

# Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz

## Einleitende Problemskizze

*Wolfgang Hoffmann-Riem\**

### Inhaltsübersicht

A.	Rechtliche Gestaltung des Verwaltungsverfahrens als Herausforderung	11
I.	Begriff des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts	11
II.	Ziele der Kodifikation des Verfahrensrechts	13
1.	Ziele bei der Schaffung des VwVfG	13
2.	Fortwährende Erheblichkeit dieser Ziele	14
3.	Aktuelle Herausforderungen	16
4.	Übergreifende verfassungs- und europarechtliche Vorgaben	18
III.	Orientierungen beim konzeptionellen Zugriff auf das Verwaltungsverfahren	21
1.	Dienende Funktion und Richtigkeitsgewähr	21
2.	Verwaltungsverfahren als Wirklichkeitskonstruktion	23
3.	Richtigkeitsmaßstäbe	26
4.	Verfahrensfunktionen	28
B.	Ausdifferenzierung des Verwaltungshandelns und des Verwaltungsverfahrens	29
I.	Typenarmut und Typenvielfalt	29
II.	Exkurs: Art und Intensität staatlicher Aufgabenübernahme	31
1.	Grundtypen der Regulierung	32
2.	Verantwortungsdimensionen – Verantwortungsverteilung	32
3.	Handlungsmodi der Verwaltung	34
III.	Ansätze der Typisierung des Verwaltungsverfahrens	34
1.	Aufgabenorientierte Typisierung	35
2.	Typisierung auf Grund einer Zusammenschau von Aufgabe, Handlungsform und Intensität staatlicher Verantwortungsübernahme	35
IV.	Rechtlich geregelte Elemente des Verwaltungsverfahrens	36
C.	Ansätze einer Neukonzeption der Ordnungsidee des Verfahrensrechts und ihrer Umsetzung	38
I.	Konzeptveränderungen	38

\* Für hilfreiche Unterstützung, nicht nur bei der Materialsuche, danke ich Astrid Link und Susanne Bumke.

1.	Ausrichtung des Verfahrensdenkens an der Handlungs- und Steuerungsperspektive des Rechts	39
2.	Abstimmung interner und externer Verfahrenselemente in einem integrierten Gesamtverfahren	40
3.	Kooperative Ermittlung von Fakten, Werten und Optionen	41
4.	Spielraum- und Optionenorientierung des Verfahrensrechts	43
5.	Management von Interdependenzen	44
6.	Schaffung von Orientierungen auch in nicht förmlichen Verfahren	45
7.	Modifikationen im Fehlerregime	46
8.	Erweiterung des Legitimationskonzepts	47
II.	Aufmerksamkeitsfelder verfahrensrechtlicher Dogmatik und Kodifikation (Auswahl)	48
1.	Europäisierung	49
2.	Normsetzung einschließlich Standardisierung	51
3.	Elektronische Vernetzung	52
4.	Informelles Verwaltungshandeln	54
5.	Verwaltungskooperationsrecht	54
6.	Privatisierung	55
7.	Mediation und Moderation der Konfliktbewältigung	57
8.	Einbeziehung von Expertenwissen	58
9.	Selbstverpflichtungen als Ersatz hoheitlicher Regulierung	59
10.	Qualitätssicherung	60
11.	Vergabewesen	60
12.	Versteigerungsverfahren	61
D.	Umsetzung durch Recht	62
I.	Gesetzesvorbehalt und Art der Verrechtlichung	63
II.	Optionenoffenheit im Verfahrensrecht	65

Die thematische Gegenüberstellung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz suggeriert eine Differenz. Insbesondere spielt die Überschrift auf den möglichen Unterschied zwischen empirisch auffindbaren Verfahren und den normativ im VwVfG geregelten Bestandteilen dieses Verfahrens an, evtl. sogar auf eine Kluft zwischen Wirklichkeit und Norm. Die Andeutung einer Differenz in der Reichweite von Verwaltungsverfahren einerseits und der gesetzlichen Regelung andererseits führt zu der Frage nach der Angemessenheit des Zuordnungsverhältnisses, und zwar hinsichtlich der Breite und Tiefe rechtlicher Regelung, aber auch der inhaltlichen Ausrichtung: Wird das VwVfG noch den Anforderungen gerecht, die gegenwärtig und evtl. zukünftig an das Verwaltungsverfahrensgesetz zu stellen sind? Anders formuliert: Gibt es ein Problem? Und: Welche Orientierungen gibt es für seine Lösung?

