 So die Formulierung von O. MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht (3. Aufl. 1923) Bd. 1 S. 62; freilich sogleich mit dem Hinweis, daß dieses „*soweit tunlich*“ im Verwaltungsrecht durchgeführt werden sollte; trotz aller Ausrichtung am Modell justizförmigen Entscheidens dann durchaus auch Differenzierungen zwischen richterlicher und administrativer Rechtsanwendung (S. 73 ff.), Urteil und Verwaltungsakt (S. 92 ff.).

7 So zutreffend R. POSCHER, Verwaltungsakt und Verwaltungsrecht in der Vollstreckung, VerwArch 89 (1998) 111, 112 f.

durch seine Formenklarheit. Auch der konkrete Einsatz der Zwangsmittel ist rechtsstaatlich besonders strukturiert: „Mit Androhung, Fristsetzung und Festsetzung ist das Gesetz bemüht, alle kommunikativen Möglichkeiten zu nutzen, die Anwendung physischer Gewalt zu umgehen und auf Einsicht und ‘freiwillige’ Umsetzung des Verwaltungsaktes durch den Bürger zu setzen, die eine Aktualisierung staatlicher Macht vermeiden“<sup>8</sup>. Freilich bleibt alles in Vorstellungen der Subordination eingespannt.

Aber auch umgekehrt gilt: Von der *Verwaltung* wird erwartet, daß sie ihre rechtlich definierte Rolle ausfüllt, insbesondere die gesetzlich vorgeschriebenen Vergünstigungen unverzüglich gewährt (z.B. Genehmigungen erteilt, Geldleistungen bewilligt). Tut sie es nicht, so ist sie der gerichtlichen Verpflichtungsklage bzw. einer Untätigkeitsklage ausgesetzt. Auch gegen sie kann – freilich nur auf Grund gerichtlichen Urteils – vollstreckt werden. Als weitere Sanktionsmittel wirken die Ansprüche des Staatshaftungsrechts.

c) „*Systementscheidung für den Individualrechtsschutz*“

Die voraufgehenden Erörterungen zeigen schon, wie bedeutsam der Gerichtsschutz im traditionellen Verwaltungsrechtsmodell ist. Die berühmte Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes stellt dieses als „Kronung des Rechtsstaates“ (*Richard Thoma*) besonders heraus: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Weg zum Gericht verfassungsunmittelbar offen. Der Gerichtsschutz dient diesem Konzept nach vorrangig dem Schutz individueller subjektiver Rechte<sup>9</sup>. Das kommt zwar auch der Verwaltungskontrolle zugute; jedoch nur mittelbar. Die Konzentration auf das subjektive Recht, verbunden mit dem hohen Rang der Grundrechte im deutschen öffentlichen Recht gemäß Art. 1 Abs. 3 GG, hat dazu geführt, daß der Individualrechtsschutz hohen Standards genügen muß:

- Die Gerichte überprüfen die Verwaltungsentscheidung grundsätzlich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig. Beurteilungsermächtigungen werden nur ausnahmsweise anerkannt. Das führt zu einer im europäischen Rechtsvergleich ungewöhnlich hohen Kontrollintensität<sup>10</sup>.
- Anfechtungsklagen haben grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Der von einem Eingriff bedrohte Bürger genießt den Vorzug einer Status-quo-Garantie<sup>11</sup>. Die

8 POSCHER (Fn. 7) 117.

9 Zum folgenden E. SCHMIDT-ASSMANN, in: Schoch / Schmidt-Assmann / Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar* (Lsbl.: Stand Oktober 1998) Einleitung Rn. 167 ff. m.t. weiteren Nachweisen; R. WAHL / P. SCHÜTZ, dort Vorb. § 42 Abs. 2 Rn. 1 ff.; rechtsvergleichend D. CLASSEN, *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (Tübingen 1996).

10 Dazu die Beiträge in J. FROWEIN (Hrsg.), *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung* (Heidelberg 1993).

11 Grundlegend F. SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht* (Heidelberg 1988).

Verwaltung kann diese für die Dauer des Prozesses nur unter Darlegung einer besonderen Eilbedürftigkeit überwinden. Auch dieses ist im europäischen Rechtsvergleich ungewöhnlich.

- Gerichtsschutz ist nicht nur gegen Verwaltungsakte, sondern gegen jede Art rechtsverletzenden Verwaltungshandelns möglich. In diesem Punkt geht der Gerichtsschutz über das, was die Formenbezogenheit der Vollzugsdoktrin erwarten läßt, hinaus. Die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage ermöglichen es, auch solches Verwaltungshandeln gerichtlich kontrollieren zu lassen, das sich nicht in einem Verwaltungsakt manifestiert. Schlichte Leistungen können gerichtlich eingefordert, reale Belastung, z.B. durch Produktwarnungen und andere Verlautbarungen informierender Verwaltungstätigkeit, können gerichtlich abgewehrt werden. Eine Klage kann u.U. sogar als vorbeugende Unterlassungsklage erhoben werden.
- Auch Dritte (Nachbarn, Konkurrenten) sind vom System des Individualrechtsschutzes erfaßt. Sie müssen allerdings eine Verletzung solcher Vorschriften rügen, die mindestens auch ihren eigenen Interessen dienen (Schutznormlehre)<sup>12</sup>. Eine bloß faktische Betroffenheit berechtigt nicht zur Klage. Gleiches gilt für reine Interessenten- oder Verbandspositionen.

## 2. Vorteile des traditionellen Verwaltungs-Modells

Wir haben die Kernelemente des traditionellen Verwaltungs-Modells stark skizzierend dargestellt. Manches mag plakativ und einiges sogar überzogen sein. Es geht aber zunächst darum, sich die tieferliegenden Grundvorstellungen zu vergegenwärtigen. Gerade in seinen stringenten und formalen Qualitäten liegt die besondere Faszination, die vom überkommenen Modell zweifellos ausgeht. Drei Vorteile sollen besonders genannt sein: die rechtsstaatliche Distanz (a), die demokratische Legitimation (b) und die Verantwortungsklarheit (c).

