

MICHAEL FEHLING

Verwaltung  
zwischen Unparteilichkeit  
und Gestaltungsaufgabe

*Jus Publicum*

79

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 79





Michael Fehling

Verwaltung zwischen  
Unparteilichkeit und  
Gestaltungsaufgabe

Mohr Siebeck

*Michael Fehling*, geboren 1963; 1983–1988 Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Freiburg i.Br.; 1991 Zweites Juristisches Staatsexamen; 1993 Promotion; 1995–1996 Studium in Berkeley (USA); 1988–2000 Wiss. Mitarbeiter/Wiss. Assistent an der Universität Freiburg; 2000 Habilitation; seit September 2001 Professor für Öffentliches Recht an der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Fehling, Michael:*

Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe / Michael Fehling. –  
Tübingen : Mohr Siebeck, 2001

Jus publicum ; Bd. 79)

ISBN 3-16-147642-5

978-3-16-157971-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 2001 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

## Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 1999/2000 abgeschlossen und im Sommersemester 2000 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum konnten größtenteils bis Oktober 2000 berücksichtigt werden.

Ganz besonders danken möchte ich meinem verehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger. In den Jahren als sein Mitarbeiter und auch danach hat er mich durch Rat und Tat außergewöhnlich gefördert, weit über die wissenschaftliche Arbeit hinaus. Seine Art des historisch-kritischen und rechtsvergleichenden Herangehens an Grundfragen hat mich für die Wissenschaft begeistert. Sein Vorbild ist mir Ermutigung und Herausforderung auch für die Zukunft. Mein besonderer Dank gilt ferner Prof. Dr. Thomas Würtenberger. Er hat nicht nur die Mühe des Zweitgutachtens auf sich genommen, sondern mir auch in den letzten zwei Jahren als Assistent an seinem Lehrstuhl zahlreiche Anregungen vermittelt und zugleich großzügig Freiraum für die Fertigstellung dieser Arbeit gewährt. Auch sein Vorbild wird meine weitere Arbeit prägen. Großer Dank gebührt schließlich Prof. Daniel Rodriguez, der mir als mein Betreuer an der University of California at Berkeley in langen Gesprächen Zugang zum amerikanischen Rechtsdenken vermittelt und erste Konzepte mit mir erörtert hat. Einen kurzen Vorentwurf von Teilen der vorliegenden Arbeit habe ich 1996 im dortigen LL.M.-Programm als Thesis vorgelegt.

Viele Freunde und Kollegen haben diese Untersuchung begleitet und mich dienstlich und privat in verschiedenster Weise außerordentlich unterstützt. Unter ihnen haben Steffen Bauer, Katrin Gareus, Helmut Gropengießer, Christine Heeg, Katrin Hölting, Anna-Miria Mühlke und Ralf Schenke jeweils Teile des Manuskripts kritisch durchgesehen und wichtige Hinweise zur Verbesserung gegeben. Ihnen allen sei an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt.

Dank ganz besonderer Art verdienen meine Eltern und vor allem meine Frau Uta Fehling. Ohne ihre Unterstützung hätte diese Arbeit – wie so manches andere – nicht gelingen können. Meiner Frau Uta und unserer Tochter Kathrin sei dieses Buch gewidmet.

Freiburg i.Br., im Dezember 2000

Michael Fehling



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Akürzungsverzeichnis .....	XXI
§ 1 <i>Einführung</i> .....	1
I. Problemstellung .....	1
II. Zu Begriff und möglichen Bedeutungen von »Unparteilichkeit« ...	4
III. »Verwaltungstätigkeit« als Bezugsobjekt .....	26
IV. Leitlinien einer differenzierenden Analyse .....	30
V. Rechtsvergleichender Ansatz .....	34
§ 2 <i>Materielle Gerichtskontrolle statt Unparteilichkeit der Verwaltung? – Zur heutigen Bedeutung der Unparteilichkeitsfrage</i> .....	39
I. Sicherung der Rechtsbindung der Verwaltung als gemeinsames Ziel von Unparteilichkeitsanforderungen und materieller Gerichtskontrolle .....	39
II. Der historische Ausgangspunkt: Unparteilichkeit auf Verwaltungsebene als Ersatz für die noch geringe gesetzliche Regelungsdichte und Gerichtskontrolle .....	51
III. Gewandelte Funktion der Unparteilichkeitsforderung im modernen deutschen Rechtswegestaat .....	70
IV. Zwischenergebnis .....	90
§ 3 <i>Bereichsspezifisch differenzierte Beurteilung von Unparteilichkeitsfragen als Spiegelbild unterschiedlicher Verwaltungstypen</i> .....	93
I. Zum methodischen Vorgehen bei der Klassifizierung .....	93
II. Verwaltung als justizähnliche Rechtsverwirklichung .....	97
III. Verwaltung als politische Gestaltung .....	124
IV. Verwaltung als sachverständige Problemlösung .....	150

V. Verwaltung als effizienzorientierte Dienstleistung.....	169
VI. Zwischenergebnis .....	184
<i>§ 4 Die gesetzlichen Unparteilichkeitssicherungen in ihren unterschiedlichen Wirkrichtungen .....</i>	<i>195</i>
I. Notwendigkeit einer Unterscheidung verschiedener Ebenen der Unparteilichkeitssicherung .....	195
II. Personell-individuelle Unparteilichkeit des Amtswalters .....	198
III. Organisatorisch-institutionelle Unparteilichkeit der Verwaltung ..	241
IV. Unparteiliche Verfahrensgestaltung durch die Verwaltung .....	288
V. Unparteiliche Verwaltungsentscheidung (Ergebnisbezogene Unparteilichkeit)? .....	338
VI. Zwischenergebnis .....	343
<i>§ 5 Staatliche Unparteilichkeitsverantwortung bei Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben.....</i>	<i>351</i>
I. Ausgangsüberlegungen .....	351
II. Einzelne Erscheinungsformen und Bereiche einer Aufgaben- verteilung zwischen Verwaltung und Privaten .....	367
III. Auswertung und Zusammenfassung .....	430
<i>§ 6 Differenzierte Unparteilichkeitssicherung in einem flexiblen Kompensationsmodell .....</i>	<i>443</i>
I. Offenheit der (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen als Voraussetzung eines Kompensationsmodells .....	444
II. Kompensationsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Instrumenten der Unparteilichkeitssicherung auf einer Ebene.....	447
III. Kompensatorische Vernetzung der verschiedenen Unparteilichkeitsebenen .....	458
IV. Kompensatorisch abgestufte Gerichtskontrolle .....	471
V. Ergebnisse von § 6 .....	499
<i>§ 7 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....</i>	<i>505</i>
Literaturverzeichnis .....	515
Sachverzeichnis .....	557

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Akürzungsverzeichnis .....	XXI
§ 1 Einführung .....	1
<i>I. Problemstellung</i> .....	1
<i>II. Zu Begriff und möglichen Bedeutungen</i> <i>von »Unparteilichkeit«</i> .....	4
1. Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit im Zusammen- hang mit der Verwaltung .....	6
a) Unvoreingenommenheit durch Unwissenheit .....	7
b) Fehlen eines Eigeninteresses am Entscheidungsgegenstand ..	8
c) Nicht-Identifikation mit Partikularinteressen .....	12
d) Parteipolitische Neutralität .....	14
e) Gleichbehandlung unterschiedlicher Interessen und Betroffener .....	17
f) Umfassende und ausgewogene Pluralität .....	18
2. Unparteilichkeit als Relationsbegriff .....	20
a) Abwehr entscheidungsfremder Einflüsse auf Verwaltungsentscheidungen .....	20
b) Unparteilichkeit und Gesetzesbindung der Verwaltung .....	21
c) Indirekte Steuerung in Richtung auf Gemein- wohldienlichkeit und Gerechtigkeit .....	23
<i>III. »Verwaltungstätigkeit« als Bezugsobjekt</i> .....	26
1. Weiter Verwaltungsbegriff .....	26
2. Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben	28
<i>IV. Leitlinien einer differenzierenden Analyse</i> .....	30

1. Unterschiedliche Verwaltungstypen .....	30
2. Verschiedene Ebenen der Unparteilichkeitssicherung .....	32
V. <i>Rechtsvergleichender Ansatz</i> .....	34
§ 2 Materielle Gerichtskontrolle statt Unparteilichkeit der Verwaltung? –	
Zur heutigen Bedeutung der Unparteilichkeitsfrage .....	39
I. <i>Sicherung der Rechtsbindung der Verwaltung als gemeinsames Ziel von Unparteilichkeitsanforderungen und materieller Gerichtskontrolle</i> .....	
1. Unparteilichkeit der Verwaltung durch Unparteilichkeit des anzuwendenden Rechts? .....	39
a) Die Idee der Gesetzesherrschaft und die 'Rule of Law and not of Men' .....	40
b) Zum Verständnis der Unparteilichkeit des Rechts heute .....	43
2. Die eingeschränkte Eignung materieller Gerichtskontrolle zur Sicherung von Unparteilichkeit und Rechtsbindung der Verwaltung .....	47
a) Die Durchsetzung des materiellen Rechts als gemeinsamer Fixpunkt von Unparteilichkeitsanforderungen und Gerichtskontrolle .....	47
b) Rechtliche und strukturelle Grenzen gerichtlicher Rechtsdurchsetzung .....	48
II. <i>Der historische Ausgangspunkt: Unparteilichkeit auf Verwaltungsebene als Ersatz für die noch geringe gesetzliche Regelungsdichte und Gerichtskontrolle</i> .....	
1. Die Entwicklung in Deutschland .....	51
a) Ursprünge vor der Etablierung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes .....	51
b) Unparteilichkeitsanforderungen als Kompensation für die durch weites Ermessen eingeschränkte Gesetzesbindung der Verwaltung .....	55
2. Die Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika .....	63
III. <i>Gewandelte Funktion der Unparteilichkeitsforderung im modernen deutschen Rechtswegestaat</i> .....	
1. Zur Aktualität der Unparteilichkeitsfrage aufgrund von Handlungsspielräumen der Verwaltung .....	70

a) Zunehmende Einengung und Justiziabilität des Verwaltungsermessens in Deutschland .....	70
b) Gegenläufige Tendenzen .....	73
c) Versagen gerichtlicher Ergebniskontrolle bei Aufgaben- verlagerungen auf Private .....	77
d) Zum Vergleich: Fortbestehen der traditionell geringeren Gesetzesbindung der Verwaltung in den USA .....	79
2. Zur Bedeutung der Unparteilichkeit auch bei strikter Gesetzesbindung der Verwaltung .....	84
a) Akzeptanzsicherung .....	84
b) Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren .....	87
IV. <i>Zwischenergebnis</i> .....	90
§ 3 Bereichsspezifisch differenzierte Beurteilung von Unparteilichkeitsfragen als Spiegelbild unterschiedlicher Verwaltungstypen .....	93
I. <i>Zum methodischen Vorgehen bei der Klassifizierung</i> .....	93
II. <i>Verwaltung als justizähnliche Rechtsverwirklichung</i> .....	97
1. Charakterisierung .....	97
2. Enger Zusammenhang mit der Forderung nach Unparteilichkeit der Verwaltung .....	98
3. ›Quasi-Judicial Decisionmaking‹ als traditionelles Leitbild für die Verwaltung in den USA .....	100
a) Strenge Unparteilichkeitssicherungen im justizähnlich förmlichen Verwaltungsverfahren .....	100
b) Historische Entwicklung aus dem Denken des ›Common Law‹ .....	106
c) Heutige Bedeutung und Anwendungsbereich justizförmiger Verwaltungsverfahren .....	107
4. Justizferneres Verwaltungsverständnis in Deutschland .....	112
a) Historische Weichenstellung zugunsten des Verwaltungs- gerichtsschutzes statt justizähnlicher Verwaltungsverfahren .....	112
b) Justizähnliche Verwaltungsorganisation und -verfahren als seltene Ausnahme .....	116
III. <i>Verwaltung als politische Gestaltung</i> .....	124
1. Charakterisierung .....	125
2. Politische Verantwortlichkeit statt Unparteilichkeit? .....	128

3. Verwaltung als ›Policymaking‹ in den USA .....	132
a) Hintergründe im amerikanischen Rechtssystem und in der Verwaltungsorganisation .....	132
b) Bedeutungsgewinn des ›Policymaking‹-Arguments in der neueren Ermessensrechtsprechung .....	134
c) Möglichkeiten und Grenzen politischer Voreingenommenheit von Entscheidungsträgern .....	138
4. Faktoren politischer Gestaltung im deutschen Verwaltungshandeln .....	141
a) Historische Politikferne des deutschen Verwaltungsrechts und Verwaltungsverständnisses .....	141
b) Bereiche politischer Gestaltung durch die deutsche Verwaltung .....	143
<i>IV. Verwaltung als sachverständige Problemlösung .....</i>	<i>150</i>
1. Bandbreite möglicher Ausprägungen .....	150
a) Maschinenmodell mit technokratischen Zügen .....	150
b) Umfassend sachverständig informierte Entscheidungsfindung .....	152
2. Konsequenzen für die Unparteilichkeitsfrage .....	154
a) Geringe Bedeutung von Unparteilichkeitssicherungen im Maschinenmodell .....	154
b) Verpflichtung zur umfassend-unparteilichen Heranziehung des oftmals kontroversen Sachverständs .....	155
3. Spezialisierter Sachverstand als Legitimationsgrundlage der US-amerikanischen Verwaltung .....	157
a) Vom technokratischen Denken zur sachverständs- unterstützten Problembewältigung .....	157
b) Elemente sachverständsgeleiteter Problemlösung im ›Informal Rulemaking‹ und ihre Bedeutung für die Unparteilichkeitsfrage .....	159
4. Langsamere Loslösung vom technokratischen Denken im deutschen Verwaltungsrecht .....	162
a) Fortbestehende expertokratische Tendenzen .....	162
b) Zunehmend differenzierte Beurteilung der Rolle des benötigten Sachverständs .....	164
<i>V. Verwaltung als effizienzorientierte Dienstleistung .....</i>	<i>169</i>
1. Überblick über die unterschiedlichen Ausprägungen .....	169
a) Ökonomisch optimierte Verwirklichung vorgegebener Verwaltungsziele .....	169
b) Kundenorientiertes Angebot an Verwaltungsdienstleistungen .....	173
2. Geringer Stellenwert der Unparteilichkeit im Dienstleistungsparadigma .....	177

a) Effizienz und/oder Kundenzufriedenheit statt Unparteilichkeit? .....	177
b) Gefahr eines zu einseitigen Dienstleistungsverständnisses ..	180
3. Bereichsspezifische Bedeutung des Leitbildes effizienz- orientierter Dienstleistung im deutschen Verwaltungsrecht ....	183
a) Allgemeine Kriterien .....	183
b) Einzelne Beispiele und Problemfälle .....	185
VI. Zwischenergebnis .....	189
§ 4 Die gesetzlichen Unparteilichkeitssicherungen in ihren unterschiedlichen Wirkrichtungen .....	195
I. Notwendigkeit einer Unterscheidung verschiedener Ebenen der Unparteilichkeitssicherung .....	195
II. Personell-individuelle Unparteilichkeit des Amtswalters ....	198
1. Die Unparteilichkeit des Amtswalters in den Verwaltungs- verfahrensgesetzen .....	199
a) Ausschließung wegen persönlichen Eigeninteresses an der Entscheidung .....	200
b) Besorgnis der Befangenheit .....	203
c) Der (Interessen-)Konflikt zwischen verschiedenen amtlichen Funktionen .....	205
d) Die administrative Selbstkontrolle mit den Sonderproblemen der Wiederholungsprüfung oder -bewertung .....	213
2. Besonderheiten der kommunalrechtlichen Mitwirkungsverbote	216
a) Demokratisches Gebot einer restriktiveren Auslegung .....	217
b) Konsequenzen .....	219
c) Auswirkungen auf die Beurteilung kommunalrechtlicher Amts-(Funktions-)konflikte .....	222
3. Möglichkeiten einer differenzierenden Handhabung der Ausschließungs- und Befangenheitsvorschriften .....	224
a) Spielräume für eine nach Verwaltungstypen differenzierende Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen .....	224
b) Nur in Ausnahmefällen gewährtes Ablehnungsrecht .....	226
c) Differenziert zu beurteilende Analogiefähigkeit der Vorschriften außerhalb eines Verwaltungsverfahrens i.S.v. § 9 VwVfG .....	228
4. Unparteilichkeitssicherungen im Vorfeld konkreter Konfliktfälle .....	232

5. Verfassungsrechtliche Verankerung eines Gebots der Unparteilichkeit des einzelnen Amtswalters .....	235
a) Mögliche Begründungsansätze .....	235
b) Notwendige Einschränkungen .....	237
c) Abgestufte verfassungsrechtliche Steuerung gesetzgeberischer Unbefangenheitssicherung .....	240
 <i>III. Organisatorisch-institutionelle Unparteilichkeit der Verwaltung .....</i>	 241
1. Die Unparteilichkeitspflicht des Beamten auf der Schnittstelle zwischen personell-individueller und institutioneller Unparteilichkeit .....	242
a) Einordnung in die Gesamtproblematik .....	242
b) Fortwirkende Belastung des beamtenrechtlichen Unparteilichkeitsverständnisses mit antipluralistischen und antidemokratischen Traditionen .....	243
c) Notwendigkeit einer demokratisch-pluralistischen Rekonstruktion der Neutralitätspflicht .....	247
2. Unparteilichkeitsfördernde Behördenzuständigkeit: das Problem behördlicher Entscheidungen »in eigener Sache« .	251
a) Fehlen einer übergreifenden Sanktionierung der »institutionellen Befangenheit« .....	251
b) Spezialgesetzliche Zuständigkeitsverlagerungen für den Ausnahmefall einer Verflechtung von Vorhaben- träger und eigentlich entscheidungsbefugter Behörde .....	254
c) (Fach-)Planung und Planfeststellung durch den Vorhabenträger .....	258
3. Verfahrensinterne Zuständigkeitsverteilung an der Schnittstelle zwischen organisatorisch-institutioneller und verfahrens- bezogener Unparteilichkeit .....	263
a) Fehlende »separation of functions« im deutschen Recht .....	263
b) Fehlendes Gebot einer Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde .....	264
c) Pluralisierung durch Verfahrensbeteiligung unterschiedlich ausgerichteter Behörden .....	268
4. Unparteilichkeitsfördernde Verwaltungsorganisation als Problem einer Neutralisierung partikularer Organisations- interessen .....	269
a) Das Grundproblem einer durch Organisationsinteressen geleiteten selektiven Problemwahrnehmung .....	270
b) Erfolgsorientierung eines behördlichen Projektmanagers ...	272
c) Klientelorientierung spezialisierter und verselbständigter Verwaltungseinheiten .....	273

d) Förderung der Unparteilichkeit durch Einheit der Verwaltung? .....	278
e) Unparteilichkeitssicherung durch Pluralisierung? .....	281
5. Zur Frage eines Verfassungsgebots organisatorisch- institutioneller Unparteilichkeitssicherung .....	282
a) Fehlen konkreter verfassungsrechtlicher Vorgaben für Verwaltungsorganisation und Zuständigkeit .....	282
b) Verfassungsrechtliche Bedeutung organisatorisch- institutioneller Unparteilichkeit .....	284
c) Verfassungsrecht als bereichsspezifisch abgestufte und flexible Zielvorgabe .....	286
<i>IV. Unparteiliche Verfahrensgestaltung durch die Verwaltung..</i>	288
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	290
a) Unparteilichkeitssicherungsleistungen in der amerikanischen ›due process‹-Garantie .....	290
b) Teilweise vergleichbare Ansätze in der deutschen Verfassungsrechtsprechung .....	292
c) Allgemeine Leitlinien .....	300
2. Unparteilichkeit im Verwaltungsverfahren .....	302
a) Der Amtsermittlungsgrundsatz .....	302
b) Die behördliche Fürsorgepflicht (Auskunft, Belehrung, Beratung) .....	306
c) Die Anhörung .....	309
d) Der förmliche Erörterungstermin .....	310
e) Zum Vergleich: gerichtsähnlich formalisiertes ›hearing‹ mit Verbot von ›ex parte communications‹ im ameri- kanischen förmlichen Verwaltungsverfahren .....	313
3. Unparteilichkeitsprobleme des informal-kooperativen Verwaltungshandelns .....	315
a) Gefahr selektiver Interessenberücksichtigung durch einseitige (Vorab-)Bindungen .....	316
b) Grundkonzepte der Unparteilichkeitsförderung im Zusammenhang mit Vorverhandlungen .....	319
c) Unparteilichkeitsförderung in anderen mehr oder minder informellen Kooperationsverhältnissen .....	326
4. Unparteilichkeit im Verfahren exekutiver Normsetzung .....	329
a) Hohe Bedeutung von Transparenz und Pluralität im amerikanischen ›rulemaking‹ .....	329
b) Langsamer Bedeutungsgewinn pluraler Informations- und Interessenverarbeitung in deutschen Normsetzungs- verfahren .....	333
c) Fazit .....	337