## A. *Rechtliche Gestaltung des Verwaltungsverfahrens als Herausforderung*

Aus heutiger Sicht beginnt das Problem schon mit dem Verständnis von Verfahren und Verfahrensrecht, das dem VwVfG zu Grunde liegt.

### I. *Begriff des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts*

Der Gegenstand ist schwer zu umschreiben und seine Verankerung im Recht stößt auf systematische Schwierigkeiten. Die amtliche Begründung zum VwVfG formuliert sybillinisch: »Unter Verwaltungsverfahrensrecht wird die Summe von Vorschriften verstanden, nach denen die Verwaltungsbehörden ihre öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausüben«.<sup>1</sup> *Bettermann*, ein für die Schärfe seiner Begriffsbildung bekannter Autor, hatte schon auf der Staatsrechtslehretagung 1958 resigniert und sich statt auf eine Definition auf eine Beschreibung begnügt: »Das Verwaltungsverfahrensrecht regelt das Zustandekommen, die Form und Bekanntmachung, den Vollzug, die Anfechtung und Änderung von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sowie deren Kontrolle«.<sup>2</sup>

Vor allem die Abgrenzung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht fiel schwer.<sup>3</sup> Man behalf sich – wie beispielhaft in der Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 nachzulesen ist – mit der Figur der »annexen Materien«: »Das sind solche Gebiete, die so eng mit verfahrensrechtlichen Fragen zusammenhängen, dass eine sinnvolle Regelung des Verfahrensstoffes ihre gleichzeitige Behandlung in dem Verfahrensgesetz erfordert oder zumindest rechtfertigt.« Genannt werden beispielhaft Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit, die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit, die Fristen sowie die Beglaubigung von Abschriften und Unterschriften.<sup>4</sup>

Immerhin wurde das Verwaltungsverfahren gesetzlich definiert, und zwar durch die Kombination einer überschießenden Definition mit der nachträglichen Einengung durch Beschreibung der erfassten Gegenstände. § 9 VwVfG lautet: »Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist.« Überschießend ist die Definition deshalb, weil das Element der »nach außen wirkenden

1 BT-Drs. 7/910, S. 28.

2 K. A. *Bettermann*, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959) S. 118, 121.

3 Siehe dazu den Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), 1964, S. 71 f.

4 Musterentwurf (s. o. Fn. 3), S. 71 f.

Tätigkeit der Behörden« mehr umfasst als nur verfahrensrechtliche Aspekte; dies wird dadurch aufgefangen, dass der gemeinte Teil der Tätigkeit auswahlhaft beschrieben und zusätzlich auf (nur) zwei Handlungsformen begrenzt wird.

Kennzeichnend für die gewählte Definition ist die Begrenzung auf das nach außen wirksame Verwaltungshandeln<sup>5</sup> – also der Ausschluss des sog. internen Verwaltungsverfahrens.<sup>6</sup> Hier wirkt sich die überkommene – heute aber in vielerlei Hinsicht als überholt anzusehende<sup>7</sup> – Aufteilung zwischen Innen- und Außenrecht aus, die auch der in § 35 VwVfG enthaltenen Definition des Verwaltungsaktes zu Grunde liegt. Diese Außenorientierung macht erklärlich, dass die Normen des Verwaltungsverfahrensrechts gar nicht darauf abzielen, das Verfahren als Entscheidungsprozess zu strukturieren – die sog. Ablauforganisation in der Terminologie der Verwaltungswissenschaften<sup>8</sup> – und damit die Interaktion der Beteiligten zu steuern. Dies zeigt sich auch daran, dass die Definition des Verfahrens ausschließlich vom Standpunkt der Behörde aus vorgenommen wird. Vor diesem Hintergrund werden punktuell einzelne auch für den Entscheidungsprozess wichtige Elemente – wie z. B. Beteiligungsrechte – normiert, ohne ihr Zusammenspiel zu regeln oder sie gar in ein Gesamtkonzept der interaktiven Problembewältigung zu integrieren. Rechtlich geregelt werden in den »Allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren« (Teil II des VwVfG) insbesondere Fragen zur Rechtsstellung der Beteiligten, die in vergleichbarer Weise auch im Verwaltungsgerichtsverfahrensrecht geregelt sind. Einzelne Normen sind sogar inhaltlich weitgehend deckungsgleich<sup>9</sup> (vgl. §§ 13 Abs. 2, 24 und 40 VwVfG mit §§ 65, 86 und 114 VwGO).