### a) Rechtsstaatliche Distanz

Das überkommene Modell ist ein Garant *rechtsstaatlicher Distanz*. Die Beamten handeln in einer festen Amtsrolle, die sie zur Neutralität verpflichtet. Befangenheitsvorschriften stellen sicher, daß persönliche Interessen des einzelnen Beamten zurückgedrängt werden. Das Gesetzesvollzugsprogramm soll die Gleichmäßigkeit der Behandlung sicherstellen (Gleichheit vor dem Gesetz). Die Ausrichtung auf klar definierte Rechtsformen unterstützt Gesetzmäßigkeit und Gleichheit, weil die Form bekanntermaßen „die geschworene Feindin der Willkür“ ist (*Ihering*). Rechtsstaatliche Distanz ist ein Schutz dagegen, daß sich die Verwaltung zu schnell mit dem Interesse *eines* Beteiligten identifiziert und die Interessen der anderen Beteiligten aus den Augen verliert.

---

12 WAHL / SCHÜTZ (Fn. 9) Rn. 94 ff.

Sie soll außerdem verhindern, daß durch Kooperation erst Kollusion und schließlich Korruption entstehen. So statisch ihre Anforderungen gelegentlich wirken mögen, so wichtig sind sie!

*b) Demokratische Legitimation*

Positiv ist außerdem hervorzuheben, daß das überkommene Verwaltungsmodell sich in die Theorie der Legitimation durch das Volk (Art. 20 Abs. 2 GG) gut einordnet. Diese Theorie ist nach den wichtigen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in Deutschland an einer klaren Typologie orientiert, die zwischen personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation unterscheidet<sup>13</sup>. Die strikte Gesetzesvollzugslehre sichert den Einfluß der parlamentarischen Gesetzgebung auf die Verwaltungspraxis. Hierarchie und Weisungsabhängigkeit festigen das Bild der parlamentarischen Demokratie. Auch die Demokratie hat ihr Distanzgebot. Es geht ihr um die Distanz gegenüber Sonderinteressen. Insofern sich die Verwaltung als Einheit verstehen und dadurch auch nach außen gegenüber dem gesellschaftlichen Sektor abgrenzen soll, kann der Gefahr einseitiger Interessenbevorzugung begegnet werden.

*c) Rollen- und Verantwortungsklarheit*

Das überkommene Modell arbeitet schließlich mit klaren Rollen. Der konfrontative Ansatz, von dem oben gesprochen wurde, weist dem Bürger die Verfolgung seiner Rechte, der Verwaltung die Verantwortung für das Gemeinwohl zu. Der Verwaltungsakt als Form einseitigen Regels und der Untersuchungsgrundsatz als herrschende Maxime des Verwaltungsverfahrens unterstreichen die administrative Verantwortung. Das Konzept vermeidet Mischverhältnisse. So wenig in den Innenbereich der Verwaltung Einblick genommen werden soll, so ist doch die Transparenz der äußeren Verantwortungsverteilung gewährleistet. Unklare Kombinationen, bei denen niemand weiß, in welcher Rolle er angesprochen ist und an welche Stelle er sich wenden soll, kommen nicht vor. Die Klarheit des Konzepts wird durch die „Gerichtszentriertheit“ der Dogmatik weiter gefördert. Die Präzision der gerichtlichen Urteile mit einem eindeutigen Ergebnis (rechtmäßig oder rechtswidrig) hebt sich, wie es scheinen will, wohltuend von verwaltungswissenschaftlichen und verwaltungspolitischen Aussagen ab, die nur Tendenzaussagen treffen können und folglich nur relative Verbindlichkeit beanspruchen. Ihnen gegenüber arbeitet die überkommene Dogmatik mit eindeutigen Zäsuren von „innen“ und „außen“, „oben“ und „unten“, „Kern“ und „Schale“. Das sind plausible, einprägsame Vorstellungen. Die daraus entwickelten Strukturen können auf diese Weise sogar eine gewisse „ästhetische Dimension“ erlangen.

---

13 BVerfGE 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66 f.); E.-W. BÖCKENFÖRDE, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR (Fn. 4) § 22 Rn. 14 ff.

### 3. Kritik des „Reduktionismus“

Das alles ist freilich erkaufte durch eine starke Konzentration auf einige Zentralpunkte des administrativen Handelns, die ihrerseits die Verwaltungsrealität nur unvollständig erfassen. Man kann das als „Reduktionismus“ kritisieren<sup>14</sup>:

- Die Pluralität der Verwaltungsträger, die gerade die auf Föderalismus und kommunaler Selbstverwaltung aufbauende deutsche Verwaltung an sich kennzeichnen müßte, wird durch die Vorstellung von der Einheit der Verwaltung auf den Typus der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung zurückgeführt.
- Das Gesetz wird als bindendes Programm behandelt, obwohl jeder die Unbestimmtheit von Gesetzesbegriffen kennt. Das Verwaltungsermessen erscheint als zweifelhafte „Restkategorie“, während es doch gerade die Gestaltungsmöglichkeiten der Exekutive erfassen müßte.
- Die hierarchischen Weisungsbeziehungen überfordern die Verwaltungsspitze allein schon in ihrer Fähigkeit umfassender Informationserlangung und Informationsverarbeitung. Die erforderlichen Informationen sind nur unter Einbeziehung der gesellschaftlichen Kräfte zu erlangen. Die Umsetzung der gesetzlichen Ziele ist nur in Zusammenarbeit mit eben diesen Kräften zu erreichen.
- Die auf Eingriff und Eingriffsabwehr angelegte konfrontative dogmatische Grundsituation erfaßt nur einen geringen Teil des tagtäglichen Kontakts zwischen Bürger und Verwaltung. Das vorhandene Potential unterschiedlicher Handlungsmotivationen der Bürger, Unternehmen und Verbände bleibt ungenutzt, wo das Sanktionensystem nur auf die Mittel der Verwaltungsvollstreckung und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten oder Strafen ausgerichtet ist. Die Ansätze einer kommunikativen Komponente, wie sie das Verwaltungsvollstreckungsrecht an wenigen Punkten durchaus versucht, bleiben unterentwickelt.
- Mit seiner Konzentration auf das subjektive Individualrecht blendet der Gerichtsschutz die Schutzbedürftigkeit kollektiver Interessen und ihrer Repräsentation durch Verbände aus.
- Das Legitimationskonzept beschränkt sich zu stark auf mechanische Ableitungszusammenhänge, ohne die Bedürfnisse einer lebendigen Demokratie nach Aktivität und Mitwirkung der Bürger hinreichend in den Blick zu nehmen.
- Das Verwaltungsverfahrenrecht verharrt in einer dienenden Funktion gegenüber dem materiellen Recht. Die Steuerungsleistungen prozeduraler und organisatorischer Arrangements bleiben auf diese Weise ungenutzt.
- Die normativen Orientierungen des Verwaltungshandelns sind auf die Rechtmäßigkeit begrenzt, während andere Maßstäbe wie Effizienz und Akzeptanz aus den verwaltungsrechtlichen Überlegungen weitgehend ausgeklammert bleiben.