V. Unparteiliche Verwaltungsentscheidung (Ergebnisbezogene Unparteilichkeit)? .....	338
1. Fehlender Eigenwert ergebnisbezogener Unparteilichkeit bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen .....	339
2. Das ermessenssteuernde Abwägungsgebot zwischen unparteilichem Interessenausgleich und politischer Prioritätensetzung .....	340
VI. Zwischenergebnis .....	343
§ 5 Staatliche Unparteilichkeitsverantwortung bei Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben .....	351
I. Ausgangsüberlegungen .....	351
1. Strukturwandel der Unparteilichkeitsprobleme bei Einschaltung Privater .....	352
a) Von der Unparteilichkeit der Verwaltung zur unparteilichen Verwirklichung des Gesetzeszwecks durch Private? .....	352
b) Natürliche Interessenbindung Privater als Unpartei- lichkeitsproblem oder Motivationspotential .....	353
2. Verschiedene Typen einer Einschaltung Privater .....	355
a) Unterschiedlich weitreichende Annäherungen an eine voll private Aufgabenerfüllung .....	356
b) Aufgabenverlagerung auf Beliehene als (scheinbares) Gegenmodell .....	358
c) Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungs- aufgaben .....	358
d) Ergänzende Mobilisierung Privater ohne korrespondierenden Rückzug des Staates .....	363
3. Mögliche Ansatzpunkte für Unparteilichkeitssicherungen ....	364
II. Einzelne Erscheinungsformen und Bereiche einer Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Privaten .....	367
1. Ergänzende Mobilisierung Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben am Beispiel des Umweltschutzes .....	367
a) Das Umwelt-Audit .....	367
b) Beauftragte für den betrieblichen Umweltschutz .....	375
2. Nutzung privatwirtschaftlichen Engagements bei der Verfahrensplanung und -durchführung .....	379

a) Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten bei der Bauleitplanung .....	380
b) Zum Vergleich: Die DEGES in der Verkehrswegeplanung ..	383
3. Aktivierung privatwirtschaftlichen Engagements bei der ergebnisbezogenen Kooperation mit einem Investor im Städtebaurecht .....	387
4. Privater Sachverstand in Kooperation mit der Verwaltung.....	393
a) Sachverhaltsermittlung bei der Umweltverträglich- keitsprüfung .....	393
b) Sachverständigengutachten als Grundlage für Verwaltungsentscheidungen .....	394
5. Weiterer Rückzug des Staates zugunsten privater Sachverständiger .....	403
a) Verwaltungssubstitution bei Einschränkung oder Wegfall der Baugenehmigung .....	404
b) Amtlich anerkannte Sachverständige in der technischen Überwachung .....	410
6. Privater Sachverstand und Interessenvertretung in plural strukturierten Gremien .....	413
7. Private als Verfahrens- und Konfliktmittler .....	419
8. Funktionale Selbstverwaltung am Beispiel der Berufskammern	426
<i>III. Auswertung und Zusammenfassung .....</i>	<i>430</i>
1. Staatliche Unparteilichkeitsverantwortung in Abhängigkeit vom jeweiligen Verwaltungstypus .....	430
a) Sicherung der (wirtschaftlichen) Unabhängigkeit privaten Sachverstands .....	430
b) Gemeinwohldienliche Kanalisierung privaten Eigeninteresses .....	433
c) Justizähnliche Neutralisierung privater Mediatoren .....	436
2. Zwischenergebnis .....	436
 § 6 Differenzierte Unparteilichkeitssicherung in einem flexiblen Kompensationsmodell .....	 443
<i>I. Offenheit der (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen        als Voraussetzung eines Kompensationsmodells .....</i>	 <i>444</i>
1. Ausgestaltungsspielräume bei den verfassungsrechtlichen Unparteilichkeits-Leitlinien .....	444
2. Richtpunkte und Grenzen möglicher Kompensationslösungen	445

<i>II. Kompensationsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Instrumenten der Unparteilichkeitssicherung auf einer Ebene</i> .....	447
1. Geringe Flexibilität bei der Sicherung personell-individueller Unparteilichkeit .....	447
2. Begrenzte Austauschbarkeit verschiedener Ansätze zur Förderung organisatorisch-institutioneller Unparteilichkeit	448
a) Neutralisierung oder Pluralisierung .....	448
b) Zuständigkeitsverlagerung, Zustimmungserfordernis oder Intensivierung der Aufsicht .....	450
3. Ansätze und Alternativen zur Förderung verfahrensbezogener Unparteilichkeit .....	452
a) Verfahrensförmlichkeit oder »einfache« Verfahrensgarantien	452
b) Verfahrenstransparenz an Stelle oder als Ergänzung der Unparteilichkeitssicherung .....	453
<i>III. Kompensatorische Vernetzung der verschiedenen Unparteilichkeitsebenen</i> .....	458
1. Beschränktes Kompensationspotential der auf den einzelnen Amtswalter bezogenen Unparteilichkeitspflichten .....	458
a) Abmilderung organisatorisch-institutioneller Unparteilichkeitsdefizite durch personell-individuelle Funktionentrennung .....	458
b) Die vermittelnde Funktion der beamtenrechtlichen Neutralitätspflicht .....	460
c) Der Ausschluß wegen Besorgnis der Befangenheit als Reaktion auf Verstöße gegen Unparteilichkeitspflichten im Verfahren .....	461
2. Ausgleich im Verwaltungsverfahren für organisatorisch-institutionelle Unparteilichkeitsdefizite .....	462
a) Traditionslinien .....	462
b) Verfahrensbezogene Kompensationsmöglichkeiten und -notwendigkeiten im geltenden Recht .....	463
3. Organisatorisch-institutioneller Ausgleich für fehlende Verfahrenssicherungen .....	467
<i>IV. Kompensatorisch abgestufte Gerichtskontrolle</i> .....	471
1. Flexibilität der gerichtlichen Unparteilichkeits-(Verfahrens-)Kontrolle .....	471
a) Hinnahme von Unparteilichkeitsdefiziten auf Verwaltungsebene bei hinreichender gerichtlicher Inhaltskontrolle .....	471

b) Strenge Unparteilichkeits-(Verfahrens-)Kontrolle bei strukturellen Defiziten gerichtlicher Inhaltskontrolle ..	474
2. Rechtliche Ansätze für eine Anpassung der gerichtlichen Inhaltskontrolle an das Unparteilichkeitsniveau auf Verwaltungsebene .....	476
a) Elastizität der verwaltungsgerichtlichen Amtsermittlung und Überzeugungsbildung .....	476
b) Kompensatorische Verschiebung von Beweismaß und materieller Beweislast .....	479
c) Flexibilisierungspotential bei Ermessens- und Beurteilungs- spielräumen .....	484
3. Folgerungen für ausgewählte Fallgruppen .....	491
a) Intensivierung der gerichtlichen Inhaltskontrolle bei Unparteilichkeitsdefiziten .....	492
b) Absenkung der gerichtlichen Kontrollintensität bei hohem Unparteilichkeitsstandard .....	498
V. Ergebnisse von § 6 .....	499
 § 7 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen .....	 505
Literaturverzeichnis .....	515
Sachverzeichnis .....	557



## Abkürzungsverzeichnis

a.A	anderer Auffassung
Abs.	Absatz
Ad.L.Rev	Administrative Law Review
Admin. & Reg.L.News	Administration and Regulation Law News
a.E	am Ende
AfE	Archiv für Eisenbahnwesen
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaft
AfP	Archiv für Presserecht
AJDA	L'Actualité Juridique Droit Administrative
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am.Pol.Sci.Rev.	The American Political Science Review
Anm.	Anmerkung
APA	(Federal) Administrative Procedure Act
ArchPT	Archiv für Post und Telekommunikation
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ba.-wü. BauSVO	baden-württembergische Bausachverständigenverordnung
Begr.	Begründung
Bell J.Econ. & Management Sci.	Bell Journal of Economics and Management Sciences
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BMU	Bundesministerium für Umwelt
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cath.U.L.Rev.	Catholic University Law Review
Chi.-Kent L.Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	United States Court of Appeals (aufgeteilt in 13 Regionen – ‚Circuits‘)
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
D.C.	District of Columbia
DEGES	Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Entwicklungsgesellschaft mbH
DePaul Bus.L.J.	DePaul Business Law Journal
d.h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag
Drucks.	Drucksache
Duke L.J.	Duke Law Journal
E	(Gesetz-)Entwurf

EuZöR	Europäische Zeitschrift für öffentliches Recht
FALL	Herbst- Quartalsheft
FCC	Federal Communications Commission
Fn.	Fußnote
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
F.2d	Federal Reporter (Second Series)
F.3d	Federal Reporter (Third Series)
GBL	Gesetzblatt
Geo.Wash.L.Rev.	George Washington Law Review
GK	Gemeinschaftskommentar
GS	Gedächtnisschrift
Harv.J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hdb.	Handbuch (des Verfassungsrechts)
HdKwP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hwb.	Handwörterbuch
ICC	Interstate Commerce Commission
i.e.S.	im engeren Sinne
Ill.L.Rev.	Illinois Law Review
insbes.	insbesondere
Iowa L.Rev.	Iowa Law Review
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
JbNPÖ.	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
J.Kan.B.A.	Journal of Kansas Bar Association
J.Law & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L.Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization
J.N.A.ALJ.	Journal of the National Association of Administrative Law Judges
Judges' J.	Judges' Journal
KfSachVG	Kraftfahrtsachverständigenengesetz
KGSt	Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung
KJ	Kritische Justiz
KoME	Kommissionsentwurf
Krw-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
Lit.	Literatur
L.Rev.	Law Review
m.	mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

N.Eng.L.Rev.	New England Law Review
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
Nw.	Nachweise
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
N.Y.U.Env.L.J.	New York University Environmental Law Journal
öff.	öffentlich(es)
Ohio St.L.J.	Ohio State Law Journal
Pr	Preußische(s)
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
ProfE	Professorenentwurf
PrVBl.	Preußische Verwaltungsblätter
Pub.Ad.Rev.	Public Administration Review
RFAP	Revue francaise d'administration publique
RFDA	Revue francaise de droit administratif
Rn.	Randnummer
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
S.Cal.L.Rev.	Southern California Law Review
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.Ct.Rev.	Supreme Court Review
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung
Sp.	Spalte
SPRING	Frühjahrs-Quartalsheft
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
Tex.L.Rev.	Texas Law Review
TKG	Telekommunikationsgesetz
TÜ-OrgVO	Verordnung der Landesregierung über die Organisation der technischen Überwachung
Tulsa L.J.	Tulsa Law Journal
u.	und
UAG	Umweltauditgesetz
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review
U.C.L.A.L.Rev.	University of California at Los Angeles Law Review
UGB	Umweltgesetzbuch
UGB-KomE	Kommissionsentwurf eines Umweltgesetzbuches
U.Kan.L.Rev.	University of Kansas Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.Pitt.L.Rev.	University of Pittsburgh Law Review
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
U.Rich.L.Rev.	University of Richmond Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
Utah L.Rev.	Utah Law Review
u.U.	unter Umständen
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
Va.L.Rev.	Virginia Law Review

## XXIV

*Abkürzungsverzeichnis*

Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VEP	Vorhaben- und Erschließungsplan
VOP	Verwaltungsführung (früher: Verwaltungsführung, Organisation, Personal)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WUR	Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZAöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Für alle übrigen Abkürzungen wird, soweit sie nicht aus sich selbst verständlich sind, auf *Kirchner*, *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 4. Aufl. Berlin/New York 1993, verwiesen.

# § 1 Einführung

## I. Problemstellung

Der Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung wird vielfach ohne genauere Differenzierung und Konkretisierung zu den Kernprinzipien des Rechtsstaats gerechnet<sup>1</sup>. So führt das Bundesverwaltungsgericht zur Planfeststellung aus, die Verwaltung habe »gegenüber jedermann jenes Maß an innerer Distanz und Neutralität zu wahren, das ihr in einer späteren Phase noch ein abgewogenes Urteil ermöglicht« und »die ihr übertragene Aufgabe in unparteiischer Weise wahrzunehmen«<sup>2</sup>. Art. 41 des Entwurfs einer Grundrechtecharta für die Europäische Union spricht sogar ausdrücklich vom Recht jedes Bürgers auf unparteiliche Behandlung seiner Verwaltungsangelegenheiten durch die Organe und Institutionen der Union<sup>3</sup>.

Offen bleibt, wie sich diese Forderung nach Unparteilichkeit mit der Aufgabe der Verwaltung vereinbaren läßt, über den Vollzug zwingender Rechtsvorschriften hinaus politische Vorgaben, etwa aus Regierungsprogrammen, zu konkretisieren und aktiv handelnd umzusetzen. Gerade Planungsentscheidungen, etwa beim Straßenbau, machen es erforderlich, bei der Abwägung divergierender Interessen politische Prioritäten zu setzen und durchzusetzen<sup>4</sup>, etwa

---

<sup>1</sup> Aus der Lehrbuchliteratur etwa *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 358; *Badura*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 35 Rn. 5. Bei den Kommentierungen insbes. *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 20 Rn. 1; *Obermayer*, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 20 Rn. 1.

<sup>2</sup> BVerwGE 75, 214, 230 – Flughafen München II. Im Anschluß daran VGH Bad.-Württ., VBlBW 1988, 298, 299 – Hoahrheinautobahn.

<sup>3</sup> Unter der Überschrift »Right to good administration« heißt es in Absatz 1 wörtlich: »Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union« (Convent 50, Charte 4487/1/00 REV 1 vom 10.10.2000). Zur Begründung wird nur pauschal auf den Grundsatz der »rule of law« verwiesen (Convent 46, Charte 4423/00 vom 31.7.2000, damaliger Artikel 39, »Explanation«). Näher hierzu unten § 4 IV. 1. b).

<sup>4</sup> In dezisionistischer Schärfe kommt dies verallgemeinernd bei *C. Schmitt* zum Ausdruck: »Der Staat ist nicht nur Justizorganisation; er ist auch etwas anderes als ein bloß neutraler Schiedsrichter oder Schlichter. Sein Wesen liegt darin, daß er die politische Entscheidung trifft« (Verfassungslehre, 3. Aufl. 1954, S. 134). *Jarass*, Politik und Bürokratie, 1975, S. 131 f. sieht das Kennzeichen der Verwaltung in primär bürokratisch statt politisch begründeten Wertentscheidungen.

bei der Gewichtung von Belangen der Wirtschaft einerseits, des Landschafts- und Naturschutzes andererseits. Aus diesem Blickwinkel wird dann auch verständlich, warum das Bundesverwaltungsgericht die Gemeinde bei der Bauleitplanung als »im guten wie im schlechten Sinne parteiisch«<sup>5</sup> bezeichnet hat.

Strukturelle Veränderungen im Verwaltungsrecht fügen diesem ungelösten Grundkonflikt zwischen Unparteilichkeitsforderung und Gestaltungsaufgabe der Verwaltung weitere Facetten hinzu und stellen das Unparteilichkeitsdenken unter neuen Gesichtspunkten in Frage. Zwei eng miteinander verwobene Entwicklungen verdienen in diesem Zusammenhang besondere Beachtung:

In Anbetracht des sich verschärfenden globalen (Standort-)Wettbewerbs werden Verwaltung und Verwaltungsrecht zunehmend in den Dienst der *Investitionsförderung* gestellt und nach *ökonomischen Effizienzkriterien* reorganisiert. Damit knüpft die moderne Entwicklung in gewisser Hinsicht wieder an das (früh-)liberale Denken des 19. Jahrhunderts an, das die Aufgabe der Polizei und damit der inneren Verwaltung darin sah, für die Gesellschaft bestimmte Dienstleistungen möglichst effizient bereitzustellen<sup>6</sup>. Nach innen zielt ein »Neues Steuerungsmodell« darauf, bürokratische Strukturen zugunsten eines flexiblen, marktorientierten »Verwaltungsmanagements« abzubauen<sup>7</sup>; im Außenverhältnis werden insbesondere Genehmigungsverfahren im Interesse investitionswilliger Unternehmen »nachfragegerecht« beschleunigt und flexibler gestaltet<sup>8</sup>.

In den Kategorien des Unparteilichkeitsdenkens birgt diese Reform die Gefahr einer einseitigen Parteinahme der Verwaltung für Wirtschaftsinteressen unter Vernachlässigung der Belange Drittbetroffener und des Umweltschutzes<sup>9</sup> sowie allgemein der Interessen wirtschaftlich weniger interessanter »Kunden-

<sup>5</sup> BVerwGE 45, 309, 324 – Flachglas. Dazu vor allem *Ladewig*, Abwägung, 1984, S. 31 f.; im Zusammenhang mit der Frage nach der Reichweite planerischer Ermessens- und Beurteilungsspielräume hervorgehoben etwa von *Weyreuther*, BauR 1977, 293, 304 mit dortiger Fn. 81; *Blümel*, DVBl. 1975, 695, 700; *Fehling*, Die Konkurrentenklage, 1994, S. 166 f. m.w.N.

<sup>6</sup> Siehe insbes. *Mohl*, Die Polizeiwissenschaft, 3. Aufl. 1866, Bd. 1, S. 244 ff., 301, 305. Eingehende Analyse der deutschen und französischen Entwicklung m.w.N. bei *Bullinger*, JZ 1991, 53, 54 ff., insbes. 57.

<sup>7</sup> Überblick über das Reformkonzept des »Neuen Steuerungsmodells« etwa bei *Banner*, VOP 1991, 6 ff.; *Damkowskii/Precht*, Public Management, 1995; *Otting*, Neues Steuerungsmodell, 1997, S. 12 ff.; *J.P. Schneider*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 103, 114 ff.

<sup>8</sup> Programmatisch *Unabhängige Expertenkommission*, Investitionsförderung, 1994, basierend insbesondere auf Vorarbeiten von *Bullinger*, vor allem JZ 1991, 53 ff. sowie *ders.*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren, 1991. Auf Ebene des materiellen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsverfahrenrechts führten diese Überlegungen insbesondere zum »Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren« v. 12.9.1996, BGBl. I S. 1354, und zum »Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren« v. 9.10.1996, BGBl. I S. 1497.

<sup>9</sup> So besonders deutlich *Wahl/Hermes/Sach*, in: Prävention und Vorsorge, 1995, S. 217, 223 ff.; *Lübbe-Wolff*, ZUR 1995, 57, 59; *J.P. Schneider*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 103, 123.

gruppen«<sup>10</sup>. Andererseits kann in dieser Prioritätensetzung aber auch eine legitime politische Konkretisierung vordringlicher Gemeinwohlerfordernisse gesehen werden. Darüber hinaus muß gefragt werden, inwieweit Unparteilichkeit überhaupt (noch) einen geeigneten Maßstab für eine Verwaltung bietet, deren primäre Aufgabe vermehrt darin gesehen wird, mit einem unternehmensähnlichen Management möglichst effizient und »kundenorientiert« Verwaltungsdienstleistungen zu erbringen<sup>11</sup>.

Die angespannte Haushaltslage, aber auch die Einsicht in die Schwerfälligkeit und die Grenzen der Leistungsfähigkeit traditionell hoheitlichen Verwaltungshandelns, haben ferner dazu geführt, vermehrt auf das *Engagement Privater* zurückzugreifen, sei es als teilweiser Ersatz für reduzierte Verwaltungsleistungen (wie etwa der Baugenehmigung<sup>12</sup>) oder als Ergänzung und Unterstützung des traditionellen verwaltungsrechtlichen Instrumentariums (wie etwa beim Umwelt-Audit<sup>13</sup>). Aus dem Blickwinkel des Unparteilichkeitsdenkens liegt es nahe, in der teilweisen Aufgaben(rück)verlagerung von der distanziert-hoheitlichen Verwaltung auf eigeninteressierte Private eine Gefährdung des unparteilichen Gesetzesvollzugs zu erblicken. Es stellen sich dann die Fragen, inwieweit den Gesetzgeber hier eine Pflicht zur Schaffung unparteilichkeitsfördernder (Verfahrens-)Strukturen trifft und inwieweit die staatliche Verwaltung im Rahmen einer möglichen Gewährleistungsverantwortung auch eine mehr oder minder weitreichende Unparteilichkeitsverantwortung besitzt. Ein Blick etwa in die Umwelt-Audit-VO der Europäischen Union und in das deutsche Umweltauditgesetz mit ihren detailliert ausgearbeiteten Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsverpflichtungen auf allen Ebenen<sup>14</sup> lehrt, wie ernst Verordnungs- und Gesetzgeber dieses Problem genommen haben.

<sup>10</sup> Etwa *Bull.*, in: Verwaltungsreform, 1996, S. 69, 72 f.; *Damkowski/Precht*, Public Management, 1995, S. 278; *J.P. Schneider*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 103, 122 f.

<sup>11</sup> Dazu näher unten § 3 V., insbes. 2.

<sup>12</sup> Überblick über die unterschiedlich weitgehenden Reformen in den einzelnen Bundesländern bei *Reichling*, Effektivität im baurechtlichen Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1997, S. 79 ff.; *Scholz*, Privatisierung im Baurecht, 1997; *Dablke*, in: Rechts- und Anwendungsprobleme der neuen BauO NW, 1996, S. 62 ff. Näher zu den dadurch aufgeworfenen Unparteilichkeitsfragen unten § 5 II. 5. a).