Hier zeigt sich die vorrangige Rechtsschutzperspektive beider Normierungen, die an dem rechtsstaatlichen Konzept des Ausbaus subjektiver Rechte im Bereich gesetzesvollziehender Verwaltung orientiert ist. Dies ist ein seinerzeit besonders wichtiges, auf die Errichtung des Rechtsstaats bezogenes, die überkommene, noch weitgehend untergeordnete, Stellung des Bürgers gegenüber der hoheitlichen Verwaltung überwindendes Anliegen, das insbesondere in Art. 19 Abs. 4 GG nachdrücklich fundiert ist.

5 Weiter – auch die Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung sowie deren Zustandekommen umfassend – die Definition in BVerfGE 55, 274, 320 zu Art. 84 Abs. 1 GG.

6 Siehe dazu Musterentwurf (s. o. Fn. 3), S. 99, 137.

7 Siehe dazu K. Lange, Innenrecht und Außenrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 307 ff. m. w. Hinw. Bei vielen gegenwärtigen Veränderungen – so beim Einbau des Neuen Steuerungsmodells und beim Übergang zum e-government – wird das Unzureichende der alten Trennung erst recht deutlich.

8 Dazu s. statt vieler W. Thieme, Verwaltungslehre, 4. Auflage 1984, Rz. 212.

9 Sinnfälliger Ausdruck dieser Doppelung des Konzepts ist es z. B., dass F. Kopp, der sowohl die VwGO als auch das VwVfG kommentiert hat, zum Teil formulierungsgleiche Kommentierungen gewählt hat. Siehe dazu U. Ramsauer in diesem Bande, S. 387 ff.

Das Rechtsschutzkonzept der 1960 bzw. 1977 in Kraft getretenen VwGO bzw. des VwVfG orientiert sich vorrangig an der Idee der Maßgeblichkeit einer Ergebnisrichtigkeit. Das Verwaltungsverfahren dient der Sicherung eines der Rechtsordnung entsprechenden, durch zutreffende Subsumtion ermittelbaren Entscheidungsergebnisses, dessen Richtigkeit gegebenenfalls im Gerichtsverfahren überprüft wird, und zwar anhand der vorrangig ergebnisbezogenen Maßstäbe des Verwaltungsrechts. Dabei dient das Verwaltungsverfahren in erster Linie dem vorgezogenen Rechtsschutz.<sup>10</sup> Verfahrensfehler als solche gelten nur ausnahmsweise als erheblich. Die erst später aus Grundrechtssicht immer wichtiger gewordene Idee der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren<sup>11</sup>, die auch durch die europäische Integration neuen Schub erhalten hat<sup>12</sup>, stand nicht Pate bei der Kodifikation.

## II. Ziele der Kodifikation des Verfahrensrechts

### 1. Ziele bei der Schaffung des VwVfG

Das VwVfG war ein wesentlicher Schritt bei der Verrechtlichung des Verwaltungshandelns und der Kodifikation des zuvor weitgehend ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrechts. Diese Kodifikation stand im Zeichen der Konkretisierung des föderalen Rechtsstaats. Die Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes produzierte den Bedarf nach einer gewissen Vereinheitlichung auch des Verfahrensrechts in Bund und Ländern, zumal die Gesetzesausführung im Wesentlichen bei den Ländern liegt. Vor allem aber ging es um einen weiteren Schritt zur Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit. Ein wichtiges Ziel war die Verbesserung der Übersichtlichkeit des Verwaltungsrechts im Sinne einer Zusammenfassung und Vereinheitlichung der in zahlreichen Gesetzen zerstreuten Regelungen. Ein Unterziel war die Vereinfachung des Verwaltungsrechts und der Verwaltung bis hin zur Sicherung größerer Mobilität der Amtswalter zwischen unterschiedlichen Verwaltungseinheiten. An-