---

14 Zu den folgenden Punkten grundlegend W. HOFFMANN-RIEM, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe: AöR 115 (1990) 400 ff.



- Die Gerichtszentriertheit des Systems suggeriert, daß alle Konflikte zwischen Staat und Bürger letztlich gerichtlich lösbar seien. Die sozialen und kommunikativen Kosten, die jeder Rechtsstreit verursacht, werden dabei ebensowenig erfaßt wie andere Möglichkeiten der Konfliktschlichtung. Die Verfassungsbeschwerde verstärkt diese Einseitigkeit, weil sie sich ganz auf ein einzelnes klägerisches Recht und die klägerische Rechtsbetroffenheit konzentriert, ohne den Gesamtzusammenhang, in den der Rechtsstreit eingebettet ist, in den Blick zu nehmen. Ich nenne das die „strukturelle Asymmetrie“ der Verfassungsbeschwerde und werde darauf später zurückkommen.

Die Mängelliste ließe sich noch fortsetzen. Die Hauptpunkte sind vielfach diskutiert und müssen hier nicht im einzelnen erörtert werden. Die faszinierende Geschlossenheit des theoretischen Konzepts sieht sich durch diese Kritik erheblich in Zweifel gezogen.

### III. DIE PHASE WECHSELSEITIGEN LERNENS IM DEUTSCHEN UND JAPANISCHEN ÖFFENTLICHEN RECHT

Die eben formulierten Zweifel am überkommenen deutschen Konzept dürfen, ja sie müssen so deutlich formuliert werden, denn das Verwaltungsrecht ist kein statisches System, sondern ein *ius semper reformandum*. (Vielleicht muß das nur deshalb besonders betont werden, weil Verwaltungsrecht es vielfach mit Institutionen zu tun hat, für die Traditionen, eingespielte Verhaltensweisen und ein überkommenes Selbstverständnis eine besondere Rolle spielen). Gerade dem allgemeinen Verwaltungsrecht als akademischer Disziplin und Ordnungsidee kommt eine wichtige Aufgabe zu: Es ist weniger Gegenstand für Kodifikationen als Rahmen für Reflexionen<sup>15</sup>.

Das alles ist natürlich längst bekannt. Schon *Fritz Fleiner* und *Walter Jellinek* vermittelten in ihren Verwaltungsrechtslehrbüchern mehr als allein die Dogmatik rechtsförmigen Gesetzesvollzuges. Eine fast 50-jährige Verwaltungsrechtsentwicklung unter dem Grundgesetz hat wichtige Neuerungen hinzugefügt: Die mittelbaren Grundrechtseingriffe und die Erweiterung der Lehre vom Gesetzesvorbehalt, die komplexen Verwaltungsentscheidungen und die mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnisse, die planerische Abwägung und die schutzrechtliche Ermessensverdichtung sind Beispiele dafür. Aber der reduktionistische Grundansatz des Modells ist geblieben. Auf seiner Basis fällt es nach wie vor nicht leicht, neben der Staatsverwaltung auch die Selbstverwaltung, neben dem Hierarchieprinzip auch das Kollegialprinzip, neben der gebundenen Entscheidung auch die Ermessensentscheidung als *Normalität* der Verwaltungspraxis und als *gleichberechtigten Systemteil* des Verwaltungsrechts anzuerkennen. In einer Zeit, in der sich das gesellschaftliche Bewußtsein schnell ändert, die Herausforderungen der

---

15 E. SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee (Heidelberg 1998) 1 ff.

Technik, der Umwelt und der Wirtschaft internationale Dimensionen annehmen, muß sich auch das Verwaltungsrecht deutlicher als bisher seiner eigenen Grundannahmen vergewissern. Für die erforderlichen Lernprozesse bietet der Rechtsvergleich ein zunehmend wichtiges Erkenntnismittel. Die folgenden Untersuchungen greifen zwei Themen wechselseitigen Lernens der Rechtsordnungen auf: das informale Verwaltungshandeln (1) und den Gerichtsschutz in Verwaltungssachen (2). Daß zwischen beiden Themen eine tiefere Bindung besteht, hat jüngst *Tokiyasu Fujita* nachgewiesen<sup>16</sup>.

### 1. *Gyôsei shidô und informales Verwaltungshandeln*

Diese beiden Begriffe bezeichnen in den beiden Rechtsordnungen nicht vollkommen identische Phänomene<sup>17</sup>. Hebt man jedoch auf die rechtliche Unverbindlichkeit einerseits und die tatsächliche Wirkkraft andererseits ab, die diesen Phänomenen beigelegt werden, so kann von einer weitgehenden Vergleichbarkeit in der Sache ausgegangen werden.

Interessant ist freilich schon die unterschiedliche Wortwahl: In Japan wird positiv auf eine bestimmte Art des beabsichtigten Steuerungseffekts (*shidô* als „Leitung“ oder „Anleitung“) abgehoben; in Deutschland kann das Phänomen dagegen nur negativ als das Nicht-förmliche bezeichnet werden. Die Formalität des Verwaltungshandelns bildet folglich auch jetzt den festen Vorstellungshintergrund, vor dem das informale Handeln als das eben nicht Selbstverständliche, die Ausnahme und – noch weiter gespannt – das Irreguläre erscheint. Das alles sind keine rechtsdogmatischen Aussagen. Ich glaube aber doch, daß der Horizont, in dem die Begriffsbildung erfolgt, auch den weiteren Zugang der Dogmatik bestimmt und Lösungen vorprägen kann. Daß die deutsche Verwaltungsrechtslehre jedenfalls nur schwer einen Zugang zum informalen Verwaltungshandeln gefunden hat und auch heute stärker über das Gefährdungspotential informaler Aktivitäten als über ihre positive Nutzung nachdenkt, wird jedenfalls schon in der Begriffswahl angezeigt.