<sup>13</sup> »Verordnung (EWG) des Rates v. 29.6.1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung« (ABl. Nr. L 168); »Umweltauditgesetz (UAG)« v. 7.12.1995 (BGBl. I S. 1591). Überblick etwa bei *Lübbe-Wolff*, DVBl. 1994, 361 ff. u. *dies.*, NuR 1996, 217 ff.; *J.P. Schneider*, Die Verwaltung 28 (1995), 360 ff.; *Vetter*, DVBl. 1996, 1223 ff.

<sup>14</sup> Beispielfhaft sei auf die der Umwelt-Audit-VO vorangestellten Erwägungen verwiesen: »Es ist dafür zu sorgen, daß die Zulassung der und die Aufsicht über die Umweltgutachter auf unabhängige und unparteiische Weise erfolgen, damit die Glaubwürdigkeit des Systems gewährleistet ist«. Siehe im einzelnen insbes. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang II. C. Audit-VO (für die Betriebsprüfer); Art. 4 Abs 3 u. 4 i.V.m. Anhang III A. 1. Audit-VO, §§ 6, 10 Abs. 1 Nr. 5, 15 Abs. 2 Nr. 3 Umweltauditgesetz (UAG) (für die zugelassenen Umweltgutachter); Art. 6 Abs. 1 S. 3, Art. 18 Abs. 2 S. 1 Audit-VO, § 22 Abs. 1 UAG (Zulassungsstelle). Näher unten § 5 II. 1.

Verwandte Privatisierungsfolgenprobleme ergeben sich im Bereich der leistenden Verwaltung, namentlich beim öffentlichen Verkehr, bei Post und Telekommunikation und mit Einschränkungen auch bei der Energieversorgung. Dort sollen Funktionsprinzipien der Marktwirtschaft und des Wettbewerbs die Funktionsprinzipien staatlicher Daseinsvorsorge so weit wie möglich ersetzen; im neuen Leitbild einer »funktionenteilenden Daseinsvorsorge« beschränkt sich die Verwaltung weitgehend auf die Regulierung privatwirtschaftlicher Leistungserbringung<sup>15</sup>. Dabei besteht die Gefahr, daß fiskalische Eigeninteressen des Staates, die aus seiner fortbestehenden Beteiligung an einem (ehemals) marktbeherrschenden und nun teilprivatisierten Staatsunternehmen resultieren, Einfluß auf Regulierungsentscheidungen gewinnen und zu einer parteilichen Benachteiligung von Konkurrenten führen. Bei dieser mit Privatisierung einhergehenden Reform der Daseinsvorsorge, aber auch bei den zuvor genannten Fällen einer verstärkten Einbeziehung Privater, steht die Frage nach möglichen Sicherungen der Unparteilichkeit indes erst an zweiter Stelle. Zunächst muß geklärt werden, ob der Staat überhaupt noch in der einen oder anderen Form für Unparteilichkeit zu sorgen hat oder die Unparteilichkeitsforderung durch das Vertrauen in einen privatwirtschaftlich-marktmäßigen Ausgleich kollidierender Eigeninteressen ersetzt werden kann und muß.

*Ziel der Untersuchung* ist es, auf rechtsvergleichend gewonnenen Erkenntnissen aufbauend<sup>16</sup> den rechtlichen Gehalt des Unparteilichkeitsgedankens für das deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrecht differenzierend zu ermitteln sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen aufzuzeigen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht; für die Fülle der Einzelheiten muß es bei einer exemplarischen Betrachtung bleiben.

## *II. Zu Begriff und möglichen Bedeutungen von »Unparteilichkeit«*

Die Schwierigkeiten im Umgang mit Fragen der Unparteilichkeit der Verwaltung, wie sie sich exemplarisch in den eingangs erwähnten, scheinbar gegensätzlichen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts widerspiegeln, hängen nicht zuletzt damit zusammen, daß wenig Klarheit darüber besteht, was »Unparteilichkeit« – oder hier gelegentlich sinngleich verwandt »Neutralität«<sup>17</sup> – eigentlich genau bedeuten soll. Gerade daraus schöpft der schillernde

<sup>15</sup> Dazu näher *Bullinger*, in: FS Zacher, 1998, S. 85, 87 ff.; *Bullinger/Fehling*, in: Die zukünftige Rolle der Kommunen, 1998, S. 19, 26 ff. Siehe ferner unten § 3 V. 3. b).

<sup>16</sup> Zum rechtsvergleichenden Ansatz der Untersuchung näher unten V.

<sup>17</sup> *Dagtoglou* (in: FS Forsthoff, 1967, S. 65, 66 f.) will begrifflich zwischen »Neutralität« im Sinne von »Nicht-Intervention« und »Unparteilichkeit« als aktive Realisierung des Gemeinwohl unterscheiden (ihm folgend *Kazele*, Interessenkollisionen und Befangenheit, 1990, S. 20;

und leicht zum Schlagwort verkommende Begriff der Unparteilichkeit einen großen Teil seiner Anziehungskraft. Wenn *Kunig* zum Rechtsstaatsprinzip dessen inflationäre Verwendung und die floskelhafte Betonung seines hohen Ranges beklagt<sup>18</sup>, so trifft dies für die »Unparteilichkeit« kaum weniger zu – das Gebot der Unparteilichkeit der Verwaltung wird denn auch typischerweise aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet<sup>19</sup>.

Erhebliche Bedeutungsunsicherheit offenbart auch die reichhaltige Palette von Formulierungen, die oftmals mehr oder minder synonym mit »Unparteilichkeit« gebraucht werden, aber auch im jeweiligen Zusammenhang notwendige Akzentverschiebungen andeuten können, wie etwa Unbefangenheit, Unvoreingenommenheit, Distanz zum Entscheidungsgegenstand, fehlendes Eigeninteresse, Sachlichkeit, Unabhängigkeit<sup>20</sup>. Versuche einer primär begrifflich-definitiven Präzisierung können indes nur bedingt zur Klärung beitragen<sup>21</sup>, weil sie die erheblichen Unterschiede zu vernachlässigen drohen, die zwischen den mannigfachen rechtlichen Erscheinungsformen und Konzeptionen von Verwaltung sowie zwischen unterschiedlichen Ausprägungen von Unparteilichkeit bestehen.

Daher erscheint es angezeigt, in einem ersten Schritt die verschiedenen möglichen Bedeutungsvarianten von »Unparteilichkeit« darzustellen (unten 1.), bevor nach gemeinsamen Charakteristika gesucht wird (2.).

---

*Riedel*, Unparteilichkeit des Richters, 1980, S. 12 f.; nur teilweise dagegen *Schlaich*, Neutralität, 1972, S. 221). Der Wert dieser Unterscheidung reduziert sich jedoch auf die Erkenntnis, daß Unparteilichkeit bei der Verwaltung nicht mit Passivität verwechselt werden darf. In der vorliegenden Untersuchung wird allein deswegen meist von »Unparteilichkeit« gesprochen, um jeden Anklang an die Kategorie der völkerrechtlichen Neutralität zu vermeiden; so wird etwa im *Staatslexikon* unter dem Stichwort »Neutralität« (Bd. 4, Sp. 14 ff.) nur die völkerrechtliche Neutralität abgehandelt.

<sup>18</sup> *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 231 ff.

<sup>19</sup> Neben den oben in Fn. 1 Genannten siehe auch *Turegg*, NJW 1955, 81; *Foerster*, SKV 1975, 11, 12; *Besche*, DÖV 1972, 636, 637. Speziell auf die Unparteilichkeit des einzelnen Amtswalters bezogen ferner *Scheuing*, NVwZ 1982, 487; *Rombach*, Der Faktor Zeit, 1994, S. 248; *Kopp*, VwVfG, 6. Aufl. 1996, § 20 Rn. 1b; für das Sozialrecht *Giese-Krahmer*, SGB X, § 16 Rn. 5; *Hauck*, SGB X, § 17 Rn. 1; v. *Mutius*, in: GK-SGB X, § 16 Rn. 1 u. § 17 Rn. 1; für das Steuerrecht etwa *Hübschmann/Hepp*, AO, § 82 Rn. 2 u. § 83 Rn. 2. Siehe ferner unten § 4 II. 5. a).

<sup>20</sup> Vgl. auch die Zusammenstellung möglicher Synonyme von Befangenheit bei *Marré*, Befangenheit, 1960, S. 14 f.; *Dagtoglou*, in: FS Forsthoff, 1967, S. 64, 68 mit dortiger Fn. 9. Die (Un-)Befangenheit wird dort allerdings nur auf den einzelnen Amtswalter bezogen und dadurch von vornherein auf einen Ausschnitt der Unparteilichkeitsproblematik beschränkt.

<sup>21</sup> Dies gilt nicht nur für Deutschland. Vgl. für die wenig fruchtbaren Bemühungen um eine begriffliche Klärung der Bedeutung von »L'impartialité administrative« jüngst *Mitard*, AJDA 1999, 478 f.; verschiedene Aspekte ohne klare übergreifende Definition nennt auch *De-goffe*, RFDA 1998, 711 f.

## 1. Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit im Zusammenhang mit der Verwaltung

Für den Begriff der politischen Neutralität hat bereits C. Schmitt herausgestellt, daß sich damit gänzlich unterschiedliche, aber sich teilweise auch überschneidende Vorstellungen verbinden lassen. Er unterscheidet zwischen »von der politischen Entscheidung wegführenden Bedeutungen« von »Neutralität« im Sinne von Uninteressiertheit, beliebiger Instrumentalisierbarkeit, formaler Chancengleichheit oder Parität einerseits und »zu einer Entscheidung hinführenden Bedeutungen« andererseits, worunter Objektivität und Sachlichkeit, nicht egoistisch-interessierte Sachkunde, Gegensätzlichkeiten relativierende Einheitsbildung oder die Entscheidung durch einen außenstehenden Dritten gefaßt werden<sup>22</sup>. Mit »Neutralität« oder auch »Unparteilichkeit« könne sowohl eine Aufforderung zur Überwindung des pluralistischen Nebeneinander durch eine integrierende politische Entscheidung einer starken staatliche Autorität verbunden werden (von Schmitt favorisiert) als auch umgekehrt ein Gebot der Zurückhaltung, der Entpolitisierung und des Kompromisses<sup>23</sup>.

Diese Kategorisierung beschränkt sich freilich nicht auf die Verwaltung, sondern sucht alle Staatsgewalten zu erfassen, unter besonderer Betonung des parteipolitischen Aspekts. Schon aus diesen Gründen kann sie hier nicht unverändert zugrundegelegt werden. Im übrigen zeigt sich ihre mangelnde Trennschärfe bereits darin, daß die beamtenrechtliche Neutralitätspflicht dort kaum einen klaren Standort findet; das Beamtentum bleibt angesiedelt zwischen passivem Verwaltungsapparat und aktiv stabilisierender, ausgleichender Kraft<sup>24</sup>. Der Wert der von Schmitt vorgenommenen Unterteilung liegt darin, die Bandbreite möglicher Erscheinungsformen von »Neutralität« zu verdeutlichen, zur

<sup>22</sup> Siehe im einzelnen Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 111 ff., insoweit auch abgedruckt in: *Positionen und Begriffe*, 1940, S. 158 ff. An dieser Systematisierung orientieren sich etwa *Samm*, *Die Stellung der Deutschen Bundesbank*, 1967, S. 111 f. mit dortiger Anm. 25; *Fichtmüller*, *AöR* 91 (1966), 297, 314 f. mit dortiger Fn. 106 (beide für die Bundesbank).

<sup>23</sup> Siehe auch Schmitt, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 41, insbes. S. 54 ff. Dazu vor allem *Schlaich*, *Neutralität*, 1972, S. 7 ff.; *E.R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. III, 3. Aufl. 1988, S. 22 ff. Zu den verschiedenen Erscheinungsformen der innenpolitischen Neutralität vgl. auch *Maunz*, in: *FS Loewenstein*, 1971, S. 343, insbes. S. 350 ff., der sich freilich wenig um begriffliche Klärungen bemüht.

<sup>24</sup> So wird das zur »Neutralität« verpflichtete Beamtentum (dazu sogleich unten d) und näher unten § 4 III. 1) schon bei Schmitt einerseits in seinem Sinne positiv als integrierende, parteipolitischen Pluralismus überwindende Kraft auf Grundlage nicht egoistisch interessierter Sachkunde, andererseits aber auch in seiner Diktion negativ als technisches Instrument für die politische Führung, als »Verwaltungsapparat« eingeordnet; siehe C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 111 ff.; *ders.*, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 41, 47 f.; hervorgehoben von *Schlaich*, *Neutralität*, 1972, S. 46. Kritisch zur Typologie von Schmitt auch *Waechter*, *Geminderte demokratische Legitimation staatlicher Institutionen*, 1994, S. 253 ff., insbes. S. 258 ff. unter Verweis auf die Schwierigkeiten bei der Einordnung der Neutralität der Bundesbank.

inhaltlichen Präzisierung durch Klassifizierung ist diese Einteilung dagegen, jedenfalls auf die Verwaltung bezogen, kaum geeignet.

Auch die hier vorgestellte Typologie kann freilich keinen Anspruch auf überschneidungsfreie Abgrenzungen erheben. Sie bietet jedoch ein – zu diesem Zweck mit Absicht zunächst breit angelegtes – Raster, um die im Verlauf der Untersuchung auftretenden Bedeutungsvarianten von »Unparteilichkeit« der Verwaltung zu erfassen.

### a) Unvoreingenommenheit durch Unwissenheit

In einem ersten Sinne kann Unparteilichkeit als Unvoreingenommenheit verstanden werden, die sich idealtypisch am besten dadurch sichern läßt, daß die zur Unparteilichkeit verpflichtete Instanz (Person, Behörde) möglichst wenig Vorkenntnisse über den Entscheidungsgegenstand besitzt.

(Rechts-)Philosophisch kommt dieser Form von Unparteilichkeit eine zentrale Rolle in *Rawls* Theorie der Gerechtigkeit als Fairneß zu, freilich nicht für die Verwaltung, sondern für die von ihm sogenannte staatlich-politische »Grundstruktur«. Deren Gerechtigkeit soll anhand eines Gedankenexperiments überprüft werden, das in Orientierung an *Kant* Parallelen zur Lehre vom Gesellschaftsvertrag aufweist: Es wird ein fiktiver Urzustand konstruiert, in dem sich alle Menschen auf fundamentale Gerechtigkeitsgrundsätze zu einigen haben. In diesem Urzustand sind den Menschen ihre eigenen realen Ziele und Präferenzen unbekannt (»Schleier des Nichtwissens«), so daß sie die Gerechtigkeitsgrundsätze ohne Berücksichtigung von Eigeninteressen und daher insoweit unparteilich wählen müssen<sup>25</sup>.

In eine ähnliche Richtung weist ein dem früheren britischen Lord-Chief Justice *Hewart* zugeschriebenes Bonmot, wonach »die einzige menschenmögliche Unparteilichkeit die (ist), welche sich aus dem Unverständnis für beide Seiten des Rechtsfalles ergibt«<sup>26</sup>. Den Hintergrund bildet das angelsächsische Ideal eines Richters, der in der mündlichen Verhandlung erstmals und unvorbereitet mit einem Fall konfrontiert wird. Bei der aktiven Verwaltung, deren Aufgaben

---

<sup>25</sup> *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 9. Aufl. 1996, S. 212 ff.; *ders.*, Die Grundstruktur, in: Die Idee des politischen Liberalismus, 1994, S. 45, 62; *ders.*, Kantischer Konstruktivismus, aaO., S. 80, 118, 127, 152; vgl. auch *ders.*, Politischer Liberalismus, 1998, S. 91 ff. (allerdings mit einem anderen Unparteilichkeitsbegriff, aaO., S. 122 u. 127: Unparteilichkeit als altruistisch auf das Gemeinwohl zielend). Zusammenfassend auch *Geis*, JZ 1995, 324, 325 f.; *Hinsch*, in: Die Idee des politischen Liberalismus, 1994, S. 9, 17 u. 38 ff.; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 174 ff., insbes. S. 175; speziell zum »Schleier des Nichtwissens« *Hinsch*, in: Zur Idee des politischen Liberalismus, 1997, S. 67, 80 ff. Aufgegriffen nunmehr von BVerfGE 101, 158, 217 f., dort freilich nicht für die Verwaltung, sondern für die (problematische) Forderung eines dem konkreten Verteilungsgesetz vorgeschalteten Maßstäbengesetzes für den Länderfinanzausgleich.

<sup>26</sup> Mitgeteilt von *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 1946, S. 28 f.

sich nicht auf die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten beschränken, kommt dies hingegen schon als Leitbild nicht in Betracht. Hier drohte fehlende Information in besonderem Maße zu echtem Unverständnis und zu Handlungsunfähigkeit zu führen.

In Betracht kommt allenfalls eine *gewisse Begrenzung des zulässigen (Vor-) Wissens und Vorverständnisses*. So erzwingt das US-amerikanische Verwaltungsrecht in gewissen Bereichen eine *teilweise* Abschottung der Entscheidungsträger von verfahrensexternen Informationsquellen und -kanälen<sup>27</sup>. Auch in Deutschland wird eine Vorbefassung mit dem Entscheidungsgegenstand *unter bestimmten Umständen* als Befangenheitsgrund bewertet<sup>28</sup>. Beides dient dazu, die Unvoreingenommenheit eines Amtsträgers und in diesem Sinne auch seine Unparteilichkeit zu sichern.

### b) Fehlen eines Eigeninteresses am Entscheidungsgegenstand

Dieser zweite Typus von Unparteilichkeit spiegelt sich besonders deutlich in dem klassischen Gerechtigkeitsgrundsatz wider, daß »niemand Richter in eigener Sache« sein dürfe (*nemo iudex in causam suam*) und daher Rechtsstreitigkeiten durch einen am Streit unbeteiligten und insoweit unparteilichen Dritten entschieden werden müssen<sup>29</sup>. Eine solche Regel läßt sich bis in das (Spät-)Mittelalter zurückverfolgen, also in eine Zeit, in der richterliche und verwaltende Tätigkeit noch nicht getrennt waren<sup>30</sup>.

In dem Maße, in dem es gelang, die Verwaltungstätigkeit zumindest begrifflich gegenüber der Rechtsprechung abzugrenzen, wurde dieses Gebot dann allerdings primär auf die Rechtsprechungsfunktion (»iudex«) bezogen, so später etwa im Preußischen Allgemeinen Landrecht die Patrimonialgerichtsbarkeit betreffend<sup>31</sup>. Der Hinweis auf das Verbot der Entscheidung in eigener Sache

<sup>27</sup> Im Verbot von »ex parte communications«, d.h. von Kontakten außerhalb der mündlichen Verhandlung zwischen dem verhandlungsleitenden »hearing officer« und den Verfahrensbeteiligten (unter Einschluß der die Ermittlungen betreibenden Behördenmitarbeiter), das der amerikanische »Administrative Procedure Act« (APA) für die förmlichen Verfahrenstypen anordnet; dazu im einzelnen unten § 3 II. 3., insbes. a).

<sup>28</sup> Siehe insbes. § 20 Abs. 1 Nr. 6 VwVfG; vgl. dazu unten § 4 II. 1. d).

<sup>29</sup> Siehe auch *Hollerbach*, Staatslexikon, Bd. 2, 7. Aufl. 1986, Art. »Gerechtigkeit«, Sp. 898, 901, zur Verankerung als Gebot der »natural justice«.

<sup>30</sup> Beispiele für die Ausformung in (spät)mittelalterlichen Ratsordnungen bei *Willoweit*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 1, 1983, S. 66, 133 f. mit Zitaten aus der Ordnung Ludwigs des Bayern für die niederbayerischen Amtsleute von 1340 und aus einer Ordnung des Markgrafen von Baden und des Grafen von Veldenz für die Grafschaft Sponheim von 1437. Zur fehlenden Trennung von richterlicher und verwaltender Tätigkeit siehe etwa *Willoweit*, aaO., S. 289, 327 f. u. 344 f.

<sup>31</sup> II 17 § 75 ALR bestimmte: »Wer seine eigne Gerichtsbarkeit durch sich selbst ausübt, kann in seinen eignen Sachen niemals Richter seyn; sondern muß solche Rechtsstreitigkeiten, bey welchen er selbst, oder Personen aus seiner Familie ein Interesse haben, der Untersuchung und Entscheidung des Obergerichts der Provinz überlassen.«

untermauerte die Forderung nach unabhängigem Rechtsschutz gegen den Landesherrn und die ihm unterstellten Behörden, nicht nur vor den Gerichten des zerfallenden alten Reichs<sup>32</sup>, sondern auch auf Ebene der zunehmend souveränen Einzelstaaten. Die alte konservativ-ständische Landesgerichtsbarkeit besaß für Klagen der Untertanen gegen den Landesherrn meist keine Zuständigkeit. Diese Gerichte erschienen gerade den Reformkräften des 18. Jahrhundert zur Entscheidung derartiger Streitigkeiten zudem auch wenig geeignet, weil die Gerichtsbarkeit vorrangig die Eigeninteressen von Adel und Obrigkeit repräsentierte<sup>33</sup>. Dies trug namentlich in Preußen zur Etablierung von kollegial strukturierten Amtskammern (sogenannte »Kammerjustiz«) bei, die Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben vereinten<sup>34</sup> – was wiederum die Kritik der durch die Aufklärung geprägten Reformer hervorrief, daß die Kammern in Verwaltungsstreitigkeiten in eigener Sache entschieden<sup>35</sup>.