- 10 Zu dieser Perspektive siehe *F. Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahren, 1971, S. 149; *J. Pipkorn*, Auskunftsansprüche gegenüber Verwaltungsbehörden, DÖV 1970, S. 171, 174 ff.; *P. Lerche*, Zum »Anspruch auf rechtliches Gehör«, ZZP 78 (1965), S. 1, 27.
- 11 Siehe BVerfGE 53, 30, 57 f., 65 f.; 73, 280, 296; *H. Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986; *R. Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990; *E. Schmidt-Abmann*, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: *P. Lerche/W. Schmitt Glaser/E. Schmidt-Abmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 ff.; *E. Hagenah*, Prozeduraler Umweltschutz, 1996; *T. Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997; *D. Grimm*, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S. 865 ff.
- 12 Vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung, in: *E. Schmidt-Abmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317, 347 ff.

genommen wurde, dass der Austausch durch die Geltung einheitlichen Rechts erleichtert würde. Vor allem aber ging es um die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Umzusetzen waren der Vorbehalt und der Vorrang des Gesetzes in der doppelten rechtsstaatlichen und demokratischen Zielsetzung des Rechtsgüterschutzes sowie der Sicherung von Legitimation administrativen Handelns durch parlamentarische Anbindung.<sup>13</sup>

## 2. Fortwährende Erheblichkeit dieser Ziele

Die Ziele (1) der Vereinheitlichung, (2) der Übersichtlichkeit und Vereinfachung, (3) der Rechtssicherheit und Rechtswahrheit sowie (4) der Rechtsschutzgewährung sind in vielerlei Hinsicht erreicht worden. Sie sind nicht nur weiterhin normativ maßgeblich, sondern haben zwischenzeitlich sogar neue Dimensionen gewonnen.

So stellt sich das Vereinheitlichungsproblem (1) in Zeiten der Europäisierung und weltweiten Vernetzung von Problemlagen und Problemlösungen auf einer neuen Stufe der Entwicklung in veränderter Weise, insbesondere im Rahmen der europäischen Integration (s. insbesondere Art. 23 GG). Die Aufgabe der Sicherung einfachen und übersichtlichen Rechts (2) besteht infolge vieler bereichsspezifischer Neuregelungen mit höchst unterschiedlichen regulatorischen Ansätzen fort, zumal das VwVfG nicht einmal alle seinerzeit bestehenden Verfahrenstypen geregelt hat (z. B. nicht das förmliche Genehmigungsverfahren) und neue hinzugekommen sind.<sup>14</sup> Weiterhin gefährdet sind Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (3) infolge immer neuer Handlungsebenen, insbesondere angesichts zunehmenden informellen Verwaltungshandelns, der Herausbildung kooperativer und netzwerkartiger Strukturen und der Einbettung staatlicher Aufgabenwahrnehmung in kooperative Handlungsverbünde.<sup>15</sup> Der Rechtsschutz (4) ist zwar ausgebaut und das Gerichtssystem ist bis in die europäische Ebene hinein erweitert worden. Die Verrechtlichung fast aller Lebensverhältnisse hat aber eine neue Unübersichtlichkeit auch bei der Rechtsverfolgung und eine Reihe von Disfunktionalitäten einer fein verästelten, immer mehr an Sonderregeln für Sonderinteressen orientierten Rechtsordnung gebracht, die das Rechtsschutzsystem nur unzureichend bewältigen

13 *Spanner* hat das Vorhaben in seinem Referat beim 43. Deutschen Juristentag im Jahre 1960 wie folgt charakterisiert: »Für diese Entwicklung sind freilich mehrfache Gründe maßgebend, nicht nur das Streben nach Rechtssicherheit oder nach Berechenbarkeit des staatlichen Handelns, ebenso die Eigenschaft des Gesetzes, als Beschluss der Volksvertretung Mittel des Einflusses des Parlaments auf die Verwaltung zu sein, sondern im besonderen Maß die Ausweitung der Verwaltungstätigkeit, die nach gesetzlichen Grundlagen verlangte . . .«, s. *H. Spanner*, *Empfiehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?*, 43. DJT München 1960, Bd. I, A S. 5.