Natürlich kann es gar keinem Zweifel unterliegen, daß informales Verwaltungshandeln spezifische Gefahren birgt. Diese Beobachtung durchzieht die Äußerungen der Verwaltungsrechtler beider Länder<sup>18</sup>. Die Verwaltung kann mit diesem Instrument u.U. Ziele zu erreichen versuchen, die ihr das Gesetz unter gar keinen Umständen gestatten will. Sie kann umgekehrt Positionen durch Nachgiebigkeit verspielen, die zu wahren sie

---

16 T. FUJITA, Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan: NVwZ 1994, 133 ff.

17 Dazu M. KLOEPFER, „*Gyôsei shidô*“ und das informelle Verwaltungshandeln im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Coing u.a. (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts (Tübingen 1990) 83 ff.

18 Vgl. nur OHASHI (Fn. 1); DERS., Verwaltungsvorschriften und informelles Verwaltungshandeln: Zum besseren Verständnis der Verwaltungspraxis Japans: VerwArch 82 (1991) 220 ff.; H. SCHULTZE-FIELITZ, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie: DVBl 1994, 657 ff.

gesetzlich verpflichtet ist. Schließlich können Interessen Dritter auf der Strecke bleiben. In Deutschland ist es besonders das informal-konsensuale Verhalten, das deshalb der Kritik begegnet. Die Aversion gegen das Informale wird bei diesem Typus durch die Einwände, die die ältere Verwaltungsrechtswissenschaft gegen das Vertragshandeln der Verwaltung formuliert hatte, gesteigert. Von einer „an der Grenze des Faulen stehenden Kompromißbereitschaft der Verwaltung“ wurde von einem der Referenten auf der Staatsrechtslehrertagung 1992 gesprochen<sup>19</sup>. Verwaltungswissenschaftliche Untersuchungen aus neuerer Zeit bestätigen diese Besorgnis allerdings nicht<sup>20</sup>. Sie zeigen vielmehr eine sehr variantenreiche Gestaltungspraxis „im Schatten des Rechts“, die das formelle Handeln weniger verdrängt als ergänzt und oft unter Nutzung einzelner Form- und Verfahrenselemente neue Handlungstypen entwickelt. Jedenfalls ist es notwendig, auch in Deutschland das informale Verwaltungshandeln als Normalität anzuerkennen und sodann nach spezifischen Gefährdungen und spezifischen Gegenmitteln zu fragen<sup>21</sup>, so wie das für das förmliche Verwaltungshandeln, insbesondere den Verwaltungsakt, ebenso getan worden ist. Es darf daran erinnert werden, daß auch förmliches Verwaltungshandeln keineswegs konfliktfreies, rechtsstaatlich unbedenkliches Handeln ist. Zur Gewinnung dieser Normalität kann die Beobachtung der japanischen Rechtsentwicklung hilfreich sein<sup>22</sup>. Das Gesetz über das Verwaltungsverfahren (*Gyōsei tetsuzuki-hō*)<sup>22a</sup> von 1993 hebt *gyōsei shidō* auf die Ebene eines rechtlich anerkannten Standardinstruments der Verwaltung und versucht, Grundzüge für eine rechtliche Ordnung festzulegen. Selbst wenn die Regelungen nicht alle Vorschläge der Rechtswissenschaft aufgenommen haben, sondern Kompromißcharakter tragen<sup>23</sup>, dokumentieren sie eine positive Gestaltungsabsicht des Gesetzgebers.

- Das Gebot der Zuständigkeitsbeachtung (Art. 32 Abs. 1) und das Verbot verkappeter Sanktionen (Art. 32 Abs. 2) legen die Grundlinie fest und haben, auch soweit sie Selbstverständliches formulieren, eine Appell- und Edukationsfunktion<sup>24</sup>.

19 J. BURMEISTER, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten: VVDStRL 52 (1993) 190, 241.

20 St. KIPPES, Bargaining (Köln 1995) 243 ff.; N. DOSE, Die verhandelnde Verwaltung (Baden-Baden 1997) 260 f., 423 ff.

21 Zutreffend differenziert H.-U. ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, (11. Aufl. Berlin 1998) § 32 Rn. 4: „Aus diesen Gefahren generell auf rechtsstaatliche Fragwürdigkeit informalen Verwaltungshandelns zu schließen, wäre zu weitgehend“.

22 Vgl. dazu meine Überlegungen (Fn. 3), Heft 10, S. 29 ff.

22a Gesetz Nr. 88/1993, dt. Übers.: ZJapanR Nr.5 (1998) 169 ff.

23 Vgl. H. SHIONO, Anmerkungen zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in Japan: VerwArch 84 (1993) 45 ff.; Zur Entwicklung des Verwaltungsverfahrens allgemein B. TAKADA, Der Rechtsstaatsgedanke und die Vorstellung vom Verwaltungsverfahren, in: Festschrift für Ule (Köln 1987) 393 ff.; T. HITOMI, Moderne Entwicklungen im japanischen Verwaltungsrecht, Tokyo Metropolitan University and Politics, 36 (1995) Nr. 1, 1 ff.

24 Ähnlich SHIONO (Fn. 23) 53; L. KÖDDERITZSCH, Japan's New Administrative Procedure Law: Law in Japan 24 (1994) 105, 125 ff.

- Mit dem Informationsgebot (Art. 35 Abs. 1) und dem Schriftlichkeitsgebot (Art. 35 Abs. 2) werden vertraute prozedurale Ansätze zur Disziplinierung genutzt. Beide Instrumente dienen dem Schutz des Bürgers. Die Begründungsbedürftigkeit erhöht zudem die innere Rationalität der Verwaltungsentscheidung.
- Besonders interessant ist die (eingegrenzte) Bekanntgabepflicht (Art. 36). Was hier zunächst im Blick auf eine Mehrzahl von Personen festgelegt worden ist, zeigt eine Perspektive für die künftige Entwicklung eines Rechts der informalen Verwaltungshandlungen auf, in dem das Thema „Öffentlichkeit“ einen zentralen Platz hat (vgl. unter IV).

## 2. *Gerichtlicher Rechtsschutz in Verwaltungssachen*

Während *gyôsei shidô* ein Feld ist, auf dem die deutsche Dogmatik von japanischen Erfahrungen lernen kann, ist der Rechtsschutz in Verwaltungssachen ein Gebiet für Lernprozesse, die in umgekehrter Richtung verlaufen – so sieht es jedenfalls auf den ersten Blick aus.