Das Ziel der Reformen war dabei weniger die Unparteilichkeit der aktiven Verwaltung als die Schaffung einer davon (weitgehend) unabhängigen Kontrollinstanz, sei es innerhalb der Verwaltung oder – später – in Form unabhängiger (Verwaltungs-)Gerichte. Die Niederlage Preußens gegen Napoleon ließ die Notwendigkeit, die aktive Verwaltung – nun für den Wiederaufbau –

<sup>32</sup> Die Aufgabe der Reichsgerichte, die Untertanen gegen einen Mißbrauch der Landeshoheit zu schützen, namentlich gegen Eingriffe in wohlverbundene Rechte »bloß nach Willkür, Eigensinn oder eigennützigem Absichten des Regenten« statt zum gemeinen Besten, betont etwa *Pütter*, *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte*, 1777, insbes. S. 303 f. u. 354; ähnlich auch noch *Berg*, *Teutsches Policeyrecht*, Erster Theil, 1799, insbes. S. 156 u. 167, in seiner Abgrenzung zwischen Justiz und Polizeisachen: Zuständigkeit der Reichsgerichte für den Fall, daß ein Landesherr seine Policeygewalt »durch Eigennutz« mißbraucht, etwa »unter dem Vorwande der Policey bloß um seines Privatvortheils oder seiner Bequemlichkeit willen einem Unterthanen sein Eigentum hinwegnehmen« wollte. Zur Ausdehnung der Klagebefugnis vor dem Reichskammergericht in Policeysachen nicht zuletzt aus dem Grund, daß die Landesobrigkeit nicht Richter in eigener Sache sein dürfe, siehe *Sailer*, *Untertanenprozesse vor dem Reichskammergericht*, 1999, S. 430 ff., insbes. S. 433, vgl. auch S. 47.

<sup>33</sup> Siehe *Loening*, *VerwArch* 2 (1894), 217, insbes. 247 ff. (dort für die Zeit Friedrich Wilhelm I). Vor allem in den süddeutschen Ländern floß dabei später auch das Gedankengut der französischen Revolution ein, wo man in den ordentlichen Gerichten trotz ihrer Umbildung nach wie vor die Vertreter vorwiegend aristokratischer Interessen erblickte und ihnen deshalb – in Frankreich bis heute – bei Strafe verbot, die Tätigkeit der neuen »revolutionären« Verwaltungsorgane zu stören (Gesetz v. 16./24. 8. 1790, Tit. 2. Art. 3.; dazu *Loening*, aaO., S. 437, 444; zusammenfassend auch *Sellmann*, in: *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, 25, 51 ff.

<sup>34</sup> Dazu im Überblick *Sellmann*, in: *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, S. 23, 35 ff.

<sup>35</sup> Dazu eingehend *Loening*, *VerwArch* 2 (1894), 217, 259 f. (aus einem Bericht von *Concey* 1847 zitierend), S. 275 (v. *Carmer* 1781 zitierend), S. 287 f. (*Svarez* 1797 zitierend: »Bei der Kammerjustiz ist das dem richterlichen Amt so nöthige Vertrauen auf die Unparteilichkeit der Richter besonders von minder unterrichteten Parteien unmöglich zu erwarten. Der Justizarius camerae, der den Fiscum zum Prozeß autorisiert und instruir, hat zugleich bei der Entscheidung richterliche functiones zu übernehmen, mithin sind affectio ad causam und Kollisionen verschiedenartiger Pflichten fast unvermeidlich«), schließlich S. 452 (v. *Klewitz* 1798 zitierend). Vgl. auch *Sellmann*, in: *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, S. 25, 42 f.; *Erichsen*, *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen*, 1971, insbes. S. 98 f.

schneller und beweglicher zu machen, noch deutlicher hervortreten; auch aus diesem Grund mußte die Verwaltung weitgehend von Rechtsprechungsaufgaben und den daran gekoppelten Unparteilichkeitssicherungen entlastet werden<sup>36</sup>. Dennoch wird das Verbot der Entscheidung in eigener Sache bis heute immer wieder auch für die Forderung nach Unparteilichkeit der Verwaltung ins Feld geführt, nicht nur auf den einzelnen Amtsträger bezogen, sondern auch auf Behörden<sup>37</sup>; dies gilt trotz anderer historischer Entwicklung auch für die USA<sup>38</sup>.

In einer erweiterten Form richtet sich dieses Unparteilichkeitsverständnis nicht nur gegen Entscheidungen in eigener Sache, sondern gegen jegliches *Eigeninteresse* der Verantwortlichen (behördlicher Entscheidungsträger oder auch privater Sachverständiger) am jeweiligen Entscheidungsgegenstand<sup>39</sup>.

Beim einzelnen Verwaltungsbeamten (im Gegensatz zu Behörden oder gar der Verwaltung im Ganzen) erscheint es ohne weiteres einsichtig, daß er sich in der Orientierung an Recht und Gesetz nicht durch Rücksicht auf private Eigeninteressen stören lassen darf<sup>40</sup>, daß Interessenkollisionen von gewissem Ge-

<sup>36</sup> Zur Entwicklung der Trennung von Justiz und Verwaltung in Bezug auf Verwaltungssachen siehe vor allem *Sellmann*, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, S. 23 ff.; *Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen, 1971, S. 213 ff.

<sup>37</sup> So bei *Turegg*, NJW 1955, 81, 83; *Marré*, Befangenheit, 1960, S. 54 ff.; bzgl. der früheren Planfeststellung der Bundesbahn »in eigener Sache« siehe nur *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 74 Rn. 8; jüngst allgemeiner *Lübbe-Wolff*, Umwelt-Ordnungsrecht, 1996, S. 64 f.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1998, S. 299 (6/115). Zur heutigen Rechtslage bei Behördenentscheidungen »in eigener Sache« siehe unten § 4 III. 2.

<sup>38</sup> *Spring Water Works v. Schottler*, 110 U.S. 347 (1884): An agency engaged in ratemaking must not act in »violation of the principle that no man shall be a judge in his own case« (aaO. S. 354). »It need hardly be said that it is an elementary principle of natural justice that no man shall sit in judgement when he is interested ... The principle is not limited to cases arising in ordinary courts of law in the regular administration of justice but extends to all cases where a tribunal of any kind is established to decide upon the rights of different parties« (aaO., S. 364, Field, dissenting). Aufgegriffen von *Schwartz*, 30 Tulsa L.J. (1995) 461, 462.

<sup>39</sup> In diese Richtung auch *Ryffel*, in: Verwaltung, 1965, S. 264 und im Abschluß daran *Kazele*, Interessenkollisionen und Befangenheit, 1990, S. 20: »Bindung an objektive Maßstäbe, unter Hintansetzung subjektiver Interessen und Stellungnahmen, die solche einer Partei sind«. Vgl. aus systemtheoretischer Perspektive ferner *Roellecke*, Die Verwaltung 29 (1996), 1, 9 u. 15: Verwaltung »als der Teil einer Organisation, der ohne offen legitimierbare eigene Ziele im Dienste der Aufgaben eines Betriebs durch verbindliche Entscheidungen zwischen Betrieb und Umwelt vermittelt« (Hervorhebung vom mir); ähnlich *ders.*, VerwArch 91 (2000), 1, 10. – Dieser Unparteilichkeitstypus weist Verbindungen zu zwei Bedeutungen des Wortes »Neutralität« bei *C. Schmitt* auf: »Neutralität im Sinne der Objektivität und Sachlichkeit auf Grundlage einer anerkannten Norm« und vor allem »Neutralität auf der Grundlage einer nicht egoistisch-interessierten Sachkunde« (vgl. Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 114 f.).

<sup>40</sup> Deshalb nennt etwa *Dagtoglou*, in: FS Forsthoff, 1967, S. 64 mit dortiger Fn. 9, »Befangenheit«, »persönliche Beteiligung« und »persönliches Interesse« als nahezu bedeutungs-gleich.

wicht zwischen amtlichen und persönlichen Interessen<sup>41</sup> vermieden werden müssen.

Historisch ist dies eng mit dem Kampf gegen die *Bestechlichkeit* (i.w.S.) verknüpft. Ein Staatsdiener, der wirtschaftliche Eigeninteressen verfolgt, wird dadurch regelmäßig die ihm als Amtspflicht aufgetragene Verwirklichung der Staatszwecke vernachlässigen. Mit den sich durchsetzenden Beamtengarantien (lebenslange Anstellung, Alimentation einschließlich Ruhestands- und Hinterbliebenenversorgung) suchten die Herrscher deshalb die wirtschaftliche Stellung der Staatsdiener so zu verbessern, daß diese nicht mehr auf Einnahmen aus ihrer Amtsführung angewiesen waren. Dadurch sollte die – lange Zeit durchaus legale – Praxis des Ämterkaufs und der Erhebung von Entgelten für die Vornahme von Amtshandlungen (sog. Sportelwesen) beseitigt oder jedenfalls zurückgedrängt werden<sup>42</sup>.

Dieses Unparteilichkeitsverständnis liegt auch zugrunde, wenn die Einschaltung *Privater* in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben als Gefährdung der Unparteilichkeit begriffen wird, weil Private regelmäßig in der einen oder anderen Form *privatwirtschaftliche Eigeninteressen* verfolgen. Doch bedarf es insoweit einer differenzierenden Einschätzung, weil die Einbeziehung Privater in vielen Fällen gerade bezweckt, deren privatwirtschaftliche Eigeninteressen für die effizientere Erfüllung öffentlicher (Verwaltungs-)Aufgaben zu mobilisieren<sup>43</sup>.

Ähnlich schwer fällt es, den Stellenwert von *politisch oder organisationspsychologisch begründeten Interessen einer Verwaltungseinheit* zu bestimmen. Je nach Standpunkt und Fallgestaltung könnte man darin unter Unparteilichkeitsgesichtspunkten bedenkliche »Eigeninteressen« einer Behörde erblicken. Doch fließen in die Beurteilung vielfach noch andere Ansätze und mögliche Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit mit ein: das im Anschluß zu behandelnde Verständnis von Unparteilichkeit als Nicht-Identifikation mit Partikularinteressen, die Forderung parteipolitischer Neutralität oder sogar noch weitergehend die Vorstellung, eine Behörde dürfe keinen fachlich verengten Blickwinkel einnehmen, sondern habe stets das Gemeinwohl »im Ganzen« im Auge

---

<sup>41</sup> Vgl. die ausführliche Definition bei *Hammer*, Interessenkollisionen, 1989, der damit aber im wesentlichen nur die personell-individuelle Parteilichkeit unter Einschluß des Amtskonflikts bezeichnet. Begrifflich weniger klar *Kazele*, Interessenkollisionen und Befangenheit, 1990, S. 19 ff., der nebeneinander von »Interessenkollision«, »Befangenheit« und auch »Unparteilichkeit« spricht.

<sup>42</sup> Dazu *Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 169 ff.; *Lotz*, Geschichte des deutschen Beamtentums, 1914, insbes. S. 162 (Preußen), S. 272 f. (Hannover), S. 295 ff. (Bayern), S. 490 f. (Nassau u. Schleswig-Holstein). Eindrucksvolle zeitgenössische Schilderung und Kritik am Ämterkauf bei *J.J. Moser*, Von der Landeshoheit in Regierungssachen überhaupt, 1772, S. 111 ff.; zu den Folgen von Bestechlichkeit und Amtstätigkeit zu privatem Nutzen, aaO., S. 174 ff.

<sup>43</sup> Siehe unten § 5.

zu behalten. Gerade letzteres erscheint indes keinesfalls verallgemeinerungsfähig: So ist es bei Fachbehörden wie einer Wasserbehörde durchaus vorstellbar, daß sie nach dem Gesetzeszweck gerade ihre »partikulare« fachliche Sichtweise in die abschließende Gesamtabwägung aller betroffenen Belange einzubringen haben<sup>44</sup>.

### c) Nicht-Identifikation mit Partikularinteressen

Ein drittes Unparteilichkeitsverständnis wurzelt im Staatskirchenrecht, wird aber verbreitet auch darüber hinaus zur Kennzeichnung des freiheitlichen Verfassungsstaates verwendet. Danach stellt (religiös-weltanschauliche) Neutralität eine wichtige *Legitimationsgrundlage des modernen und nunmehr weitgehend säkularen Staates* dar. In seiner heutigen Gestalt als freiheitlicher Verfassungsstaat muß er unterschiedlichste Anschauungen und Interessen seiner Bürger gleichermaßen respektieren, muß – im Rahmen legitimer Ausübung von Staatsgewalt – zugleich aber auch die in der Gesellschaft vorgefundenen Interessen zu staatlicher Einheit integrieren. Aus beiden Gründen darf sich der pluralistisch verfaßte Staat als Heimstatt aller Bürger auch über den religiös-weltanschaulichen Bereich hinaus nicht mit Partikularinteressen identifizieren<sup>45</sup>.

Daran knüpft mehr oder minder deutlich eine Vorstellung an, die Unparteilichkeit auch in Bezug auf die Verwaltung als *notwendige Distanz zum Entscheidungsgegenstand, zu den betroffenen Interessen und/oder zu den Beteiligten* versteht<sup>46</sup>. Eine solche Sichtweise findet sich besonders häufig im Zusammenhang mit planerischen Abwägungsentscheidungen, bei denen die

<sup>44</sup> Zur differenziert zu beurteilenden Problematik von Organisationsinteressen im Rahmen einer sich pluralistisch auffächernden, arbeitsteiligen Verwaltungsorganisation siehe näher unten § 4 III. 4.

<sup>45</sup> Zum Prinzip der Nicht-Identifikation als Neutralitätsforderung siehe statt vieler *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, insbes. S. 178 ff.; *Böckenförde*, VVDStRL 28 (1970), 33, 55 f.; *Isensee*, HStR III, 1988, § 57, Rn. 57 ff.; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 235 ff. Guter Überblick bei *Schlaich*, Neutralität, 1972, S. 236 ff. Vgl. auch *Loeser*, System des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1994, Rn. 23 ff., in Abgrenzung zur sozialistischen Auffassung, die im Staat das »parteiliche« Instrument der Arbeiterklasse und der diese repräsentierenden Partei sieht; vgl. insoweit auch unten d) zur parteipolitischen Neutralität. – Zu rechtsphilosophischen Hintergründen vgl. zuletzt *Verza*, ARSP 1999, 222 ff., insbes. 223, in kritischer Auseinandersetzung mit dem Konzept eines »impartial standpoint toward all the possible conceptions of the good«.

<sup>46</sup> Der »Distanzschutz« bildet einen zentralen Begriff bei *Schmidt-Aßmann*, Ordnungs-idee, 1998, allerdings nur teilweise verstanden als Distanz zu gesellschaftlichen (etwa S. 17 – 1/31, S. 40 – 2/3, S. 81 f. – 2/81, S. 227 – 5/45, ausdrücklich mit den Befangenheitsregelungen verknüpft S. 233 – 5/57) oder organisationspsychologisch begründeten (etwa S. 7 – 1/40) Sonderinteressen, an anderen Stellen auch als Distanz zum staatlich-politischen System (etwa S. 40 – 2/2, S. 223 f. – 5/37 f.) verwandt. Beschränkt auf den einzelnen Amtswalter (als Erklärung von »Unbefangenheit«) *P. Kirchhof*, VerwArch 66 (1975), 370, 377; *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 20 Rn. 1.

entscheidungsbefugte Behörde divergierende Interessen zum Ausgleich zu bringen hat; es sei nur an die eingangs zitierte Passage aus der München II-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts erinnert<sup>47</sup>.

Freilich dürfen neutralitätssichernde Distanz und Nicht-Identifikation jedenfalls für die Verwaltung nicht im Sinne der »Nicht-Intervention, der Uninteressiertheit, des *laissez passer*, der passiven Toleranz usw.« verstanden werden<sup>48</sup>. C. Schmitt hatte diese Bedeutung von Neutralität zwar gerade mit dem Verhältnis zwischen Staat und Konfessionen illustriert, zugleich aber als »von der politischen Entscheidung wegführend« charakterisiert<sup>49</sup>. Die aktive Verwaltung aber muß typischerweise Entscheidungen treffen, hat heute demokratisch beschlossene politische Vorgaben zu konkretisieren und zu vollziehen.

Nicht Distanz zum Entscheidungsgegenstand, sondern die *Verwirklichung der Staatszwecke* stand schon für die »Verwaltung des Policy-Wesens« als den Vorläufer der modernen inneren Verwaltung im Vordergrund. Die als »Policy« bezeichnete übergreifende Staatsaufgabe wurde darin gesehen, die Wohlfahrt und Glückseligkeit der Untertanen zu fördern<sup>50</sup>. Entsprechend ging es der Policywissenschaft darum, den angehenden Staatsdienern über juristische Kenntnisse hinaus vor allem das notwendige verwaltungspraktische sowie ökonomische und finanzwissenschaftliche Rüstzeug zu vermitteln, das sie für eine effektive Aufgabenerfüllung benötigten<sup>51</sup>. Damit soll nicht gesagt werden, daß von der aktiven Verwaltung nun in gar keiner – anderen – Form mehr Unpar-

<sup>47</sup> So unter Berufung auf die München II-Entscheidung (BVerwGE 75, 214, 230) für die Fachplanung *Wahl*, NVwZ 1990, 426, 432; *Steinberg/Berg/Wickel*, Fachplanung, 3. Aufl. 2000, § 2 Rn. 3; *Schmidt-Aßmann*, in: *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, 1990, S. 9, 18 f.

<sup>48</sup> Allgemein zur Ambivalenz des Neutralitätsbegriffs zwischen Aufruf zur Staatlichkeit und Gebot der Nicht-Einmischung und Nicht-Identifikation, zwischen Ausbalancierung der Interessen und Gewährenlassen, siehe *Schlaich*, *Neutralität*, 1972, zusammenfassend S. 220 ff.; in Bezug auf das Staatsverständnis aaO. S. 236 ff. (vgl. hier oben I.); im Staatskirchenrecht aaO., S. 170 ff., zusammenfassend S. 186 ff.

<sup>49</sup> C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 111 f. Indem Schmitt von der »politischen« Entscheidung spricht, weist seine gesamte Typologie freilich auch deutliche Bezüge zu einem anderen Unparteilichkeits- oder Neutralitätsverständnis auf, nämlich im Sinne von »parteilichter Neutralität«; dazu unten d).

<sup>50</sup> Beispielfhaft *Justi*, *Grundsätze der Policywissenschaft*, 3. Aufl. 1782, insbes. §§ 4–8 (S. 7–10); zur Abgrenzung von den »Justizsachen« vgl. auch *Berg*, *Teutsches Policyrecht*, *Erster Theil*, 1799, S. 132 f. Instruktiver Überblick bei *Scheuner*, in: GS H. Conrad, 1979, S. 467, 477 ff.; *Württemberg/Heckmann/Riggert*, *Polizeirecht in Baden-Württemberg*, 4. Aufl. 1999, Rn. 3 ff.; *H. Maier*, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2. Aufl. 1980, S. 151 ff. – Die Gewaltenteilung war damals allerdings noch nicht (voll) anerkannt, die Aufgabe der »Policy« beinhaltete also auch Rechtsprechungsaufgaben (etwa zwischen Gewerbetreibenden um ihre Privilegien). Diese waren jedoch zum Teil bereits von der verwaltenden Polizeitätigkeit getrennt und an sog. »Policygerichte« verwiesen, bei denen die »Gerechtigkeit wahrhaftig und unparteiisch verwaltet« werden mußte; vgl. *Justi*, aaO., §§ 339 ff. (S. 290 ff.), insbes. § 348 (S. 297) sowie §§ 350 ff. (S. 299 ff.).

<sup>51</sup> Vgl. *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Bd. 2, 1992, S. 244 ff.

teilichkeit erwartet worden wäre. So blieb etwa das überkommenen Kollegialprinzip zunächst als institutionelle Sicherung einer unparteilichen Rechtsverwirklichung durch die Verwaltung verbreitet<sup>52</sup>. Rückblickend bildeten derartige Sicherungen indes mehr oder weniger nur noch eine Zwischenstation auf dem deutschen Weg zu einer modernen Bürokratie und der Verlagerung des Rechtsschutzes auf unabhängige und insoweit von der aktiven Verwaltung und ihren Aufgaben »distanzierte« Verwaltungsgerichte.