14 Vgl. *A. Voßkuhle* in diesem Bande, S. 277, 284 ff.

15 Zu solchen Veränderungen und gegenwärtigen Erscheinungsformen siehe statt vieler *G. F. Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, etwa S. 111 ff., 135 ff., 236 ff. usw.

kann.<sup>16</sup> Zugleich ist die (zum Teil lange) Dauer von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zum Problem in einer Zeit schnellen Wandels geworden. Es ließen sich noch weitere Stichworte des Wandels benennen. Die These vom Fortbestand der alten Ziele auch unter neuen Rahmenbedingungen dürfte aber auch so hinreichend illustriert sein. Viel spricht dafür, dass eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts, würde sie unter heutigen Bedingungen erfolgen, erheblich komplexer und effizienter als seinerzeit ansetzen müsste. Auf anfängliche Defizite deuten auch die zwischenzeitlich erfolgten Novellierungen des VwVfG hin<sup>17</sup> (s. z. B. § 71 a ff. VwVfG). Heute läge auch die Prüfung nahe, ob die vielen bereichsspezifischen Sonderverfahrensgesetze in ein allgemeines VwVfG integriert werden könnten und im Interesse der Erreichung der erwähnten »alten« Ziele müssten. Diese Gesetze haben nämlich deutliche Modifikationen des Verfahrenskonzepts gebracht und dabei insbesondere Anstöße oder gar Rechtspflichten aus dem europäischen Rechtskreis aufgenommen. Beispielhaft genannt seien das UVP-Gesetz mit seinen Vorgaben für das Scoping (§ 5 UVPG) und für besondere Arten der Informationsverarbeitung, etwa die kooperative Bewertung von Umweltauswirkungen (§§ 11, 12 UVPG). Ein anderes Beispiel ist das Telekommunikationsrecht<sup>18</sup>, etwa in seinen Regeln über kooperative Streitbewältigung (vgl. § 35 TKV i.V.m. § 41 Abs. 3 Nr. 8 TKG) oder das Versteigerungsverfahren (§ 11 TKG). Weitere Beispiele sind Regeln über Auditierungen und Zertifizierungen (Öko-Audit, Datenschutz-Audit)<sup>19</sup> oder über die Gewährleistung der Produktsicherheit durch Risikorecht und -verfahren.<sup>20</sup> In solchen und weiteren Vorgehensweisen dokumentiert sich insbesondere eine verstärkte Einschaltung Privater in das Verfahren, sei es als Instanzen zur Vorbereitung staatlicher Entscheidungen (s. z. B. §§ 4 b, 12 BauGB) oder als primär Verantwortliche, denen der Staat das Feld überlässt, solange ein Mindeststandard an Aufgaben-

16 Zu solchen Problemen siehe *W. Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001.

17 Überblick bei *H. Schmitz/S. Olbertz*, Das zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz, NVwZ 1999, S. 126 ff.; *H. Schmitz/F. Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, S. 955 ff.; *H. J. Bonk*, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 320 ff.

18 Dazu siehe *W. Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, in: *E. Schmidt-Abmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 191, 214 f.

19 Dazu siehe *G. Lübbe-Wolf*, Das Umweltauditgesetz, NuR 1996, S. 217 ff.; *D. Schottelius*, Ein kritischer Blick in die Tiefen des EG-Öko-Audit-Systems, BB 1997, Beilage 2, S. 1 ff.; *W. Ewer/R. Lechelt/A. Theuer* (Hrsg.), Handbuch Umwelt-Audit; *U. Kämmerer*, Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001. Siehe auch den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Umweltauditgesetzes (BR-Drs. 31/02 vom 18. Januar 2002). Zum Datenschutzaudit siehe *A. Roßnagel*, Datenschutzaudit: Konzeption, Durchführung, gesetzliche Regelung, 2000.