### a) *Rechtsschutzeffektivität*

Die Systementscheidung für den Individualrechtsschutz hat im Rechtsvergleich eine ungewöhnlich intensive Rechtsschutzdogmatik entfaltet. Die Gerichte wenden diese Dogmatik an. Sein Ziel, „die ‚Selbstherrlichkeit‘ der vollziehenden Gewalt im Verhältnis zum Bürger“<sup>25</sup> zu beseitigen, hat Art. 19 Abs. 4 GG erreicht. Die Gerichte können heute, ohne auf den Typus der Anfechtungsklage begrenzt zu sein, in jedem Verwaltungsbereich intervenieren, in dem Verletzungen individueller Rechte denkbar sind. Sie tun das auch – teilweise in einer sehr intensiven Weise, die nicht nur von den betroffenen Verwaltungsbehörden, sondern auch von erfahrenen Richtern kritisiert wird<sup>26</sup>.

Wenn es darum gehen soll, eine ausgefeilte Systematik zur verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, zu den Klagearten und zur Wirksamkeit des Rechtsschutzes, der viel zitierten „Rechtsschutzeffektivität“, zu entwickeln, so lassen sich viele deutsche Regeln und Erfahrungen übernehmen: So muß die Verpflichtungsklage keineswegs einen Einbruch in das Gewaltenteilungsprinzip darstellen. Diese Gefahr wird zwar gelegentlich in anderen Rechtsordnungen so genannt. Die deutschen Erfahrungen bestätigen sie jedoch nicht. Auch in Frankreich finden sich in jüngster Zeit Ansätze, Verpflichtungsklagen zuzulassen. Ähnlich kann die aufschiebende Wirkung – jedenfalls für die Dauer des erstinstanzlichen Prozesses – als ein akzeptables Mittel individuellen Rechtsschutzes angesehen werden. Für besonders eilbedürftige Situationen kann das Gesetz Aus-

---

25 BVerfGE 10, 264, 267.

26 H. SENDLER, Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Anforderungen an die verwaltungsrechtliche Kontrolle: DVBl 1994, 1089 ff.; E. FRANSSSEN, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland: DVBl 1998, 413 ff.

nahmen entweder selbst vorsehen oder die Verwaltung zur Anordnung der sofortigen Vollziehung ermächtigen. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ermöglicht es, Rechtsschutz auch gegen zwischenzeitlich erledigtes Staatshandeln zu erlangen, wenn gravierende Grundrechtsverletzungen vorgekommen sind.

b) *Erweiterungen: insbesondere ein „Diskursmodell“*

Unbeschadet vieler positiver Erfahrungen sind jedoch auch zwei kritische Punkte zu bezeichnen: Zum einen hat die zu starke Konzentration auf den Individualrechtsschutz den sonstigen Interessenschutz in den Hintergrund gedrängt. Sinnvoll erscheint es heute, über Erweiterungen der Klagebefugnis über den Kreis verletzter subjektiver Rechte hinaus auf Interessenten und Verbände nachzudenken. Interessant wäre es auch, über japanische Erfahrungen mit Einwohnerklage gegenüber kommunalen Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen etwas zu erfahren. Das „Kontrollpotential“ der Gerichtsbarkeit sollte breiter genutzt werden. Wichtig ist aber darüber hinaus auch die Suche nach anderen Mitteln der Konfliktschlichtung. Solche Mittel werden in jüngerer Zeit auch in Deutschland diskutiert<sup>27</sup>: innerprozessual die stärkere Nutzung des gerichtlichen Vergleiches; darüber hinaus aber die vorgerichtliche (obligatorische) Streit-schlichtung (in Zivilsachen) und die Konfliktmittlung in Verwaltungsverfahren.

Beide Punkte sind für unser Thema signifikant: *Akio Ebihara* hat von den zwei Zentren gesprochen, die für ein Rechtssystem bedeutsam sind: die objektiven Rechtsnormen und die subjektiven Rechte. Er hat das japanische System kritisiert, weil es zu wenig auf subjektive Rechte, insbesondere Grundrechte, achte. Ich möchte korrespondierend einige kritische Bemerkungen zur deutschen Entwicklung machen, in der zu stark auf die subjektiv-rechtliche Komponente gesetzt worden ist. Besonders deutlich wird das bei der Verfassungsbeschwerde. Sie ist ein bewußt individualrechtsschützendes Institut, das in eine Rechtsordnung die Gefahr „struktureller Inkongruenzen“ hineintragen kann. Verfassungsbeschwerden sind besondere Rechtsbehelfe, die die Perspektive des Klägers einnehmen. Die zuständigen Verfassungsgerichte sind Universalgerichte. Die Erfahrung, die die jeweiligen Fachgerichte im Umgang mit zahlreichen Fällen gewonnen haben, können sie an dem mit der Verfassungsbeschwerde verfolgten Einzelfall nicht erlangen. Sie gehen in diesem Sinne „unbefangen“ von den tradierten Rechtsvorstellungen des jeweiligen Rechtsbereichs an den einzelnen Verfassungsbeschwerdefall heran. Sie können auf diese Weise der Rechtsentwicklung Impulse geben, die bisher nicht wirksam werden konnten, weil die Fachgerichte in tradierten Vorstellungen dachten. Es kann aber auch umgekehrt zu Lösungen kommen, die zwar aus der Perspektive des Einzelfalles, keineswegs aber unter Berücksichtigung der das Rechtsgebiet sonst

---

27 M. ORTLOFF, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Fn. 9) § 104 Rn. 2 ff., § 106 Rn. 4 ff. Zur Bedeutung des Rechtsvergleichs D. STREMPPEL, Der japanische Beitrag zur Fortentwicklung außerforensischer und vermittelnder Konfliktregelung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa (Berlin 1992) 789 ff.

prägenden Strukturen zu rechtfertigen sind<sup>28</sup>. Die Verfassungsbeschwerde ist folglich eine Chance für den Grundrechtsschutz, sie kann aber auch ein Risiko darstellen und zu einem isolierten Grundrechtsdenken führen, das die Gesamtheit der Rechtsordnung aus dem Blick verliert. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß Grundrechte zu ihrer Konkretisierung in ganz erheblichem Maße auf die Vorschriften des einfachen Rechts und auf eine eingespielte Rechtspraxis angewiesen sind. Ihr absoluter, d.h. von jeder einfach-rechtlichen Konkretisierung unabhängiger Aussagegehalt darf in seiner Präzision nicht überschätzt werden. Das gilt vor allem dort, wo es um normgeprägte Schutzbereiche geht oder kollidierende Grundrechte im Spiel sind. Ohne eine Orientierung am vorhandenen einfachen Recht läuft die Grundrechtskonkretisierung im Verfassungsbeschwerdeverfahren oft Gefahr, in eine schwer nachvollziehbare Abwägung von Verhältnismäßigkeits- und Billigkeitsüberlegungen auszumünden. Zutreffend stützt z.B. das Bundesverwaltungsgericht in neuerer Zeit seine Rechtsprechung zum baurechtlichen Nachbarschutz (erneut) ganz vorrangig auf die konkretisierende Funktion des einfachen Gesetzes, während es früher der verfassungsunmittelbaren Ableitung aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG eine besonders wichtige Rolle einräumte<sup>29</sup>.