Unparteilichkeit als Distanz kann bei der Verwaltung allenfalls *Distanz zu Partikularinteressen durch Identifikation mit einem übergreifenden, demokratisch zu ermittelnden Gemeinwohl* bedeuten<sup>53</sup>. Doch auch mit dieser – im übrigen höchst unbestimmten – Einschränkung kann ein Verständnis von Unparteilichkeit als Distanz nicht verallgemeinert werden. Denn im oben unter b) angeführten Beispiel wird von der Wasserbehörde in den rechtlichen Grenzen möglicherweise gerade die Identifikation mit dem Ziel des Gewässerschutzes und ein besonderes Engagement gerade für diesen Belang erwartet; Unparteilichkeit verspricht man sich dann von einer Ausbalancierung der divergierenden (Organisations-)Interessen im Verwaltungsverfahren (eine andere, unten näher zu betrachtende Bedeutung von Unparteilichkeit). Nur von der für die abschließende Abwägung aller betroffenen Belange zuständigen Behörde wird man erwarten müssen, daß sie sich mit keinem einzelnen Belang oder Interesse zu sehr identifiziert – allerdings ist es nicht ausgeschlossen, daß bei dieser Abwägung im Rahmen des planerischen Gestaltungsspielraums politische Prioritäten gesetzt werden, insoweit also die Identifikation mit dem Programm der politischen Führung auf die Abwägung durchschlägt.

#### d) Parteipolitische Neutralität

Unparteilichkeit kann viertens parteipolitisch verstanden werden: Verwaltungsbeamte sind, wie die Beamtengesetze in Anlehnung an Art. 130 Abs. 1 WRV formulieren, »Diener des gesamten Volkes, nicht einer Partei«.

Auf diesem Ansatz lastet freilich eine schwere Hypothek traditioneller deutscher Parteienfeindlichkeit, die leicht in antipluralistische und antidemokratische Vorstellungen abgeleitet<sup>54</sup>. So definierten sich im Kaiserreich Monarch und Beamtentum als neutrale, Sachlichkeit statt Parteilichkeit und damit scheinbar automatisch das Gemeinwohl repräsentierende Kräfte inmitten der gesell-

<sup>52</sup> Näher zum zugrundeliegenden Verständnis von Unparteilichkeit als Pluralität unten f); zur historischen Entwicklung vgl. auch unten § 3 II. 4. a).

<sup>53</sup> In diese Richtung, allerdings ohne den demokratischen Bestandteil, weist auch die Definition von Neutralität als »Ausdruck einer die gegensätzlichen Gruppierungen umfassenden, daher alle diese Gegensätzlichkeiten in sich relativierenden Einheit und Ganzheit«, die C. Schmitt unter den »zu einer Entscheidung hinführenden Bedeutungen« aufführt (Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 114 f.).

<sup>54</sup> Hierzu und zum Folgenden näher unten § 4 III. 1. b); vgl. auch § 3 III. 4. a).

schaftlichen Gegensätze<sup>55</sup>. Die aufkommenden politischen Parteien erschienen aus diesem Blickwinkel primär als Gefährdung der staatlichen Einheit. In der Republik verstärkten die Zerrissenheit der Weimarer Parteienlandschaft und die mangelnde Stabilität ihrer Regierungen noch die Tendenz der überwiegend konservativen Beamten, sich in die Treue zu einer metaphysisch überhöhten Staatsidee zu flüchten<sup>56</sup>. Die Sorge um die innerstaatliche Einheit und die Kritik am politischen Pluralismus gipfelten in der Lehre von der »pouvoir neutre«, der C. Schmitt sowohl den Reichspräsidenten als auch die Beamtenschaft zu-rechnete<sup>57</sup>.

Im demokratischen Verfassungsstaat kann die Beamtenschaft dagegen keine in diesem Sinne eigenständige, scheinbar neutraler Sachlichkeit verpflichtete Kraft darstellen. Beamtenschaft und Verwaltungsbehörden dürfen grundsätzlich nicht gegen parteipolitisch geprägte Weisungen der demokratisch legiti-mierten Verwaltungsspitze immunisiert werden. Weisungsunabhängigkeit als Instrument parteipolitischer Neutralisierung muß sich, sei es beim einzelnen Amtswalter als auch bei ganzen Behörden, auf spezifische Ausnahmereiche

<sup>55</sup> Siehe rückblickend etwa *Nawiasky*, Die Stellung des Berufsbeamtentums, 1926, S. 7 f.; *E.R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. III, 3. Aufl. 1988, S. 969. Kritischere Beschreibung bei *Ellwein/Zoll*, Berufsbeamtentum, 1973, S. 31 ff. – Diese Lehre besitzt eine enge Verbindung zur Überhöhung des Staates in der idealistischen Staatsphilosophie Hegels und der konservativen Lehre *Stahls* (Rechts- und Staatslehre, Bd. 2, 3. Aufl. 1856, S. 316: »Dem deutschen Zustand und deutschen Sinn entspricht nun gerade die Versorgung der öffentlichen Geschäfte durch einen Stand, der unparteiisch über dem Konflikt der Interessen steht und bloß Wahrheit, Recht und Gemeinwohl zum Motive hat«; dabei ist der Beamte nicht fürstlicher Diener, sondern Staatsdiener, aaO., S. 308). Der Gemeinwohlauftrag des sittlich gebundenen Amtes bildet ferner eine zentrale Kategorie bei *L. v. Stein*, Verwaltungslehre, Erster Teil, 2. Aufl. 1869, S. 204 ff., insbes. S. 212 u. 219: »Das Amtswesen hat die erste Aufgabe, die wahre und reine Staatsidee innerhalb des Staates gegen diejenigen Elemente zu vertreten, welche gleichfalls innerhalb des Staates die Gewalt und das Recht desselben für ihre Interessen ausbeuten wollen. Allgemeiner dazu *Ehmke*, in: FS Smend, 1962, S. 23, 36 f. Die Verbindung zu Hegel betont etwa auch *Summer*, Dokumente zur Geschichte des Beamtenrechts, 1986, S. 29 f.

<sup>56</sup> So besonders klar vertreten von *Köttgen*, Das deutsche Berufsbeamtentum, 1928, insbes. S. 123 ff.; *ders.*, in: Hdb. d. deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 1, 10 f. Mit ähnlicher Tendenz auch *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1932, Anm. 1 zu Art. 130 WRV. Gute kritische Beschreibung bei *Ellwein/Zoll*, Berufsbeamtentum, 1973, S. 37 ff.; vgl. auch die faktenreiche Darstellung bei *Runge*, Politik und Beamtentum, 1965, insbes. S. 209 ff. u. S. 250 ff. Siehe auch unten § 4 III. 1. b).

<sup>57</sup> C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 100 ff., 110, 132 ff.; *ders.*, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1954, S. 350 ff.; *ders.*, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 41, 47 f. (Beamtentum aber nur hemmende, passive, nicht zur Entscheidung hinführende Neutralität im Sinne seiner Einteilung aaO., S. 111 ff.). Ähnlich auch *Köttgen*, in: Hdb. d. deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 1, 10 f., 15; *W. Weber*, AöR 58 (1930), 161, 227 f. Die Lehre vom »pouvoir neutre« blieb auch später in etwas veränderter, stärker den Erfordernissen einer pluralistischen Gesellschaft angepaßten Form einflußreich, siehe vor allem *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 937 ff. Besonders überzeugende Kritik daran bei *Kriehle*, Einführung in die Staatslehre, 5. Aufl. 1994, S. 239, vgl. auch S. 103 f.; siehe in der Sache aber schon *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 21 ff., *Laun*, AöR 43 (1922), 145, 194 ff.

(wie etwa den der Bundes- und der Europäischen Zentralbank) beschränken<sup>58</sup>. Vielmehr fordert, wie noch näher darzulegen sein wird<sup>59</sup>, gerade das Gebot parteipolitischer Neutralität in einer Demokratie die Loyalität der Beamten gegenüber der gewählten politischen Führung im Rahmen der Gesetze. Dem Verwaltungsbeamten ist es verwehrt, unter dem Mantel der Sachlichkeit und des Gesamtinteresses eigene, vom Wählerauftrag nicht mehr gedeckte (partei)politische Präferenzen zu verfolgen. Die eigene parteipolitische Zurückhaltung der Beamtenschaft, wie sie traditionell besonders dem britischen ›Civil Service‹ nachgesagt wird, bildet eine wichtige Voraussetzung für einen demokratischen Machtwechsel ohne Auswechselung der Beamteneelite. Umgekehrt bildet eine übermäßige Parteipolitisierung des öffentlichen Dienstes einen verstärkten Anreiz zur verfassungswidrigen (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) Ämterpatronage.

Daneben gewinnt die Forderung der parteipolitischen Neutralität noch eine weitere Stoßrichtung. Im Unterschied zum sozialistischen Staat, in dem die Partei als Repräsentant der Arbeiterklasse zu Weisungen an die Staats- und Verwaltungsorgane berechtigt war<sup>60</sup>, dürfen unter dem Grundgesetz politische Vorstellungen der Regierungspartei(en) nur durch die gewählten staatlichen Amts- und Funktionsträger (Regierung) auf die Verwaltung einwirken. Parteipolitische Einflüsse erfahren so typischerweise mehrfache rechtsförmige »Filterung« (durch Gesetz<sup>61</sup>, Verordnung und Verwaltungsvorschriften sowie – seltener – Einzelweisungen). Dies schafft eine gewisse fachlich-versachlichende Distanz der Verwaltung zur tagesaktuellen Parteipolitik und bewirkt in diesem Sinne ebenfalls eine begrenzte parteipolitische Neutralität.

---

<sup>58</sup> Zur Neutralität bei der Bundesbank als unabhängige Erfüllung eines bestimmten Sachauftrages siehe *Schlaich*, Neutralität, 1972, S. 71 ff. Zur Unabhängigkeit als Mittel politischer Neutralisierung vgl. allgemeiner *Fichtmüller*, AÖR 91 (1966), 297, 314 ff., 345 ff.; *Jestaedt*, Kondominalverwaltung, 1993, S. 137; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1998, S. 223 f. (5/37). – Unabhängigkeit stellt als solche keine eigenständige Unparteilichkeitsvariante dar, sondern kann sich mit verschiedenen hier aufgeführten Bedeutungen von Unparteilichkeit verbinden, etwa auch mit dem Verständnis von Unparteilichkeit als ausgewogener Pluralität (unten f., siehe etwa zu Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bei der Privatrundfunkaufsicht *Fehling*, Die Konkurrentenklage, 1994, S. 47 ff. u. insbes. S. 170 ff.) oder mit dem Typus von Unparteilichkeit als Fehlen eines privatwirtschaftlichen Eigeninteresses am Entscheidungsgegenstand (vor allem bei Sachverständigen, vgl. schon oben c).

<sup>59</sup> Siehe unten § 4 III. 1., insbes. c).

<sup>60</sup> Siehe *Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR* (Hrsg.), Einführung in die marxistisch-leninistische Staats- und Rechtslehre, 2. Aufl. 1986, S. 40 ff., vgl. auch S. 183: »Parteilichkeit der sozialistischen Gesetzlichkeit: eindeutige Bestimmung der politischen Ziele des Gesetzes auf der Grundlage der Beschlüsse der Partei der Arbeiterklasse und seine parteiliche Anwendung zur Durchsetzung dieser Ziele«.

<sup>61</sup> Zur Unparteilichkeit der Verwaltung durch Allgemeinheit der anzuwendenden Gesetze siehe unten § 2 I. 1.

## e) Gleichbehandlung unterschiedlicher Interessen und Betroffener

Eine fünfte Bedeutung gewinnt Unparteilichkeit, wenn man sie als Gebot der Gleichbehandlung, der Parität<sup>62</sup>, versteht.

Diese Vorstellung kann sich auf den *Inhalt* von Verwaltungsentscheidungen beziehen, so etwa, wenn bei Abwägungsentscheidungen ein Interessenausgleich im Sinne einer möglichst gleichmäßigen Berücksichtigung aller berührten privaten Interessen und Belange verlangt wird<sup>63</sup>. Ein solches Verständnis von Unparteilichkeit erschiene allerdings äußerst zweifelhaft, denn damit würde der (planerisch-gestaltenden) Verwaltung die Befugnis bestritten, bei der Abwägung divergierender Interessen in gewissen Grenzen auch politische Prioritäten zu setzen<sup>64</sup>.

Verbreiteter wird Unparteilichkeit im Sinne von Gleichbehandlung für das *Verwaltungsverfahren* gefordert. Die deutsche (Verfassungs-)Rechtsprechung räumt einer so verstandenen Unparteilichkeit, beeinflusst auch durch die US-amerikanische »due process«-Garantie, seit etwa Ende der 70er Jahre in den Grundsätzen der Waffengleichheit und der Verfahrensfairneß einen hohen Stellenwert ein<sup>65</sup>. In erster Linie geht es dabei um gleiche Verfahrensteilnahme und chancengleiche Einflußmöglichkeiten für die an einem mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis beteiligten Bürger, so vielfach zwischen einem (privaten) Vorhabenträger und verschiedenen Drittbetroffenen. Als Beispiel, gerade auch für die Verbindung von Unparteilichkeit, Verfahrensfairneß und Gleichbehandlung, kann erneut die eingangs teilweise zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts dienen<sup>66</sup>. Problematischer wird die Forderung nach

<sup>62</sup> Vgl. insoweit auch C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 113 f.

<sup>63</sup> So ließe sich die in der planungsrechtlichen Literatur verbreitete Formel verstehen, es müsse im Ergebnis ein angemessener und gerechter – und damit wohl im obigen Sinne unparteilicher – Ausgleich der berührten Belange gefunden werden; siehe etwa *Söfken*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, *BauGB*, § 1 Rn. 188; *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *VwGO*, § 114 Rn. 26 u. 44. Damit verbindet sich vielfach die Vorstellung, es müsse insoweit »praktische Konkordanz« hergestellt werden, die Konflikte zwischen den (verfassungs-)rechtlich geschützten Gütern müßten im Wege der Abwägung optimierend so aufgelöst werden, daß von allen kollidierenden (Grund-)Rechten in einem verhältnismäßigen Ausgleich möglichst viel erhalten bleibt; zu dieser Verbindung *Gassner*, *Methoden und Maßstäbe für die planerische Abwägung*, 1993, S. 23; *Koch*, in: *Abwägung im Recht*, 1996, S. 9, 10 f. Vgl. allgemeiner auch *Hoffmann-Riem*, in: *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 115, 162.

<sup>64</sup> Siehe näher unten § 4 V., insbes. 2.

<sup>65</sup> Hierzu und zum Folgenden näher unten § 4 IV. 1.

<sup>66</sup> So wird direkt im Anschluß an die eingangs zitierte Passage auf den »rechtsstaatlichen Grundsatz fairer Verfahrensgestaltung« verwiesen, »der in seinem Anwendungsbereich nicht auf das gerichtliche Verfahren beschränkt ist. .... Im Planfeststellungsverfahren ist Unparteilichkeit auch dem Vorhabenträger gegenüber geboten.« (BVerwGE 75, 214, 230 f.). Vgl. auch in der Vorinstanz BayVGh, NVwZ 1982, 510, 515: »Es geht nicht an, daß die Planungsgegner der Behörde als außenstehende Beteiligte gegenüberstehen, während Organe des antragstellenden Unternehmens unmittelbar in die Planfeststellungsbehörde hineinwirken und gewis-

prozeduraler Waffengleichheit jedenfalls im deutschen Recht dort, wo sie auf das Verhältnis zwischen einem betroffenen Bürger und der (entscheidungsbezugten) Behörde bezogen wird. Auf der Ebene des einfachen Rechts bieten vor allem der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) und der förmliche Erörterungstermin Ansatzpunkte, Reichweite und Problematik eines Unparteilichkeitsgebots im Sinne der – wie auch immer gearteten – Gleichbehandlung im Verfahren zu ergründen<sup>67</sup>.

#### f) Umfassende und ausgewogene Pluralität

Eng mit der Forderung nach Gleichbehandlung verbunden<sup>68</sup> ist ein letzter Typus von Unparteilichkeit als möglichst umfassende und dadurch ausgewogene Pluralität, sei es im Verwaltungsverfahren und/oder bei den Entscheidungsträgern.

Einen einflußreichen (rechts-)philosophischen Hintergrund findet diese Vorstellung in *Habermas Diskursmodell*, das sich – wie *Rawls* in Orientierung an *Kant*<sup>69</sup> – auf die Idee der Unparteilichkeit durch und im Verfahren gründet. Die Legitimität staatlichen Rechts wird danach beurteilt, ob es in einem streng rationalen, gleichberechtigten und zeitlich unbegrenzten Argumentationsaustausch aller Betroffenen konsensfähig wäre. Ein solch idealer Diskurs setzt insbesondere eine umfassende und unvoreingenommene Informationsverarbeitung und insoweit auch Unparteilichkeit voraus<sup>70</sup>.

Diese Theorie prozeduraler Gerechtigkeit hat allerdings primär die Normsetzung und -rechtfertigung und weniger die bei der Verwaltung im Vordergrund stehende Rechtsanwendung zum Gegenstand<sup>71</sup>. Für die Verwaltung

---

sermaßen mit am Entscheidungstisch sitzen. Das wäre kein faires Verfahren und würde die Gleichheit vor dem Gesetz verletzen«.

<sup>67</sup> Dazu unten § 4 IV. 2. a) bzw. d).

<sup>68</sup> Diese Verbindung wird deutlich bei *Hufen*, Fehler, 3. Aufl. 1998, Rn. 65, der das Gebot der prozeduralen Waffengleichheit auch als »Grundsatz der Pluralität« im Verfahren deutet.

<sup>69</sup> Zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten der Theorien von Rawls und Habermas siehe *Habermas*, in: Zur Idee des politischen Liberalismus, 1997, S. 169, 177 ff.; vgl. auch *Rawls*, aaO., S. 196, 240 ff. (verdeutlichend, daß auch die Diskurstheorie nicht rein prozeduraler Natur ist, sondern zugleich auf materiellen Grundannahmen beruht).

<sup>70</sup> Darauf weist zu Recht *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 198, hin, wie ähnlich auch *Alexy*, in: Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 127, 132. Speziell in Anwendungsdiskursen, die von Normbegründungsdiskursen unterschieden werden, soll ein unparteiliches Urteil zusätzlich durch die Forderung gesichert werden, daß alle relevanten Aspekte einer gegebenen Situation angemessen berücksichtigt werden müssen, siehe *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, insbes. S. 200 f.; *ders.*, Recht und Moral, aaO., S. 541, 597 f.; zur Unparteilichkeit im Diskurs durch universellen Rollentausch *ders.*, Erläuterungen zur Diskursethik, 2. Aufl. 1992, S. 119, 157 ff.; kritisch *Gril*, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnisse, 1998, S. 101 ff., insbes. S. 102 f. Siehe ferner dazu auch *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, 1990, S. 437 ff.

<sup>71</sup> Einen Versuch, das Diskursmodell auch auf die Ebene der Rechtsanwendung zu erstrek-

kann der Ansatz der Diskursethik am ehesten dort Bedeutung gewinnen, wo es um den Erlaß von Rechtsnormen (Verordnungen, Satzungen) oder um normsetzungähnliche Abwägungsentscheidungen geht; für diese Bereiche werden denn auch in Teilen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums aus dem Diskursmodell Pluralitäts- und Unparteilichkeitsanforderungen an die Verfahrensgestaltung gefolgert<sup>72</sup>.

Auf der Ebene der Verwaltungsorganisation dient vor allem das *Kollegialprinzip* dazu, Unparteilichkeit durch Pluralität zu fördern.

Bis in das 19. Jahrhundert hinein waren fast alle wichtigen Behörden kollegial strukturiert. Durch die gegenseitige Kontrolle erschienen die Beamten weniger anfällig für Bestechung, und die Macht wurde auf mehrere Schultern verteilt, so daß sie dem Monarchen weniger gefährlich werden konnte<sup>73</sup>. Vor allem aber sah man in kollegialen Entscheidungsstrukturen, die die Erörterung einer Sache von verschiedenen Ansätzen und Standpunkten förderten und einen Zwang zu Konsens und Kompromiß mit sich brachten, eine erhöhte Richtigkeits- und Rechtsschutzgewähr bei Behörden, die oftmals sowohl Verwaltungs- wie Rechtsprechungsaufgaben wahrzunehmen hatten. Mit den Worten einer königlich-preußischen Verordnung von 1815 sollte die »kollegiale Form« die »Achtung für die Verfassung, Gleichförmigkeit des Verfahrens, Liberalität und Unparteilichkeit« sichern<sup>74</sup>.

Mit der Trennung zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit verlor die Rechtsschutzfunktion von Kollegialbehörden an Bedeutung. Wo heute entscheidende oder beratende Gremien in der Verwaltung vorgesehen sind, dienen diese in den meisten Fällen<sup>75</sup> einer plural-ausgewogenen Repräsen-

---

ken, unternimmt *Günther*, *Der Sinn für Angemessenheit*, 1988. Er fordert dabei Unparteilichkeit in einem zweifachen Sinn: Erstens müssen die aus einer allgemeinen Normbefolgung voraussichtlich sich ergebenden (Neben-)Folgen für die Interessen eines jeden einzelnen von allen akzeptiert werden können (»universell-reziproke Unparteilichkeit«); zweites sind alle relevanten Merkmale in einer Anwendungssituation zu berücksichtigen (siehe insbes. S. 55 ff.; zur Unparteilichkeit vgl. aber auch S. 48, 93, 144 f., 237, 285 f.). Rechtlich bleiben seine Ausführungen jedoch schon deshalb unergiebig, weil die Gesetzesbindung gar nicht in den Blick genommen wird.