20 Dazu vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *K.-H. Ladeur*, Risikowissen und Risikoentscheidung, KritV 1991, 241 ff. sowie *R. Wahl*, Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, S. 275 ff.

erfüllung gesichert ist<sup>21</sup>, bei dessen Unterschreiten der Staat aber im Zuge einer Auffangverantwortung wieder tätig wird (s. z. B. das duale System im Abfallrecht, §§ 22, 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG iVm VerpackV).<sup>22</sup>

### 3. Aktuelle Herausforderungen

Die vielfältigen neuen Herausforderungen an das Verwaltungsrecht unter Einschluss des Verwaltungsverfahrenrechts werden besonders deutlich, wenn aus übergreifender Sicht Tendenzen staatlicher und gesellschaftlicher Entwicklung betrachtet werden. Sie lassen das Regelungsproblem zum Teil in anderem Licht erscheinen als in der Zeit der Schaffung des VwVfG. Ich nenne einige Stichworte zur Kennzeichnung aktueller Probleme und Problemlösungsansätze. Sie sind Ursache für eine hohe Komplexität rechtlich geprägter Problemlagen. Insbesondere stellen sie die Vorstellung der Gemeinwohlsicherung durch einen Typ des Rechts in Frage, das erwünschte Ergebnisse definiert und das Entscheidungsverfahren auf die Herstellung dieses Ergebnisses ausrichtet in der Annahme, es sei im Wesentlichen durch Rechtsnormen vorgezeichnet. Die Stichworte verweisen auf Bestimmungsgründe für weiteren Klärungs- und gegebenenfalls für neuen Regelungsbedarf und führen zu der Frage, ob neu vermessene Wege und neue oder neu akzentuierte Formen der Problembewältigung in Staat<sup>23</sup> und Gesellschaft angezeigt sind.

- Technisierung, insbesondere Informationierung<sup>24</sup>
- Informalisierung<sup>25</sup>
- Ökonomisierung<sup>26</sup>
- Privatisierung<sup>27</sup>

21 Aktuelle Referenzfelder benennt *M. Schmidt-Preuß*, *Steuerung durch Organisation*, DÖV 2001, S. 45, 51 f.

22 Dazu siehe *A. Finckh*, *Regulierte Selbstregulierung im dualen System*, 1997; *H.-J. Koch*, *Die neue Verpackungsverordnung*, NVwZ 1998, S. 1155 ff.

23 »Staat« wird hier im weiten Sinne als Hoheitsträger verstanden, kann also auch z. B. die Europäischen Gemeinschaften umfassen.

24 Vgl. *H. Reinermann* (Hrsg.), *Regieren und Verwalten im Informationszeitalter*, 2000; *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000.

25 Vgl. *E. Bohne*, *Der informale Rechtsstaat*, 1981; *W. Hoffmann-Riem*, *Selbstbindungen der Verwaltung*, VVDStRL 40 (1981), S. 187 ff.; *H. Bauer*, *Informales Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, VerwArch 1987, S. 241 ff.; *M. Bulling*, *Kooperatives Verwaltungshandeln (Vorverhandlungen, Arrangements, Agreements und Verträge) in der Verwaltungspraxis*, DÖV 1989, S. 277 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, *Der informale Verfassungsstaat*, 1994; *S. Tomerius*, *Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht*, 1995.

26 Vgl. *A. Voßkuhle*, *Das Kompensationsprinzip*, 1999, S. 67 ff.; *ders.*, »Ökonomisierung« des Verwaltungsverfahrens, *Die Verwaltung* 2001, S. 347 ff.; *J. P. Schneider*, *Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung*, 2001 S. 317 ff.; *H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1997; *P. Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts*, 1986.

27 Vgl. *K. König/A. Benz* (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997; *J. A. Kämmerer*, *Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen*, 2001.



- Europäisierung<sup>28</sup>/Globalisierung<sup>29</sup>
- Flexibilisierung<sup>30</sup>
- Vernetzung<sup>31</sup>
- Verantwortungsgliederung<sup>32</sup>
- Kooperationsalisierung<sup>33</sup>

Vielfältige Wettbewerbsbeziehungen<sup>34</sup>, starker Innovationsdruck<sup>35</sup> und hohe Unsicherheit<sup>36</sup>, gekoppelt mit einem beschleunigten Wissenszerfall<sup>37</sup>, prägen