Die grundrechtlich-subjektivrechtliche Ausrichtung eines Rechtssystems, wie sie durch die Verfassungsbeschwerden intensiviert wird, darf nicht übertrieben werden. Natürlich geht es heute in Deutschland nicht darum, den Grundrechtsschutz einzuschränken. In den derzeitigen Diskussionen um eine Entlastung des Bundesverfassungsgerichts wird die Verfassungsbeschwerde als wichtiges Institut nicht in Zweifel gezogen. Wohl aber wird vorgeschlagen, dem Verfassungsgericht zu gestatten, über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde – ähnlich wie der US Supreme Court – nach Ermessen zu entscheiden und sich auf diese Weise auf die wichtigen Fälle konzentrieren zu können<sup>30</sup>. Das Verständnis der Verfassungsbeschwerde als Instrument des Individualrechtsschutzes hat diese Konzentration bisher verhindert.

Ferner muß es darum gehen, über alternative Möglichkeiten der Konfliktregulierung nachzudenken, die die Verfahren des Individualrechtsschutzes von dem derzeit bestehenden Druck entlasten und die Gerichtszentriertheit der deutschen Rechtsordnung korrigieren. Eine solche Entlastung ist schon deshalb notwendig, weil der Rechtsschutz in angemessener Zeit, der ebenfalls zur Garantie eines wirksamen Rechtsschutzes gehört, durch die in Deutschland bestehende Zahl der Gerichtsinstanzen und die zusätzliche Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde beeinträchtigt werden kann: *summum ius summa iniuria!* Das Bundesverfassungsgericht selbst ist vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen der Verletzung der Garantie rechtzeitigen Rechtsschutzes gemäß Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gerügt

---

28 Ähnlich für die auf das Rechtsschutzbegehren des Klägers ausgerichtete „Prozeßperspektive“ des Verwaltungsprozesses FRANSSEN (Fn. 26) 421.

29 BVerwGE 89, 69, 77 ff.; WAHL / SCHÜTZ (Fn. 9) Rn. 86 ff.

30 Bericht (Fn. 5) 30 ff.

worden<sup>31</sup>. Nicht eine Rückentwicklung, aber eine Strukturänderung ist notwendig. Ein *ausgewogenes* Verhältnis zwischen subjektiv-rechtlichen und objektiv-rechtlichen Elementen zu finden, ist also eine gemeinsame Aufgabe der deutschen ebenso wie der japanischen Rechtsordnung, die hier von unterschiedlichen Ausgangspositionen her kommen.

#### IV. DIE PHASE GEMEINSAMER BEWÄLTIGUNG NEUER HERAUSFORDERUNGEN

Die Entwicklung der deutsch-japanischen Rechtsbeziehungen sollte über die soeben geschilderte Phase wechselseitigen Lernens hinausgeführt werden in eine Phase, in der neue Herausforderungen an die Verwaltungsrechtsordnung gemeinsam identifiziert und Antworten gemeinsam gesucht werden.

Der schnelle technische, ökonomische und soziale Wandel verlangt danach, die Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft und die im Verwaltungsrecht abgebildeten Steuerungsinstrumente des Staates neu zu überdenken. Das hat auf dem Hintergrund eines sich mehr und mehr angleichenden Wertebewußtseins der modernen Informationsgesellschaften zu geschehen, das auch das Verhältnis der Bürger zu staatlichen und anderen öffentlichen, z.B. supranationalen Institutionen betrifft. Vor diesem Hintergrund verblassen die oft beschriebenen nationalen Charakteristika der Verwaltungsrechtsordnungen. Dazu trägt nicht zuletzt das Vordringen der Ideen des New-Public-Management bei, die neben dem nationalstaatlich ausgerichteten Recht schnell zu einer weiteren wichtigen normativen Orientierung des Verwaltungspersonals geworden sind<sup>32</sup>. Ich möchte nicht mißverstanden sein: Es geht nicht um eine Nivellierung aller unterschiedlichen Traditionen, Strukturen und Selbstbeschreibungen öffentlicher Verwaltung in den einzelnen Ländern. Aber man sollte diese Unterschiede nicht weltanschaulich überhöhen<sup>33</sup>, sondern ihre Relativität vor dem heute mehr und mehr deutlich werdenden gemeinsamen Hintergrund herausarbeiten. Dieses ist der Ausgangspunkt für die Überlegungen zu der bezeichneten dritten Phase der verwaltungsrechtlichen Beziehungen zwischen Deutschland und Japan.

##### 1. *Verwaltungsrecht als Kommunikationsordnung*

Beide Rechtsordnungen sind heute durch das herausgefordert, was man die „kommunikative Dimension“ des verwaltungsrechtlichen Denkansatzes nennen kann. Gefragt wird nach dem Umgang der Verwaltung mit Informationen, nach Transparenz, Partizipation und Öffentlichkeit. Das sind Begriffe, die sich zu den vertrauten verfassungsrechtlichen

---

31 EGMR EuGRZ 1997, 310 ff. und 405 ff.

32 Dazu G. BANNERICH / CH. REICHARD (Hrsg.), *Kommunale Managementkonzepte in Europa* (Köln 1993).

33 Ebenso – im Blick auf *gyōsei shidō* – H. SHIONO, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsstil*, in: Coing u.a. (Fn. 17) 45, 60; OHASHI (Fn. 1).