<sup>72</sup> Besonders deutlich, in Anlehnung an Habermas, bei *Denninger*, *Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht*, 1990, insbes. S. 124. Anklänge etwa auch bei *Württemberg*, *VVD-StRL* 58 (1999), 139, 167 f.

<sup>73</sup> Siehe etwa *Groß*, *Das Kollegialprinzip*, 1999, S. 112.

<sup>74</sup> Präambel der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzialbehörden v. 30.4.1815 (PrGS S. 85), zitiert bei *Loening*, *VerwArch* 3 (1895), 94, 156; *Unrub*, in: *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 2, § 3, S. 399, 439 f.; *Groß*, *Das Kollegialprinzip*, 1999, S. 119. Vgl. auch *Hintze*, in: *Regierung und Verwaltung*, 2. Aufl. 1967, S. 530, 547. – Dieser Gedanke spielte auch noch in den Beratungen über eine Kreisordnung für die östlichen Provinzen von 1869 eine wichtige Rolle; siehe *Loening*, *VerwArch* 3 (1895), 510, 560 f.

<sup>75</sup> Umfassende Typologie bei *Groß*, *Das Kollegialprinzip*, 1999, S. 61 ff.; vgl. auch *Jestaedt*, *Kondominalverwaltung*, 1993, S. 124 ff.; *Sodan*, *Kollegiale Funktionsträger*, 1987, S. 87 ff., insbes. S. 106 ff.

tation gesellschaftlicher Interessen und/oder verschiedener wissenschaftlich-fachlicher Richtungen. Damit verbindet sich die Hoffnung, die vertretenen Interessen oder Fachrichtungen würden sich gegenseitig neutralisieren oder es könne gar ein »pragmatischer Diskurs« (im Sinne der Diskurstheorie) in Gang gesetzt werden, der ein ausgewogenes, konsensfähiges und sachgerechtes Ergebnis hervorbringe<sup>76</sup>. Eine derartige Unparteilichkeitssicherung beruht freilich auf der oftmals problematischen Prämisse einer sach- und interessengerechten Zusammensetzung solcher Gremien<sup>77</sup>.

Bei Sachverständigen kann Pluralität weniger umfassend, dafür aber auch weniger aufwendig, bereits durch die Einschaltung eines oder mehrerer wissenschaftlich konträr ausgerichteten(r) *Gegengutachter(s)* angestrebt werden<sup>78</sup>, womöglich in Verbindung mit einem Gutachterstreit im Verwaltungsverfahren<sup>79</sup>. Die Hoffnung auf Unparteilichkeit durch Pluralität dient dabei, nicht anders als vielfach bei kollegialen Gremien, als Ersatz für eine interessendistanzierte Neutralität, die in einer zunehmend heterogenen (Fach-)Welt in manchen Bereichen nicht mehr möglich erscheint.

## 2. Unparteilichkeit als Relationsbegriff

### a) *Abwehr entscheidungsfremder Einflüsse auf Verwaltungsentscheidungen*

Die Vielfalt teils divergierender, teils sich überschneidender Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit ist bereits in der Begriffsstruktur angelegt. Wie *Schlaich* eingehend herausgearbeitet hat<sup>80</sup>, gewinnt die Neutralitäts- oder Unparteilichkeitsvorstellung Gestalt erst in einem konkreten rechtlichen Zusammenhang, in Bezug auf einen konkreten Untersuchungsgegenstand. Unparteilichkeit bezeichnet ganz allgemein die Abgrenzung zwischen sachlich Gebotem und Verbotenem, ohne von vornherein einen Maßstab in sich zu tragen, wie zwischen beidem unterschieden werden kann. Als Relationsbegriff verweist sie auf den bereichsspezifisch zu entwickelnden, sachangemessenen Maßstab für das geforderte Handeln. Im Gegenzug verbietet es die Verpflichtung zur Unparteilichkeit (soweit eine solche Verpflichtung besteht) dem Amtsträ-

<sup>76</sup> Siehe zunächst nur *Groß*, Das Kollegialprinzip, 1999, S. 160 u. 207 (zur angelsächsischen Pluralismustheorie als Hintergrund der Vorstellung, die organisierten Interessen würden sich gegenseitig ausbalancieren) bzw. S. 204 f. (zum »pragmatischen Diskurs« vor dem Hintergrund – wenn auch ohne ausdrückliche Erwähnung – der Diskurstheorie von Habermas).

<sup>77</sup> Zum Ganzen näher unten § 5 II. 5. a).

<sup>78</sup> Siehe vor allem *Roßnagel*, DVBl. 1995, 644, 645 f.; *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 269. Näher unten § 5 II. 2. c).

<sup>79</sup> Siehe *Württemberg*, Die Akzeptanz, 1996, S. 133 f. (im Erörterungstermin).

<sup>80</sup> Zum Folgenden näher *Schlaich*, Neutralität, 1972, insbes. S. 40 ff.; zusammenfassend *ders.*, Evangelisches Staatslexikon, Bd. II, Art. »Neutralität, innerstaatlich«, Sp. 2239, 2242 f.

ger und der Verwaltung, sich von sach- und entscheidungsfremden Faktoren und Interessen (>alien factors<sup>81</sup>) beeinflussen zu lassen. Welche persönlichen oder institutionellen Umstände solchermaßen als entscheidungsfremd und damit verbotene Parteilichkeit begründend auszugrenzen sind, welche Interessen oder Verfahrensweisen sachfremd und welche sachgerecht erscheinen, läßt sich anhand des Unparteilichkeitsgebots allein nicht beurteilen<sup>82</sup>.

Streng formal und allgemein läßt sich Unparteilichkeit demnach zunächst verstehen als *Beschränkung auf den jeweils sachangemessenen Handlungs- und Entscheidungsmaßstab unter Abwehr entscheidungsfremder Einflüsse*. Der Rückzug auf eine solche konturschwache Formel erscheint unvermeidlich, will man wie *Schlaich* den gesamten staatlichen Bereich erfassen, von der Arbeitsgerichtsbarkeit bis zur Bundesbank, vom Beamtentum bis zum Staatskirchenrecht, vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk bis zur Schule. In der Frage nach dem jeweils sachangemessenen Maßstab ist diese Formel indes von vornherein auf eine bereichsspezifische Konkretisierung angelegt<sup>83</sup>.

#### b) Unparteilichkeit und Gesetzesbindung der Verwaltung

Für die Verwaltung bilden nach der Verfassung Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) den Maßstab, an dem sie ihr Handeln auszurichten hat. Bei der strikt gesetzesegebundenen Verwaltung bedeutet dies nach der allgemeinen Unparteilichkeitsformel, daß alle nicht auf das einschlägige Gesetz und die Verfassung gegründeten Erwägungen als sach- und entscheidungsfremd auszuscheiden haben. Außerhalb des Bereichs strikter Gesetzesbindung bildet das »Recht« in Form von allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie sonstigen (verfassungsrechtlichen) Ermessensgrenzen und -leitlinien den vorrangigen – wenn auch nicht alleinigen – Handlungs- und Entscheidungsmaßstab für die Verwaltung<sup>84</sup>. Aus diesem Blickwinkel ließe sich die Forderung nach Unparteilichkeit

<sup>81</sup> So in Parallele zu *Schlaich*, aber unabhängig von ihm für die USA *Allison*, Utah L.Rev 1993, 1135, 1136; *ders.*, 28 N.Eng.L.Rev. (1994), 657, 658.

<sup>82</sup> Diese formale Grundkonzeption teilt die Unparteilichkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), der für Differenzierungen zumindest einen sachlichen Grund fordert, ohne aus sich heraus sachliche von unsachlichen Kriterien scheiden zu können. Diese strukturelle Parallele erhellt, warum neben dem Rechtsstaatsprinzip gerade der Gleichheitssatz immer wieder als Grundlage eines Gebots der Unparteilichkeit der Verwaltung genannt wird, auch über die verfahrensmäßige Gleichbehandlung (siehe oben 1. e) hinaus. Für die Befangenheit des einzelnen Amtswalters (auch) auf Art. 3 Abs. 1 GG abstellend *Kazele*, Interessenkollision und Befangenheit im Verwaltungsrecht, S. 51 f.; *Hufen*, Fehler, 3. Aufl., 1998, Rn. 67; *Kopp*, VwVfG, 6. Aufl. 1996, § 20 Rn. 1b; *Rombach*, Der Faktor Zeit, 1994, S. 248; *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, 1990, S. 667 mit dortiger Fn. 91; für das Sozialrecht etwa *v. Mutius*, in: GK-SGB X, § 16 Rn. 1. Siehe näher unten § 4 II. 5. a).

<sup>83</sup> Siehe *Schlaich*, Neutralität, 1972, insbes. S. 228: Neutralität als ein »in einzelnen Bereichen je verschieden konkretisiertes Sachprinzip«; insoweit wohl zustimmend *Waechter*, Geminderte demokratische Legitimation, 1994, S. 267, vgl. aber auch S. 259 f.

<sup>84</sup> Vgl. *P. Kirchhof*, VerwArch 66 (1975), 370, 373, vgl. auch S. 371 f.: die Rechtsbindung

dann so verstehen, daß personell, organisatorisch und verfahrensmäßig Rahmenbedingungen für das Verwaltungshandeln geschaffen werden müssen, die dessen Orientierung am Gesetz(eszweck) befördern und gesetzesfremde Erwägungen weitestmöglich ausschalten (Unparteilichkeit als *akzessorische Sicherung der Gesetzesbindung*).

Wenn demnach Unparteilichkeit und Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns eng zusammenhängen, so sind sie doch nicht deckungsgleich. Denn eine solche Gleichsetzung definierte Unparteilichkeit der Verwaltung sowohl zu weit als auch zu eng: zu weit, weil der Begriff dadurch jegliche eigenständige Bedeutung und Konturen verlöre; zu eng, weil die Aufgabe der Verwaltung sich nicht im Gesetzesvollzug erschöpft<sup>85</sup>.

Als Ausgangsüberlegung (nicht: Definition) kommt der obigen Formel dennoch eine wichtige Funktion zu: Sie verdeutlicht, daß die Forderung nach Unparteilichkeit nicht – etwa unter Berufung auf eine angebliche »Sachrichtigkeit« – gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gerichtet werden darf, sondern letztere abzustützen und ggf. zu ergänzen hat. Soweit die Gesetzesbindung der Verwaltung reicht, schafft die Forderung nach Unparteilichkeit keinen neuen Maßstab für das Verwaltungshandeln, sondern gewinnt eigenständige Bedeutung nur dadurch, daß sie auf *ergänzende rechtliche Instrumente einer indirekten Steuerung* verweist. Indem etwa befangene Amtswalter von der Mitwirkung an Verwaltungsentscheidungen ausgeschlossen werden, sollen Rahmenbedingungen für das Verwaltungshandeln geschaffen werden, die eine Beachtung von Gesetz und Recht durch die Verwaltung wahrscheinlicher machen.

---

unterscheide sich »von der Gesetzesbindung nicht nach der Erkenntnisquelle des Rechts, sondern nur in der Nähe zu einem positiven Gesetzestatbestand«; *Kazele*, Interessenkollision und Befangenheit, 1990, S. 46, freilich beide ohne Verknüpfung mit dem Ansatz von *Schlaich* und allein auf die Unparteilichkeit des individuellen Amtswalters bezogen. Angedeutet auch bei *Henneke*, in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 83 Rn. 4: Unparteilichkeit bei ehrenamtlicher Verwaltungstätigkeit als »Erfüllung der Aufgaben unabhängig von den beteiligten Personen, allein ausgerichtet an den in concreto relevanten Rechtsnormen und den danach maßgeblichen Interessen«; für die USA deutlicher *Allison*, Utah L.Rev 1993, 1135, 1136; *ders.*, 28 N.Eng.L.Rev. (1994), 657, 658: »A factor is alien if it consists of anything other than evidence and arguments relevant to a policy, principle or rule directly in issue«. Zur »rule of law« siehe näher § 2 I. 1. a).

<sup>85</sup> Wohl aus diesem Grund recurriert *Schlaich*, der seine allgemeine Neutralitätsformel nicht für die Verwaltung im Ganzen konkretisiert, auf das Gesetz als sachangemessenen Handlungs- und Entscheidungsmaßstab primär für die Gerichtsbarkeit (Neutralität, 1972, S. 54 f. bzw S. 59 ff.). Im übrigen wird die Gesetzesbindung im Zusammenhang mit Unparteilichkeitsfragen typischerweise nur bei der beamtenrechtlichen Neutralitätspflicht thematisiert; dazu näher unten § 4 III. 1.; vgl. auch oben 1. d).

c) *Indirekte Steuerung in Richtung auf Gemeinwohldienlichkeit und Gerechtigkeit*

In der Gesetzesanwendung liegt allerdings nicht das primäre Ziel des Verwaltungshandelns. Vielmehr sollen vorrangig bestimmte Zwecke verwirklicht und Leistungen erbracht werden, die in unterschiedlichem Ausmaß gesetzlich programmiert sind<sup>86</sup>. Jenseits jeglicher Gesetzesbindung besitzen Unparteilichkeitsanforderungen eine weitere Funktion. Sie sollen die Verwaltung im Rahmen ihres Sachauftrages bei notwendigen Abwägungen auf die Leitvorstellungen materieller Gerechtigkeit und des Gemeinwohls verpflichten<sup>87</sup>. In diesem Sinne kann Unparteilichkeit der Verwaltung daher in Anlehnung an *Dagtoglou*<sup>88</sup> und an *P. Kirchhof*<sup>89</sup> als *Verpflichtung zur Parteinahme für das Recht und die Ideen von Gemeinwohl und Gerechtigkeit* verstanden werden. Wieder stellt sich die Frage nach notwendigen personellen, organisatorischen und verfahrensmäßigen Vorkehrungen, die bei der Verwirklichung von Verwaltungszwecken die Orientierung an Gemeinwohl und Gerechtigkeit unterstützen, wenn auch nicht unbedingt garantieren können.

Auch diese Formel bleibt notwendig konturschwach. Sie kann zudem leicht mißverstanden werden. Soweit damit der Anspruch einer definitorisch-trenn-

<sup>86</sup> Dies schlägt sich in bereichsspezifisch unterschiedlichen Verwaltungsleitbildern nieder (unten § 3.). Zur Förderung der Glückseligkeit der Untertanen als Staatszweck und Ziel der »Verwaltung des Policy-Wesens« im ausgehenden 18. Jh. siehe schon oben II. 1. c). Aus Sicht der Systemtheorie geht es um die »Herstellung bindender Entscheidungen«, wobei die (konditionale) rechtliche Programmierung der Reduktion von Komplexität dient; grundlegend *Luhmann*, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, 1966, S. 67 ff. u. 81 ff.; verknüpft mit Unparteilichkeitselementen (»ohne offen legitimierbare eigene Ziele« bzw. »eigene Interessen«) bei *Roellecke*, *Die Verwaltung* 29 (1996), 1, 9 u. 15 u. *ders.*, *VerwArch* 91 (2000), 1, 10.

<sup>87</sup> Die Verpflichtung von Rechtsprechung und Verwaltung auf die Leitvorstellung der Gerechtigkeit wird verbreitet auch in den Begriff des »Rechts« im Art. 20 Abs. 3 GG hineingelesen. Dabei steht freilich meist die Frage eines Vorranges des »Rechts« im Sinne von Gerechtigkeit vor dem geschriebenen positiven Recht im Vordergrund; vgl. etwa *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20 Rn. 52; *Stern*, *Staatsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 796 ff.; *Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, insbes. S. 86 ff., m. ausf. Nw. der älteren Literatur; eingehend, auch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Robbers*, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, 1980, insbes. S. 72 ff., allerdings ohne Fixierung gerade auf die Verwaltung. Im Zusammenhang mit der Frage der Unparteilichkeit eines Amtswalters in der Verwaltung klingt ein weites Verständnis von Art. 20 Abs. 3 GG an bei *Kazele*, *Interessenkollision und Befangenheit*, 1990, S. 46 f.

<sup>88</sup> Vgl. *Dagtoglou*, in: *FS Forsthoff*, 1967, S. 64, 65: »Unparteilichkeit« als »ein auf Sachlichkeit und infolgedessen Gerechtigkeit bezogener Begriff«. Auf die beamtenrechtliche Neutralitätspflicht bezogen (dazu näher unten § 4 III. 1.) vgl. *Thieme*, *Verwaltungslehre*, 4. Aufl. 1984, Rn. 99; *Plog/Wiedow/Beck/Lemböfer*, § 52 BBG Rn. 2.

<sup>89</sup> *P. Kirchhof*, *VerwArch* 66 (1975), 370, 371: »Unbefangenheit ist deswegen positiv Parteinahme für das Recht«. *Kirchhof* bezieht dies allerdings nur auf den einzelnen Amtswalter. Der hier vertretene Ansatz verknüpft dies mit der formalen Ausgangsformel von *Schlaich*, bezieht die Aussage auf die Verwaltung als Ganzes und ergänzt die Formel – wie in den vorigen Fußnoten erläutert – um die subsidiäre Ausrichtung auf die Idee der materiellen Gerechtigkeit.

scharfen Abgrenzung verbunden ist, etwa im Sinne einer Gegenüberstellung von Gemeinwohl und privaten Sonderinteressen, von öffentlichen Interessen und Parteiinteressen<sup>90</sup>, erscheint ein solcher Konkretisierungsversuch fragwürdig. Denn damit würde verkannt, daß das Gemeinwohl keine statisch feststehende Größe ist, sondern im Pluralismus der Gemeinwohlvorstellungen der immer neuen Konkretisierung durch den demokratischen politischen Prozeß bedarf. In diesem Konkretisierungsprozeß, der nach (Grundrechts-)Wesentlichkeit abgestuft sowohl dem Gesetzgeber als auch der Verwaltung obliegt<sup>91</sup>, stellen auch private Interessen latent öffentliche Interessen dar, da sie innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen<sup>92</sup> im Rahmen einer demokratisch legitimierten Abwägung ermessensfehlerfrei als gemeinwohldienlich eingestuft werden können<sup>93</sup>.

Löst man sich von einem starren Gemeinwohlverständnis, so können Gemeinwohl und Gerechtigkeit dagegen durchaus als Richtungsbestimmungen<sup>94</sup> für unparteiliches Verwaltungshandeln dienen. Gerade weil Gemeinwohl wie Gerechtigkeit in einer pluralistischen Demokratie inhaltlich kaum abschlie-

<sup>90</sup> Solche Vorstellungen waren vor allem bei der beamtenrechtlichen Neutralitätspflicht weit verbreitet und sind auch heute nicht vollständig überwunden, vgl. dazu zunächst nur *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970, S. 41; mißverständlich statt vieler etwa *Grewe*, Gutachten zum 39. DJT, 1952, D3 u D10, der von »unparteiischer und uneigennütziger Sachlichkeit im Dienste des Gemeinwohls« spricht; siehe näher unten § 4 III. 1. b). – Allgemein zum Interessenbegriff im Verwaltungsrecht m.w.N. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1998, S. 131 ff., insbes. S. 135 ff. (3/46 ff. bzw. 3/55 ff.); *Groß*, Das Kollegialprinzip, 1999, S. 252 ff.

<sup>91</sup> *Loschelder*, HStR III, 1988, § 68 Rn. 77 f. Allgemein auch *W. Schmidt*, VVDStRL 33 (1975), 183, 198 f.; im Anschluß an die Reine Rechtslehre zwischen heteronomen und autonomen Determinanten unterscheidend *Korinek*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 33 (1975) 302, 303.

<sup>92</sup> Bei der notwendigen Einbindung der einzelnen Interessen in ein »Gesamtzielsystem« kann sich aus der Verfassung und dem Postulat der »Systemgerechtigkeit« eine erste grobe Vorprägung und Gewichtung von Interessen ergeben, vgl. *Brohm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 33 (1975), 289 f.; *Zuleeg*, Diskussionsbeitrag, aaO., S. 316, 317; dem letztlich zustimmend auch *W. Schmidt*, Schlußwort, aaO., S. 327, 330.

<sup>93</sup> Besonders deutlich *W. Schmidt*, VVDStRL 33 (1975), 183, 194 ff. u. 217 f.; *Böckenförde*, Diskussionsbeitrag, aaO. S. 297, 298 ff.; eingehend *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970; *Isensee*, HStR III, 1988, § 57, Rn. 17 ff. Aus jüngerer Zeit vgl. vor allem die Diskussion um das Gemeinwohlverständnis auf der Staatsrechtlehrertagung 1996; das Gemeinwohl nimmt breiten Raum ein bei *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 ff.; kritischer *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235, 246 mit dortiger Fn. 36; vgl. auch die dortigen Diskussionsbeiträge von *Häberle* (aaO., S. 309 f.), *Schmidt-Preuß* (aaO., S. 313), *Di Fabio* (aaO., S. 320), *Schmidt-Aßmann* (aaO., S. 294, 297), *Burmeister* (aaO., S. 321 f.) und *Schachtschneider* (aaO., S. 310 f.); vgl. im Zusammenhang mit Unparteilichkeitsfragen auch *Uerpman*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 47 ff.