Grundlagen des Verwaltungsrechts, dem Rechtsstaatsprinzip und dem demokratischen Prinzip, gut in Verbindung setzen lassen. „Im demokratischen Rechtsstaat muß das Recht breiten Konsens finden und freiwillig befolgt werden. Demokratischer Konsens und effektive Rechtsgeltung bedingen sich insbesondere im Verwaltungsrecht“<sup>34</sup>. Mit diesem Zitat ist deutlich gemacht: das Sanktionensystem der älteren Einheits- und Vollzugsdoktrin ist zu eng. Die angestrebten Reformen des Verwaltungsrechts zielen nicht auf einen Bruch, sondern auf eine Fortentwicklung der bisherigen Systematik – auch in ihren Grundlagen. Das Rechtsstaatsprinzip muß künftig stärker in seiner schon von *Konrad Hesse* betonten Funktion als „Rationalitätsgebot“ verstanden werden<sup>35</sup>. Das Demokratieprinzip ist nicht auf die von unten nach oben verlaufende Legitimation durch das Volk begrenzt, sondern im Sinne einer „responsiv-kommunikativen Demokratie“ zu verstehen<sup>36</sup>. *Yoichi Ohashi* spricht von einer „Erklärungsverantwortung“, die die Verwaltung dazu veranlaßt, ihre Tätigkeit auch gegenüber den Bürgern zu erläutern<sup>37</sup>. Ähnlich hat *Rainer Pitschas* das Bild einer „Kommunikationsverantwortung“ des modernen Staates gezeichnet<sup>38</sup>. Dieses sind Theorieansätze, die gemeinsam auszubauen sind.

Auch das Thema der Verwaltungssanktionen, und insbesondere *gyôsei shidô* und informales Verwaltungshandeln, werden so in einen größeren Reflexionsrahmen gestellt: Es geht nicht darum, sie als bedenkliche Praxen dem („guten alten“) formellen Sanktionssystem gegenüberzustellen und sie letztlich jenem möglichst anzugleichen. Sie sind vielmehr als *eine* unter zahlreichen Möglichkeiten zu betrachten, in denen die Verwaltung mit ihrer Umwelt kommuniziert. Diese *Kommunikationsbeziehungen* sind zu analysieren: Welche Interessen sind im Spiel und wie werden sie artikuliert? Dabei sollten auch die Gestaltungschancen bewertet werden, die informales Handeln eröffnet. Und ebenso sind die Gefahren, die speziell mit dieser Form der Kommunikation verbunden sind, und die Gegenmittel, die diesen Gefahren vorbeugen sollen, aus dem Kommunikationszusammenhang zu entwickeln.

## 2. „Öffentlichkeit“ als systemprägendes Element

In diesem Zusammenhang wird immer wieder der Begriff Öffentlichkeit genannt. Überhaupt haben wir es mit einer zunehmenden Bedeutung der sonst im öffentlichen

---

34 TH. WÜRTEMBERGER, Die Akzeptanz vor Verwaltungsentscheidungen (Baden-Baden 1996) 56; ähnlich H. HILL, Kommunikative Problembewältigung bei umwelt-relevanten Großvorhaben: DÖV 1994, 279 ff.

35 K. HESSE, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für Smend, 1962, 71, 83.

36 WÜRTEMBERGER (Fn. 34) 27.

37 Vgl. den Beitrag in diesem Heft.

38 R. PITSCHAS, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem / Schmidt-Abmann / Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts (Baden-Baden 1993) 219, 239.



Recht eher nur beiläufig behandelten Öffentlichkeit zu tun<sup>39</sup>. Zwei Ansätze sollen besonders genannt werden: das Recht der Europäischen Union (a) und das Kommunalrecht (b).

a) *Recht der Europäischen Union*

Dieses Recht ist besonders interessant, weil es die Erfahrungen zahlreicher Länder bündelt. Die Öffentlichkeit spielt traditionell in den nordeuropäischen Ländern eine besondere Rolle<sup>40</sup>. Die Union selbst hat sich für ihr eigenes politisches System in jüngerer Zeit vermehrt zum Prinzip der Öffentlichkeit bekannt. Der Zugang zu den Dokumenten der Gemeinschaftsorgane war zunächst durch interne Beschlüsse und einen „Verhaltenskodex“ geregelt. Der Vertrag von Amsterdam verankert einen Anspruch auf Zugang nunmehr im Vertrag selbst (Art. 255 EGV). Die auf Transparenz bedachte Grundlinie des Vertrages wird im neugefaßten Art. 1 Abs. 2 EUV deutlich, demgemäß Entscheidungen nicht nur „möglichst bürgernah“, sondern auch „möglichst offen“ zu treffen sind. Auch in den Vorgaben, die das EG-Recht den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen macht, spielt der Gedanke der Öffentlichkeit eine wichtige Rolle. Die nachfolgende Auflistung soll die unterschiedlichen Funktionen, in denen der Gedanke genutzt wird, verdeutlichen<sup>41</sup>:

- Die Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung schreibt für bestimmte Zulassungsverfahren eine Beteiligung der Öffentlichkeit vor, die in der Unterrichtung der Öffentlichkeit über das zuzulassende Projekt, in der Möglichkeit der Abgabe von Stellungnahmen und in der späteren Unterrichtung der Öffentlichkeit über das Verfahrensergebnis besteht. Die Öffentlichkeit wird hier als Informationsquelle für die Verwaltung und kritischer Begleiter des Entscheidungsverfahrens benutzt; daneben steht auch eine Rechtsschutzfunktion, insoweit eine „betroffene Öffentlichkeit“ unterschieden wird.
- Die Umweltinformationsrichtlinie eröffnet einen Anspruch für jedermann, Zugang zu behördlichen Umweltinformationen zu erlangen. Der Anspruch ist unabhängig von einem konkreten Verfahren. Ziel ist eine informierte Öffentlichkeit in Umweltsachen. Für das deutsche Verwaltungsrecht, das im Prinzip eine Aktenöffentlichkeit nur für Verfahrensbeteiligte kennt, ist damit ein grundlegender Wandel eingeleitet, der auch andere Bereiche als die Umweltverwaltung erfassen wird.
- Die Richtlinien über die Ausgestaltung des öffentlichen Vergabewesens zielen auf Markttransparenz. Die vorgesehenen gemeinschaftsweiten öffentlichen Ausschreibungen der Projekte sollen eine Öffentlichkeit der Marktteilnehmer aktivieren, den

---

39 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee (Fn. 15) 100 ff.

40 Rechtsvergleichend zur Aktenöffentlichkeit die Ausführungen von Generalanwalt TESAURO, EuGHE 1996, 2169, 2179 Tz. 15.

41 Dazu Nachweise bei SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee (Fn. 15) 296 f.

Wettbewerb verbessern und zu einem effizienten Einsatz öffentlicher Mittel beitragen.