<sup>94</sup> Recht plastisch *Morstein Marx*, Das Dilemma des Verwaltungsmannes, 1965, S. 84: »kein fester Kompaß«, sondern ein »Richtungsbegriff, der seinen Wert darin erweist, daß er Fragestellungen über öffentliche Vorgänge rechtfertigt und Begründungspflichten voraussetzt«. Ähnlich auch *Frowein*, Die politische Betätigung des Beamten, 1967, S. 14 f.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, 1998, S. 137 f. (3/59): »regulatorische Idee«; *Rossen*, Vollzug und Verwaltung, 1999, S. 208 ff.

ßend erfassbar sind, verlagert sich der Schwerpunkt auf eine *indirekte* (Verfahrens-)Steuerung, auch mit Hilfe von Unparteilichkeitsanforderungen<sup>95</sup>. Während durch inhaltliche gesetzliche Programmierung die Rechtmäßigkeit der Verwaltung gesichert werden soll, sucht man mittels Unparteilichkeitssicherungen darüber hinaus indirekt die Voraussetzungen für eine (optimierte) »Richtigkeit« von Verwaltungsentscheidungen<sup>96</sup> zu verbessern. In diesem Sinne stellt die vorliegende Untersuchung auch einen Beitrag zur gegenwärtigen Steuerungsdebatte dar.

Auf einer mittleren Ebene der Systembildung müssen dann Entscheidungs- und Verfahrenstypen herausgearbeitet werden, für die der sachangemessene Unparteilichkeitsmaßstab präziser umschrieben werden kann, unter Rückgriff auf die oben beschriebenen Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit<sup>97</sup>. In manchen Fallgruppen wird dann sogar zweifelhaft sein, ob sich – unbeschadet der Allgemeingültigkeit der streng formalen Ausgangsdefinition von »Unparteilichkeit« – der bereichsspezifisch sachangemessene Maßstab noch sinnvoll mit dem Etikett »Unparteilichkeit der Verwaltung« versehen läßt; hier sei zunächst nur an die eingangs aufgeworfenen Fragen zur politischen Prioritätensetzung bei der planerischen Abwägung und zu den Auswirkungen einer zunehmend ökonomisch geprägten Dienstleistungsorientierung einzelner Verwaltungsbereiche erinnert<sup>98</sup>. Wenn hier im Rahmen der begrifflichen Annäherung zunächst ein weiter Blickwinkel gewählt wird, so rechtfertigt sich dies daraus, daß nicht vorschnell Verbindungen abgebrochen werden sollen, die für eine Gesamtbeurteilung relevant werden könnten.

---

<sup>95</sup> Von einem dezidiert prozeduralen Gemeinwohlverständnis ausgehend wird die Verbindung zur Unparteilichkeit angedeutet bei *Häberle*, Öffentliches Interesse, 1970, S. 100: »Vertrauen in die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit« als »besondere Fälle und Erscheinungsformen eines Gemeinwohl- und Rechtsgebotes«, »Vorschriften zur »Unparteilichkeit« und Unbestechlichkeit der Verwaltung« als »Garantien verfahrensrechtlicher Art mit dem Zweck, möglichst ein gemeinwohl-’gerechtes’ Ergebnis des Verwaltungshandelns zu erzielen«. – Die Forderung nach Unparteilichkeit kann dabei auch bedeuten, daß die Verwaltung in einem geordneten Verfahren alle relevanten Interessen und Belange bei der abwägenden Definition der Gemeinwohlbelange zu berücksichtigen hat (insoweit *W. Schmidt*, VVDStRL 33 [1975], 183, 203 f.; vgl. auch *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, insbes. S. 11 u. 48 ff.), also in der planungsrechtlichen Terminologie ausgedrückt kein Abwägungsdefizit auftreten darf.

<sup>96</sup> Zur »Richtigkeit« statt bloßer Rechtmäßigkeit als Ziel des Verwaltungshandelns siehe *Hoffmann-Riem*, in: Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115, 146 f.; *ders.*, in: Innovation und Flexibilität, 1994, S. 9, 27 ff.; *ders.*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 355, 360.

<sup>97</sup> Siehe zunächst unten IV. 1.; im einzelnen dann unten § 3, zum methodischen Vorgehen dort I.

<sup>98</sup> Siehe oben I. 1. bzw. 2.

### III. »Verwaltungstätigkeit« als Bezugsobjekt

#### 1. Weiter Verwaltungsbegriff

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kann zunächst die gängige negative Definition von öffentlicher Verwaltung als Ausgangspunkt dienen. Danach umschreibt Verwaltung diejenige Staatstätigkeit, die weder Gerichtsbarkeit noch Gesetzgebung darstellt<sup>99</sup>. Im übrigen erfordern es das hier verfolgte Erkenntnisinteresse und der rechtsvergleichende Ansatz, den durch »Verwaltungstätigkeit« umschriebenen Untersuchungsbereich möglichst weit zu fassen:

Der hier zugrundegelegte Verwaltungsbegriff schließt die *Regierung mit ein*. Eine klare Grenzziehung erscheint ohnehin kaum möglich<sup>100</sup>, nicht zuletzt deshalb, weil die Regierungs- und Verwaltungstätigkeit in den Ministerien ineinandergreift<sup>101</sup>. Da die Ministerien typischerweise auch oberste Verwaltungsbehörden sind<sup>102</sup>, werden wichtige Entscheidungen direkt (wie der Erlaß von Rechtsverordnungen) oder indirekt (durch Weisungen an nachgeordnete Behörden) auf dieser Ebene getroffen. Vor allem aber droht mit einer scharfen Abgrenzung von Regierung und Verwaltung auch eine kategorische materielle Differenzierung verbunden zu werden, im Sinne einer »Gewaltenteilung«<sup>103</sup> zwischen der Regierung als politischer Führung und der Verwaltung als bürokratischem Ausführungsapparat<sup>104</sup>. Eine solche höchst problematische Dicho-

<sup>99</sup> Sie geht auf *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1924, S. 7, zurück. Überblick, auch über alternative Definitionsversuche, etwa bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, Rn. 4 ff.; *Schröder*, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 67 Rn. 19 ff.

<sup>100</sup> Siehe die abgewogene Charakterisierung bei *Hesse*, Grundzüge, 20. Aufl. 1995, Rn. 536 ff. (Differenzierung kennzeichnet »nur Unterschiede der Grundtypik beider Funktionen«). Ähnlich auch *Schröder*, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 67 Rn. 30; *Lege*, DVBl. 1999, 569, 576 ff.

<sup>101</sup> *Schröder*, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 67 Rn. 30. Zu den erheblichen Schwierigkeiten einer Abgrenzung im Rahmen des Behördenbegriffs nach § 1 Abs. 4 VwVfG vgl. den kaum noch überschaubaren Rechtsprechungsüberblick bei *Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 1 Rn. 167 ff.

<sup>102</sup> Siehe etwa §§ 3 ff. LVG Bad.-Württ.

<sup>103</sup> Diese Vorstellung prägt bis heute weite Teile der beamtenrechtlichen Literatur, siehe zunächst nur *Isensee*, Staatslexikon, Bd. 1, Art. »Beamte«, Sp. 585, 590, und jüngst wieder *Merten*, in: *Staat und Verwaltung*, 1997, S. 145, 157 f. u. 161. Zumindest im Sinne einer strikten Trennung mißverständlich BVerfGE 83, 60, 72 – Hamburger Ausländerwahlrecht: »Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung«.

<sup>104</sup> Diese Typisierung wird üblicherweise auf *M. Weber* zurückgeführt (Politik als Beruf, in: *Gesammelte politische Schriften*, 2. Aufl. 1958, S. 493 ff, insbes. 512; *ders.*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, S. 125 ff. u. S. 559 ff.), doch bezweckte Weber dabei gar nicht eine normative Unterscheidung oder die Skizze eines Idealbildes des Verwaltungsbeamten, vielmehr ging es ihm um eine Kritik der (damaligen) Politik im bürokratischen Geiste und um einen Aufruf zur politischen Führung und Gestaltung; siehe dazu etwa *Treiber*, *Zeitschrift f.*

tomie von Politik und Verwaltung<sup>105</sup> würde zu einem jedenfalls für diese Untersuchung viel zu undifferenziert technokratischen Verwaltungsparadigma führen. Dem darf nicht mit einem verengenden, die Regierung von vornherein ausgrenzenden Verwaltungsbegriff Vorschub geleistet werden; außer Betracht bleibt nur die rein staatsleitende Regierungstätigkeit.

Rechtsvergleichend muß auch die *exekutive Normsetzung*, insbesondere die Satzungs- und Verordnungsgebung, einbezogen werden. Auf kommunaler Ebene ergibt sich dies schon daraus, daß die unparteilichkeitssichernden Mitwirkungsverbote in den Gemeindeordnungen jedenfalls im Grundsatz sowohl Normsetzungsakte als auch Einzelfallentscheidungen erfassen<sup>106</sup>; im übrigen wird der Erlaß von Satzungen durch den Gemeinderat »trotz eines gewissen legislatorischen Charakters« von der herrschenden Auffassung zur Verwaltungstätigkeit gerechnet<sup>107</sup>. Auf den Ebenen von Land und Bund stellt die Verordnungsgebung zwar funktionell Gesetzgebungstätigkeit dar und ist meist auf Regierungsebene angesiedelt. In den USA dagegen sind für das »rulemaking«<sup>108</sup> typischerweise die »normalen« Verwaltungsbehörden zuständig und das Verfahren ist im dortigen Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt. Be-

---

Politik 24 n.F. (1977), 213, 220 f. Zur ideengeschichtlichen Entwicklung, die insbes. mit *Smend, Heller, Kelsen* und *Scheuner* sowie heute *Luhmann* verbunden ist, siehe zusammenfassend m.w.N. *Steinberg*, Politik und Verwaltungsorganisation, 1979, S. 22 f.

<sup>105</sup> Zu den Konsequenzen für das Verständnis der Neutralitätspflicht des Beamten unten § 4 III. 1. b); vgl. auch schon oben II. 1. d).

<sup>106</sup> Schon OVG Koblenz, DÖV 1959, 233, 234; VGH Mannheim, ESVGH 14, 162, 163; *Linden*, Ausschuß bei Interessenkollision, 1970, S. 109 ff.; *Glage*, Mitwirkungsverbote, 1995, S. 116 ff. Ausdrücklich ausgeschlossen vom Mitwirkungsverbot ist der Erlaß von Rechtsnormen allerdings in § 26 Abs. 3 S. 1 Nieders.GemO; kritisch dazu *Bernsdorf*, in: Thieme, Nieders.GemO, § 26 Rn. 15. – Eine andere Frage ist, inwieweit es bei Rechtsnormen an der geforderten »Unmittelbarkeit« des Vor- oder Nachteils fehlt und welchen Einfluß die politische Prägung der Rechtssetzungstätigkeit des Gemeinderats (Leitbild der politischen Gestaltung, siehe unten § 3 III., insoweit insbes. 4.) für die Auslegung des Mitwirkungsverbots setzt; siehe unten § 4 II. 2. b) u. 3. a).

<sup>107</sup> Dies wird damit begründet, daß die Gemeindevertretung ein Selbstverwaltungs- und kein Gesetzgebungsorgan darstelle; siehe nur BVerwG NJW 1993, 411, 412; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. 1997, Rn. 250; *Schoch*, NVwZ 1990, 801, 803. Eine andere Frage ist, inwieweit es sich um besonders politisch geprägte und materiell parlamentsähnliche Tätigkeit handelt [besonders dezidiert aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht jedenfalls für Großstädte *Grauhan*, Politische Verwaltung, 1970, *Banner*, AfK 21 (1982), 20, 33 f.] und welche Auswirkungen dies auf das zugrundeliegende Verwaltungsverständnis und damit auch für die Unparteilichkeitsproblematik zeitigt, siehe erneut unten § 3 III., insbes. 4.

<sup>108</sup> Die Abgrenzung von »order« bzw. »adjudication« (definiert in 5 U.S.C. § 551 (6) u. (7)) und »rule« bzw. »rulemaking« (definiert in 5 U.S.C. §§ 551 [4] u. [5]) entspricht in groben Zügen derjenigen zwischen dem (Erlaß eines) Verwaltungsakt(s) und der Verordnung bzw. Verordnungsgebung: »Rules« sind von Ausnahmen abgesehen nach heute herrschender Auffassung durch »general applicability« gekennzeichnet. Siehe etwa das führende Lehrbuch von *Davis/Pierce*, Administrative Law Treatise, Bd. 1, 3. Aufl. 1994, S. 225 ff. (§ 6.1) u. S. 377 f. (§ 8.1); aus der deutschsprachigen Literatur im Überblick *Brugger*, Einführung, 1993, S. 192 f.; *Linneberger*, Einführung, 1994, S. 72 ff.; näher *Pünder*, Exekutive Normsetzung, 1995, S. 32 ff. m.w.N.

stimmte Unparteilichkeitssicherungen gelten gleichermaßen für die ›formal adjudication‹ wie für das – freilich praktisch weit weniger bedeutsame – ›formal rulemaking‹<sup>109</sup>. Wesentliche Impulse für die Unparteilichkeitsdiskussion gehen gerade von der paradigmatischen Gegenüberstellung von ›adjudication‹ und dem ›informal rulemaking‹ aus<sup>110</sup>. Die Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes muß dies berücksichtigen.

Schließlich darf auch die *Verwaltungstätigkeit in Privatrechtsform* nicht ausgeblendet werden. Geht man von der traditionellen Doktrin des Verwaltungsprivatrechts aus, so wäre ohnehin fraglich, ob sich die Verwaltung in Ausübung ihrer Wahlfreiheit durch »Flucht in das Privatrecht« ansonsten bestehender Unparteilichkeitspflichten entziehen könnte. Diese Denkweise bedarf allerdings für das neue Leitbild einer »funktionsteilenden Daseinsvorsorge«<sup>111</sup> der Überprüfung. Außerdem stellt die wirtschaftliche Betätigung des Staates in den Formen des Privatrechts einen wichtigen Anwendungsfall für das neue Leitbild effizienzorientierter Dienstleistung dar<sup>112</sup>; zur Erhellung des Zusammenhanges zwischen dem jeweiligem Verwaltungstypus und dem entsprechenden Unparteilichkeitsverständnis kann auf die Einbeziehung des Verwaltungshandelns in Privatrechtsform kaum verzichtet werden<sup>113</sup>.

## 2. Beteiligung Privater an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben

›Verwaltung‹ meint hier zunächst staatliche Verwaltung. Doch zieht sich der Staat vermehrt zugunsten Privater aus angestammten Aufgabenbereichen zurück. Fallen dabei staatliche Leistungen ersatzlos weg (wie teilweise die Baugenehmigung) oder wird eine Aufgabe vollständig privatisiert (wie schrittweise

<sup>109</sup> Für das Verbot von ›ex parte communications‹ ergibt sich dies aus der Verweisungskette 5 U.S.C. §§ 557 (d), 557 (a), 556, 553 (rulemaking) bzw. 554 (adjudication).; dazu im Überblick *Pierce, Shapiro & Verkuil*, Administrative Law and Process, 2. Aufl. 1992, S. 433 f. Demgegenüber betrifft das Gebot der ›separation of functions‹ zwischen ermittelndem und (vor)entscheidendem Verwaltungspersonal nach 5 U.S.C. § 554 (d) nur die ›formal adjudication‹ und ist auf das ›formal rulemaking‹ auch nicht entsprechend anwendbar; so schon die amtlichen Erläuterungen, *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act*, 1947, S. 15. Näher unten § 3 II. 3. a).

<sup>110</sup> So ist der APA als Kompromiß zwischen dem älteren justizähnlichen Verfahrensmodell, zum Ausdruck kommend in den Kategorien der ›formal adjudication‹ und mit Abstrichen auch des ›formal rulemaking‹, und einem sachverstandsbasierten Verwaltungsmodell des ›New Deal‹, repräsentiert durch das ›informal rulemaking‹, charakterisiert worden; siehe *Shapiro*, 72 Va.L.Rev. (1986), 447, 452 ff. Näher unten § 3 I. 2. u. 3. b).

<sup>111</sup> Siehe schon einleitend oben I.; ferner unten § 3 V. 3. b).

<sup>112</sup> Siehe dazu unten § 3 V. 3.

<sup>113</sup> Dies gilt vor allem auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge, bei der das »Neutralitätsgebot« kürzlich in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt ist; siehe OLG Brandenburg NVwZ 1999, 1142, 1146 f. und näher unten § 4 II. 3. c). Außer Betracht bleibt jedoch die rein fiskalische Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand.

die Telekommunikation), bleibt der Verwaltung allenfalls noch eine mehr oder minder ausgeprägte Verantwortung für die Regulierung privatwirtschaftlicher Betätigung (vgl. etwa Art. 87 f GG)<sup>114</sup>. Unparteilichkeitsfragen spezifischer Art können dabei in einer Übergangsphase einer erst teilweisen Entstaatlichung auftreten<sup>115</sup>; auf längere Sicht unterscheidet sich die Problematik aber grundsätzlich kaum von derjenigen bei der »normalen« staatlichen Wirtschaftsverwaltung.

In den meisten Fällen, oftmals unter dem wenig klaren Begriff der funktionalen Privatisierung<sup>116</sup> zusammengefaßt, werden Aufgaben dagegen auf Dauer nicht gänzlich entstaatlicht. Private werden vielmehr an der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben beteiligt, sei es an der Verfahrensdurchführung oder der inhaltlichen Gestaltung, sei es als Ersatz oder in Ergänzung staatlicher Verwaltungstätigkeit. Dabei läßt die natürliche (ökonomische) Interessengebundenheit Privater nicht nur die Gemeinwohlfrage<sup>117</sup>, sondern auch die damit eng verknüpfte Unparteilichkeitsproblematik mit besonderer Schärfe hervortreten. Wie bereits einleitend ausgeführt<sup>118</sup>, ist dann zu prüfen, inwieweit Gesetzgeber und/oder Verwaltung eine mehr oder minder weitreichende Garantenstellung<sup>119</sup> für eine insgesamt unparteiliche Aufgabenerfüllung besitzen.

<sup>114</sup> Gegen eine Erstreckung der Kategorie der (funktionalen) Privatisierung auch auf Fälle eines vollständigen Rückzugs des Staates zugunsten privater Eigenverantwortung wendet sich auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung, 1999, insbes. S. 88 f. u. 91 f.

<sup>115</sup> Für die Telekommunikation vgl. schon eingangs oben I.

<sup>116</sup> Die funktionale oder funktionelle Privatisierung ist zwischen einer bloßen Organisations- und einer vollständiger Aufgabenprivatisierung angesiedelt und soll dadurch gekennzeichnet sein, daß der Staat zur Förderung des Gemeinwohls bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben Privatinteressen mobilisiert, sie aber zugleich im öffentlichen Interesse kanalisiert (etwa *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 [1997], 160, 168 f.; *Hoffmann-Riem*, in: Verfahrensprivatisierung, 1996, S. 9, 12 ff.); eingrenzend nunmehr *Burgi*, Funktionale Privatisierung, 1999, S. 144 ff., zusammenfassend S. 434 f.: Teil-Aufgabenprivatisierung, indem ein Teilbeitrag mit funktionellem Bezug zu einer Staatsaufgabe nunmehr durch einen privaten Verwaltungshelfer i.w.S. erbracht wird. – Werden Private im *Verwaltungsverfahren* eingeschaltet, so ist die Bezeichnung »Verfahrensprivatisierung« gebräuchlich, was einen Unterfall der funktionellen Privatisierung darstellen soll (etwa *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 974 f.; vgl. auch *Pietzcker*, in: Verfahrensprivatisierung, 1996, S. 284, 285 f.).

<sup>117</sup> Siehe insbes. *Wahl*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 301, 335 ff.: begrüßenswerte Renaissance des Gemeinwohlbegriffs.

<sup>118</sup> Siehe oben I.

<sup>119</sup> Begriffsprägend und grundlegend *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), 211, 221 ff.; in jüngerer Zeit wieder aufgegriffen etwa von *Schoch*, DVBl. 1994, 962, 963. Heute ist die Bezeichnung »Gewährleistungsverantwortung« gebräuchlicher (vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, in: Verfahrensprivatisierung, 1996, S. 9, 24 ff.; *Bauer*, VVDStRL 54 [1995], 243, 268 ff. u. 277 f. [wobei »Garantenpflicht« und »Verwaltungsverantwortung« als synonym angesehen werden, vgl. die Nw. aaO. Fn. 128]; *Pitschas*, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, 1997, S. 33, 47 ff.), ohne daß ein klarer Bedeutungsunterschied erkennbar ist. Von einer »organisations- und verfahrensbezogenen Strukturschaffungspflicht«, die sich auch auf Zuverlässigkeit und Neutralität eingeschalteter Privater erstrecken kann, spricht *Burgi*, Funktionale Privatisie-

So vielfältig die Erscheinungsformen einer möglicher Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Privaten sind<sup>120</sup>, so weit ist auch die Spannbreite einer möglicherweise fortbestehenden oder auch neu entstehenden Verantwortlichkeit. Sie kann von einer staatlich-gesetzgeberischen Rahmenverantwortung für ein Mindestmaß von unparteilicher Interessenberücksichtigung über Auswahl-, Beratungs- und Überwachungspflichten bis hin zur subsidiären Erfüllungsverantwortung bei nicht mehr hinzunehmender Parteilichkeit der eingeschalteten Privaten reichen<sup>121</sup>. Aufgabe dieser Untersuchung wird es sein, Art und Umfang einer staatlichen Unparteilichkeitsverantwortung zu präzisieren, indem zwischen verschiedenen Typen der Einschaltung Privater differenziert wird<sup>122</sup>.