- Die Verordnung über das Öko-Audit gibt Unternehmen die Möglichkeit, ihre Produktionsstandorte auf ihre Umweltverträglichkeit durch private Gutachter bewerten zu lassen und sie der Öffentlichkeit gegenüber als solche auszuweisen. Öffentlichkeit ist hier als Forum verstanden, auf dem Reputationschancen gewonnen oder verspielt werden.

#### b) *Kommunalrecht*

Kommunale Selbstverwaltung soll sich in ihrem Entscheidungssystem und in ihrem Verwaltungsstil von der Ministerialverwaltung bewußt absetzen. Dazu dient die unmittelbare Wahl des „Gemeindeparlaments“ und des leitenden Verwaltungsbeamten. Hierhin gehört auch die Interpretation kommunaler Organe als „Kontrastorgane“, die ihre Kompetenzen sogar durch einen verwaltungsgerichtlichen Kommunalverfassungsverstreit verteidigen und auf diese Weise den politischen Entscheidungsprozeß innerhalb der Gemeinde transparenter gestalten können<sup>42</sup>. Die neuere Entwicklung des Kommunalrechts hat außerdem zahlreiche weitere Möglichkeiten der Öffentlichkeitsinformation und der Öffentlichkeitsbeteiligung eingeführt<sup>43</sup>. Früher bestanden solche Möglichkeiten nur in wenigen Bundesländern und wurden selten genutzt. Die jüngsten Erfahrungen zeigen eine starke Zunahme von Bürgerbegehren und Bürgerentscheiden und deuten damit auf einen Bewußtseinswandel der Öffentlichkeit hin. Öffentlichkeit wird hier als Gegenkraft zum organisierten politischen System benutzt. Allerdings gestatten die einschlägigen Gesetze es nicht, über alle Angelegenheiten der Gemeinden Bürgerentscheide durchzuführen. Beispielsweise sind Fragen der Besoldung der Kommunalbeamten, ferner die Tarife kommunaler Einrichtungen und andere Finanzfragen von einer Beschlußfassung ausgenommen. Hierin ist ein Element demokratischen Distanzschutzes zu sehen, der notwendig ist, um in schnell emotionsgeladenen Materien nicht überstürzte Entscheidungen zu treffen<sup>44</sup>.

### 3. *Aufgaben der Strukturierung*

Überhaupt ist die Öffentlichkeit ein für die verwaltungsrechtliche Systembildung schwieriger Gegenstand. Die Bewältigung steht erst in den Anfängen.

---

42 D. EHLERS, in: Schoch / Schmidt-Aßmann / Pietzner (Fn. 9) § 40 Rn. 129 ff.

43 Dazu die Beiträge von R. HENDLER und W. ERBGUTH, in: Henneke (Hrsg.), Aktuelle Entscheidungen der inneren Kommunalverfassung (Stuttgart 1995) 101 ff. und 115 ff.

44 Dazu überzeugend G. HENNECKE, Das richtige Maß von Unmittelbarkeit und Distanz bei kommunalen Bürgerbegehren und –entscheidung: ZG 1996, 1 ff.; vgl. auch F.-L. KNEMEYER, Direkte Demokratie und funktionsfähige kommunale Selbstverwaltung: DVBl 1998, 113 ff.

a) *Funktionen von Öffentlichkeit*

Das zeigt sich schon bei der Begriffsbildung. Sie hat den Reiz, daß sie unterschiedliche Konnotationen verbindet<sup>45</sup>: öffentlich als Gegensatz zu geheim, aber auch als Gegensatz zu privat. Öffentlichkeit kann eine Eigenschaft beschreiben, z.B. die Öffentlichkeit einer Sitzung. Sie kann aber auch ein Kollektivphänomen bezeichnen. Die unterschiedlichen Funktionen, in denen dieses Phänomen in der Verwaltungsrechtsordnung eingesetzt werden soll, müssen genauer herausgearbeitet werden. Ich nenne fünf Funktionen:

- Öffentlichkeit als (virtuelle) Kontrollinstanz, die über Medien aktiviert wird;
- Öffentlichkeit als Akteur, der sich in Formen direkter Demokratie äußert;
- Öffentlichkeit als Arena, in der konkurrierende Wettbewerber ihre Entwürfe vorstellen;
- Öffentlichkeit als Informationsquelle, regelmäßig in einer speziellen Form als örtliche oder fachliche Öffentlichkeit;
- Öffentlichkeit als Hilfsmittel der Überwachung: In dieser Funktion benutzt z.B. die EG-Kommission eine informierte Öffentlichkeit in den Mitgliedstaaten, um Kenntnisse von Vollzugsmängeln des EG-Rechts zu erhalten.

b) *Strukturschwächen von Öffentlichkeit*

Öffentlichkeit ist keine Institution, die nach festen Regeln agiert. Sie läßt sich daher nicht mit festen Funktionserwartungen in eine staats- oder verwaltungsrechtliche Systematik einbauen. Öffentlichkeit ist vielmehr ein unstetes Beziehungsgefüge zwischen Akteuren, Medien und Publikum. Die dem normativen Konstrukt von Öffentlichkeit zugeschriebenen Transparenz-, Validierungs- und Orientierungsfunktionen werden nach Beobachtungen der Soziologie nur eingeschränkt erfüllt. Negativ können sich zudem strukturelle Verwerfungen bemerkbar machen, die dazu führen, daß bestimmte Interessen weit über ihren sachlichen Gehalt hinaus Bedeutung erlangen.<sup>46</sup>

Das Recht kann solche Verzerrungen und neue Machtgefälle nicht einfach akzeptieren. Wenn Öffentlichkeit als Forum und Gegenmacht gezielt zur verwaltungsrechtlichen Systembildung genutzt werden soll, so setzt das zunächst einmal voraus, ihre unterschiedlichen Reaktionsweisen zu analysieren. Das verlangt eine Kooperation zwischen unterschiedlichen Rechtsordnungen (Rechtsvergleichung) und zwischen unterschiedlichen Disziplinen; gefordert ist hier eine Zusammenarbeit vor allem mit der Soziologie und der Politikwissenschaft (Interdisziplinarität).

---

45 L. HÖLSCHER, Artikel „Öffentlichkeit“, in: Brunner / Conze / Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* Bd. 4 (Stuttgart 1978) 413.

46 Vgl. F. NEIDHARDT, in: ders. (Hrsg.), *Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen* (Opladen 1994) 7 ff.