#### IV. Leitlinien einer differenzierenden Analyse

##### 1. Unterschiedliche Verwaltungstypen

Ist es strukturell nicht möglich, die Bedeutung von »Unparteilichkeit« für die Verwaltung allgemeingültig trennscharf zu definieren, so kann eine inhaltliche Konkretisierung nur für verschiedene Verwaltungsbereiche getrennt erarbeitet werden. Unterschiedliche Sachbereiche und Handlungsformen der Verwaltung machen es notwendig, Kriterien zu entwickeln, mit denen Relevanz und Bedeutung der Unparteilichkeit sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen näher bestimmt und den Eigenarten des jeweiligen Sach- und Rechtsbereichs angepaßt werden können. Dabei kann immer wieder auf die oben skizzierten Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit<sup>123</sup> zurückgegriffen werden; sie gilt es in unterschiedlichen Kombinationen verschiedenen Verwaltungstypen zuzuordnen.

---

rung, 1999, S. 370 ff., dabei zur Neutralität S. 382, zusammenfassend S. 438; *ders.*, Die Verwaltung 33 (2000), 183, 200 ff.

<sup>120</sup> Die klassischen dogmatischen Figuren des Beliehenen und des Verwaltungshelfers (mit diesem sowie dem »Verwaltungssubstitut« allein arbeitet noch *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 112 ff., zusammenfassend S. 146 ff.) vermögen diese »vielfältigen Abstufungen von staatlichen und gesellschaftlichen Einflüssen« allein nicht hinreichend zu erfassen, siehe etwa *Trute*, DVBl. 1996, 950, 962; *Schmidt-Preuß*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 311, 312, gegen *Ossenbühl*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 283 ff.

<sup>121</sup> Vgl., allerdings ohne direkten Bezug zur Unparteilichkeitsproblematik, die schon »klassisch« gewordene Verantwortungstypologie von *Schmidt-Aßmann*, in: Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11, 30 u. 43 f. Etwas andere Systematisierung bei *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243, 277 ff.; *Ritter*, in: Verwaltungsorganisationsrecht, 1997, S. 207, 231 ff. Unterschiedliche mögliche Zielsetzungen verdeutlicht *Schuppert*, Die Verwaltung 31 (1998), 415, 421 ff. Zum ganzen näher m.w.N. unten § 5 I. 2.

<sup>122</sup> Siehe unten § 5.

<sup>123</sup> Siehe oben II. 1.

Wie die eingangs genannten Beispiele deutlich machen, stellt ein tiefgreifender Wandel im Verwaltungshandeln und Verwaltungsverständnis den Maßstab der Unparteilichkeit als solchen für Teile der Verwaltung in Frage. Das traditionelle Unparteilichkeitsdenken fußt wesentlich auf einem Verwaltungsverständnis, nach dem die Verwaltung das rechtlich fixierte öffentliche Interesse einseitig-hoheitlich handelnd dem Bürger gegenüber durchsetzt. Dieses Denken wird fragwürdig, wo die Verwaltung vermehrt Entscheidungen mit den Betroffenen mehr oder weniger informell aushandelt, das Gemeinwohl arbeitsteilig zusammen mit Privaten konkretisiert oder sich der Marktmechanismen bedient<sup>124</sup>. Wie alternative Modelle des Interessenausgleichs aussehen und für welche Bereiche sie Gültigkeit beanspruchen können, bedarf freilich näherer Betrachtung.

Eine bereichsspezifische Differenzierung tut indes nicht nur bei der Frage not, ob Unparteilichkeit überhaupt (noch) einen geeigneten Maßstab für bestimmtes Verwaltungshandeln abgeben kann; unterschieden werden muß auch bei der Frage, welche inhaltliche Bedeutung dem Unparteilichkeitsgebot im konkreten Zusammenhang zukommt und welche rechtlichen Anforderungen sich daraus im einzelnen ergeben können.

Die Untersuchung wird zeigen, daß es bei der notwendigen Differenzierung maßgeblich auf die Verwaltungskonzeption ankommt, die den jeweils einschlägigen Gesetzen zugrundeliegt<sup>125</sup>. Soweit Verwaltung als *justizähnliche Rechtswirklichung* verstanden wird, kommt der Unparteilichkeit ähnliche Bedeutung zu wie bei der Gerichtsbarkeit. Steht *sachverständiges Entscheiden* im Vordergrund, müssen Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit des behördlichen oder des eingeschalteten privaten Sachverständigen weitestmöglich sichergestellt sein. Rücken dagegen *politische Gestaltung und Zielverwirklichung* in den Mittelpunkt, ist von den Entscheidungsträgern an Stelle von Unparteilichkeit in erster Linie zu fordern, daß sie die von ihnen gesetzten Prioritäten hinreichend transparent machen und für ihre Gestaltungsentscheidungen die politische Verantwortung übernehmen. Wird schließlich vorrangig erwartet, daß *Verwaltungsdienstleistungen* nachfragegerecht mit geringstmöglichem Aufwand erbracht werden, so kommt es primär auf eine möglichst weitgehende und gleichzeitig kostengünstige Befriedigung der »Kundenwünsche« an, ökonomisches Effizienzdenken überlagert das Unparteilichkeitsdenken.

---

<sup>124</sup> Vgl. dazu mit Andeutungen zur Unparteilichkeitsproblematik jüngst *Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999, insbes. S. 150 ff.: Verwaltung zunehmend in der Rolle einer »gemeinwohlverpflichteten Moderatorin«, »distanziertes Engagement zwischen Parteirolle und Instrumentalisierung, zwischen gesetzlich kaum gezügeltem Eigeninteresse und gesellschaftlicher Übermächtigung«.

<sup>125</sup> Siehe unten § 3.

## 2. Verschiedene Ebenen der Unparteilichkeitssicherung

Die Unparteilichkeit der Verwaltung kann ferner auf verschiedenen, oftmals nicht klar auseinandergehaltenen Ebenen untersucht werden<sup>126</sup>, mit denen sich häufig wieder unterschiedliche Bedeutungsvarianten von Unparteilichkeit verknüpfen:

Das einfache Recht, namentlich die §§ 20, 21 VwVfG und die strukturell eng verwandten Vorschriften in den Gemeindeordnungen, knüpft weitgehend an den individuellen Amtswalter an (*personell-individuelle Unparteilichkeit*) und sucht über Ausschluß- und Befangenheitsvorschriften persönliche, darüber hinaus in begrenztem Umfang auch amtliche Eigeninteressen auszuschalten. Meist hat allein diesen Unparteilichkeitsaspekt vor Augen, wer einen allgemeinen Grundsatz der Unparteilichkeit der Verwaltung postuliert<sup>127</sup>. Hinzu tritt die verwaltungsinterne Pflicht des einzelnen Beamten zur unparteiischen Amtsführung, die in der grundsätzlichen Problematik der beamtenrechtlichen Neutralitätspflicht indes weit über die personell-individuelle Dimension hinausgreift.

Statt auf den einzelnen Amtswalter kann die Unparteilichkeitsfrage auch auf die institutionelle Stellung der entscheidenden Behörde oder gar der Verwaltung als Ganzem und auf die Verwaltungsorganisation bezogen werden (*organisatorisch-institutionelle Unparteilichkeit*). Auf diese Unparteilichkeitsebene zielen typischerweise diejenigen Stellungnahmen, die ein Unparteilichkeitsgebot mehr oder minder pauschal ablehnen, oftmals mit dem – freilich mißverständlichen – Hinweis, daß die aktive Verwaltung im Gegensatz zur Gerichtsbarkeit »als Richter in eigener Sache« entscheide<sup>128</sup>. Wenn das Bundesverwaltungsgericht die planende Gemeinde als »im guten wie im schlechten Sinne parteiisch« einordnet<sup>129</sup>, so liegt dem gerade die Einsicht zugrunde, daß die Gemeinde bei der Bauleitplanung eine städtebauliche Konzeption »in eigener Sache« entwickelt und im Verfahren engagiert vertritt, den Fortgang des Planungsverfahrens mit den dort vorgebrachten Anregungen und Bedenken also nicht in neutraler Distanz gleichsam als Außenstehender verfolgen kann. Diese Erkenntnis darf indes nicht den Blick darauf verstellen, daß das parteiähnliche Eigeninteresse der entscheidenden Behörde je nach Entscheidungstypus, Verwaltungsorganisation und Zuständigkeitsregelung ganz unterschiedlich ausge-

<sup>126</sup> Siehe im einzelnen unten § 4.

<sup>127</sup> Neben den oben in Fn. 1 Genannten gilt dies insbesondere für *Kazele*, *Interessenkollision und Befangenheit*, 1990, S. 20 f.

<sup>128</sup> Siehe schon *Bähr*, *Der Rechtsstaat*, 1864, S. 69; unter dem Grundgesetz etwa *Bettermann*, in: GS Jellinek, 1955, S. 361, 374; *ders.*, VVDStRL 17 (1959), 118, 123 mit dortiger Fn. 13; vgl. auch *Dagtoglou*, in: FS Forsthoff, 1967, S. 65. Näher hierzu, auch zur Kritik, unten § 3 II. 1. a).

<sup>129</sup> BVerwGE 45, 309, 324 – Flachglas. Siehe bereits oben Fn. 5.

prägt ist; die Frage ist dann, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben<sup>130</sup>.

Inwieweit die Verwaltung zu einer unparteilichen Verfahrensgestaltung verpflichtet ist (*prozedurale Unparteilichkeit*), muß insbesondere anhand des Gleichheitssatzes und des rechtsstaatlichen Gebots eines fairen Verfahrens ermittelt werden<sup>131</sup>. Fragen der Waffengleichheit stellen sich im Verhältnis zwischen Behörde und betroffenem Bürger, in mehrseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen jedoch vor allem im Verhältnis von Antragsteller und Drittbetroffenen; sie spitzen sich zu, wenn Entscheidungen im Wege informeller Kooperation mehr oder minder (vorab) ausgehandelt werden. Mit den Worten des Bundesverwaltungsgerichts in der eingangs erwähnten München-II-Entscheidung wird »die gebotene Unparteilichkeit ... mißachtet«, »wenn der Antragsteller« gleichsam »mit am Entscheidungstisch sitzt«, wenn über »Kontaktaufnahmen, Informationen und Kenntnisnahmen« hinaus »die verfahrensrechtlich geordneten Entscheidungsebenen nicht mehr getrennt, einseitig Absprachen über die weitere Verfahrensgestaltung getroffen und der Gestaltungsspielraum der Planfeststellungsbehörde von vornherein durch aktive Einflußnahmen auf politischer Ebene sachwidrig eingeengt wird«. Dann »verfehlt« nämlich auch »die Beteiligung Dritter im Rahmen des weiteren Verfahrensablaufs regelmäßig ihren gesetzlichen Zweck«<sup>132</sup>. Wie hier eine Grenze gezogen werden kann und welche Möglichkeiten bestehen, eine ausreichende Beteiligung und Einwirkungschancen Drittbetroffener direkt oder indirekt zu sichern, bleibt indes weitgehend offen.

Schließlich bleibt zu bedenken, ob das Gebot gerechter Abwägung (im Planungsrecht, aber auch allgemein bei der Ermessensausübung) als Forderung *ergebnisbezogener Unparteilichkeit* verstanden werden kann, im Sinne eines unparteiischen Ausgleichs widerstreitender Belange.

Bei dieser Einzelanalyse darf die Untersuchung indes nicht stehenbleiben; um zu einer Gesamtbeurteilung zu kommen müssen vielmehr im Anschluß die *Wechselbeziehungen* zwischen den genannten Unparteilichkeitsebenen und das Verhältnis zum gerichtlichen Rechtsschutz analysiert werden<sup>133</sup>. Isoliert gesehen bedenkliche Unparteilichkeitsdefizite, etwa im Bereich organisatorisch-institutioneller Unparteilichkeit, können und müssen gegebenenfalls durch besondere Sicherungen auf anderen Ebenen ausgeglichen werden. Mangelnde

---

<sup>130</sup> Vgl. auch schon oben II. 1. b) zur Bedeutung von Unparteilichkeit als »Fehlen eines Eigeninteresses am Entscheidungsgegenstand«.

<sup>131</sup> Zum Verständnis von Unparteilichkeit als Gleichbehandlung im Verfahren vgl. oben II. 1. e).

<sup>132</sup> BVerwGE 75, 214, 231; ähnlich schon in der Vorinstanz BayVGH, BayVBl. 1985, 399, 403. Der Sache nach aufgegriffen von VGH Bad.-Württ. VBIBW 1988, 298, 299 – Hoahrhein-autobahn; VGH Bad.-Württ. VBIBW 1990, 56, 59 – Flughafenweiterung Stuttgart; BVerwG DVBl. 1992, 1025, 1026 – Bauplanungsverfahren.

<sup>133</sup> Siehe unten § 6.

Unparteilichkeit auf Verwaltungsebene kann unter gewissen Umständen durch intensivierte (materielle) Gerichtskontrolle der Verwaltungsentscheidung kompensiert werden, während umgekehrt ein (gerichtsähnlich) unparteilich ausgestaltetes Verwaltungsverfahren eine Absenkung der gerichtlichen Kontrolldichte rechtfertigen mag.

Werden einfachgesetzliche Unparteilichkeitsanforderungen auf unterschiedlichen Unparteilichkeitsebenen im Spiegel unterschiedlicher Verwaltungstypen ausgelegt und zu einem Gesamtbild zusammengefügt, so zeigt sich, daß ein flexibles Modell differenzierter Unparteilichkeitssicherungen am ehesten geeignet erscheint, den äußerst heterogenen Erscheinungs- und Handlungsformen moderner Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe hinreichend Rechnung zu tragen.

### V. Rechtsvergleichender Ansatz

Wertvolle rechtsvergleichende Anregungen lassen sich vor allem<sup>134</sup> aus dem *amerikanischen Recht* gewinnen. Im deutschen Verwaltungsrecht drohen einzelne Auslegungsfragen leicht den Blick auf übergreifende Zusammenhänge zu verstellen; so wird die Frage nach der Unparteilichkeit der Verwaltung vielfach durch die Erörterung von Detailproblemen, insbesondere bei der Auslegung einzelner Ausschlußgründe des § 20 VwVfG, in den Hintergrund gedrängt<sup>135</sup>. Demgegenüber zwingt die geringere gesetzliche Regelungsdichte und dogmatische Ausziselierung des amerikanischen ›administrative law‹, Folge seines Ursprungs und seiner fortbestehenden Verankerung im ›common law‹<sup>136</sup>, vermehrt dazu, auf Grundfragen zurückzugehen. Andererseits weist das amerikanische Verwaltungsrecht durch seine fortschreitende Kodifizierung, insbesondere durch den ›Federal Administrative Procedure Act‹ (APA), sowie mit der strukturierenden Rechtsfortbildung ›case by case‹ durch die Gerichte und insbesondere den ›Supreme Court‹ wiederum doch noch so systematisch verwandte Konturen auf, daß eine substantielle rechtsvergleichende Betrachtung

<sup>134</sup> Grundsätzlich erschiene es zwar wünschenswert, auch das französische Recht mit einzubeziehen, das für die aktive Verwaltung traditionell fast gänzlich auf Verfahrensgarantien verzichtet und so ein noch ausgeprägteres Gegenmodell zum amerikanischen Verwaltungsrecht darstellt, als dies beim deutschen System der Fall ist. Im übrigen haben Unparteilichkeitsfragen im französischen Schrifttum gerade jüngst besondere Beachtung gefunden (zur *l'impartialité administrative* *Mitard*, AJDA 1999, 478 ff.; *Degoffe*, RFDA 1998, 711 ff.; Überblick aus deutscher Sicht bei *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen, 1999, S. 52 ff. u. S. 126 ff.). Eine eingehende Auseinandersetzung mit dem französischen Recht kann hier jedoch schon aus Raumgründen nicht geleistet werden.

<sup>135</sup> Dazu tragen nicht zuletzt die umfangreichen Kommentierungen zu §§ 20, 21 VwVfG bei.

<sup>136</sup> Dazu eingehend *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, insbes. S. 37 ff. u. S. 128 ff.

tung ermöglicht wird. Dabei nötigt der Vergleich mit dem amerikanischen Recht dazu, sich in der rechtlichen Analyse von einer engeren begrifflich-dogmatischen Betrachtung zu lösen und die dahinterstehenden Sachfragen herauszuarbeiten.

Im deutschen Recht wurden Verwaltungs- und Gerichtsverfahren im beginnenden 19. Jahrhundert voneinander gelöst und entwickelten sich nach der Weichenstellung für eine von der aktiven Verwaltung getrennte Verwaltungsgerechtigbarkeit<sup>137</sup> weitgehend in verschiedene Richtungen; einem förmlicheren Gerichtsverfahren steht ein im wesentlichen – von Ausnahmen abgesehen – formloses Verfahren der aktiven Verwaltung (§ 10 VwVfG) gegenüber. In den USA hat sich dagegen, geprägt von der angelsächsischen Tradition<sup>138</sup>, ein eigenständiges Verwaltungsverfahren schrittweise erst an der Wende zum 20. Jahrhundert entwickelt. Eine enge Verwandtschaft des förmlichen Verwaltungsverfahrens mit dem Gerichtsverfahren bleibt bis heute erhalten<sup>139</sup> und mit dieser Parallele auch die hohe Bedeutung, die der Unparteilichkeitsfrage für Verwaltungsrecht und Verwaltungsverständnis beigemessen wird<sup>140</sup>.

Nicht nur ein spezifisches Verwaltungsverfahren, sondern eine Bundesverwaltung als solche ist in den Vereinigten Staaten erst verhältnismäßig spät und gegen erhebliche Widerstände aufgebaut worden, seit Ende des 19. Jahrhunderts zuerst punktuell und in größerem Umfang erst im ›New Deal‹ der 30er Jahre zur Überwindung der großen Wirtschaftskrise<sup>141</sup>. Das traditionelle Miß-

<sup>137</sup> Im Überblick *Erichsen*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen, 1971, S. 270 ff.; *W. Kohl*, Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, S. 16 ff.; mit Schwerpunkt auf der älteren Entwicklung *Sellmann*, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, S. 25 ff.; *Loening*, VerwArch 2 (1894), 217 ff. u. 437 ff. sowie VerwArch 3 (1895), 94 ff. u. 510 ff.

<sup>138</sup> Gegen ein eigenständiges Verwaltungsrecht insbesondere *Dacey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1. Aufl. 1885, 10. Aufl. 1959; siehe auch *Stone*, 50. Harv.L.Rev. (1936), 4, 16 ff.

<sup>139</sup> Siehe zunächst nur im Überblick *Shapiro*, 72 Va.L.Rev. (1986), 447, 452 ff.; *Jarass*, DÖV 1985, 377, 380 ff. Die Verwandtschaft zum Gerichtsverfahren (freilich ohne ›jury‹) zeigt sich insbesondere in den Bestimmungen des dortigen Bundes-Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1946 (›Administrative Procedure Act‹ – APA) über ›separation of functions‹ zwischen Ermittlungs- und Entscheidungstätigkeit innerhalb der Behörde (5 U.S.C. § 554[d]) und dem Verbot von ›ex parte communications‹ für den (vor)entscheidenden Verwaltungsbeamten (§ 557[d]), der bezeichnenderweise den Titel ›Administrative Law Judge‹ trägt. Näher unten § 3 II. 3.

<sup>140</sup> Kennzeichnend etwa die Ausführungen in einem der führenden Lehrbücher, *Pierce/Shapiro/Verkuil*, Administrative Law and Process, 2. Aufl. 1992, S. 426: ›As a general proposition, there can hardly be a more important component of fair procedure than the requirement that the decider be neutral or unbiased towards the parties and the issues before him or her‹. Besonders einflußreich *Friendly*, 123 U.Pa.L.Rev. (1975), 1267, 1279, der ein unvoreingenommenes Entscheidungsgremium an der Spitze einer Hierarchie von Verfahrensanforderungen stellt.

<sup>141</sup> Zur Entwicklung etwa *Wieland*, Die Verwaltung 18 (1985), 84 ff.; speziell zu den Anfängen mit der durch den ›Interstate Commerce Act‹ von 1887 in die Wege geleiteten Gründung der ›Interstate Commerce Commission‹ *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 68 ff., insbes. S. 78 ff. Zur programmatischen Rechtfertigung des Ausbaus der