- 28 Dazu s. – mit dem Blick auf das Verwaltungsrecht – T. von Dannwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996; M. Brenner, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996; S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999; F. Schoch (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht als Element der europäischen Integration, 1995.
- 29 Vgl. U. Steger (Hrsg.), Facetten der Globalisierung, 1999; C. Böhrer/G. Wewer (Hrsg.), Regieren im 21. Jahrhundert – Zwischen Globalisierung und Regionalisierung, 1993.
- 30 Gemeint sind insbesondere flexible Steuerungsinstrumente unter Einschluss ökonomischer Anreizinstrumente – siehe dazu A. Voßkuhle, Kompensationsprinzip (s. o. Fn. 26), S. 77 ff. –, aber auch Vorkehrungen der Revisionsoffenheit und des Lernens – dazu siehe U. Di Fabio, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess im künftigen Umweltrecht, in: W. Blümel/R. Pitschas (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess im Wandel von Staatsfunktionen, 1997, S. 199, 208 f.; F. Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 199 ff.; K.-H. Ladeur, Die Zukunft des Verwaltungsakts, VerwArch 86 (1995), S. 511 ff. Zur Kritik s. etwa G. Lübke-Wolff, Wie effizient ist Flexibilität?, in: Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2000, S. 73, 79 ff.; dies., Regelbindung vs. Entscheidungsstandards für die Umweltbehörden, in: E. Gawel/G. Lübke-Wolff (Hrsg.), Effizientes Umweltordnungsrecht, 2000, S. 151, 155 ff.
- 31 Zu verweisen ist nicht nur auf zunehmende Interdependenzen und interaktive Vernetzungen bei Problemlösungen, sondern auch auf den gezielten Aufbau von Netzwerken zur Problemlösung, siehe dazu M. Eifert, Innovationen in und durch Netzwerkorganisationen, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 88 ff.
- 32 Vgl. H.-H. Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat, 1999, S. 13 ff.; A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, ebenda, S. 47, 52 ff.
- 33 Vgl. K. E. Schenk/D. Schmidtchen/M. E. Streit (Hrsg.), Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat, 1996; H. Rossen, Vollzug und Verhandlung, 1999, S. 170 ff., 290 ff.; R. Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 91 (2000), S. 149, 159 f.; siehe auch A. Benz, Kooperative Verwaltung, 1994; E.-H. Ritter, Der kooperative Staat, AÖR 104 (1979), S. 389 ff.
- 34 Wettbewerbsbeziehungen regeln nicht nur das Verhalten der Akteure am ökonomischen Markt, sondern zunehmend auch das staatlicher Akteure, s. etwa W. Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 44, 52 ff.; F. Nullmeier, Wettbewerb und Konkurrenz, in: von B. Blanke/S. v. Bandemer/F. Nullmeier/G. Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl., 2001, S. 92 ff.
- 35 Siehe dazu die Beiträge in W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994; W. Hoffmann-Riem/J. P. Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998; A. Scherzberg, Innovative Verwaltung im erfolgsorientierten Rechtsstaat, in: W. Krebs/D. Ehlers (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, S. 21 ff.
- 36 S. o. Fn. 20.
- 37 Dazu siehe K.-H. Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer Logik der Netzwerke, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4, S. 59, 63 ff.

darüber hinaus die Dynamik der Entwicklung und können zur Triebkraft im Prozess der Modernisierung<sup>38</sup> werden, also bei der Umsetzung einer Strategie zur Erhaltung der Problemlösungsfähigkeit in Anbetracht des Wandels der Probleme und der die Problemlösung begleitenden Strukturen.

#### 4. *Übergreifende verfassungs- und europarechtliche Vorgaben*

Die Dynamik des Wandels ist rechtlich vor dem Hintergrund der im Kernbereich gleich gebliebenen verfassungsrechtlichen Ziel- und Rahmenvorgaben einzufangen. Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit sowie die Verpflichtung auf die europäische Integration sind verfassungsrechtliche Vorgaben zur rechtlichen Prägung der neuen Entwicklungen, bedürfen aber einer zum Teil neuen Konkretisierung angesichts veränderter Verhältnisse. Dabei sind auch die rechtlichen und politischen Impulse aus dem Bereich der Europäischen Union aufzunehmen, die jüngst etwa im Vertrag von Nizza<sup>39</sup> und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>40</sup> konkretisiert worden sind.

Die für den EG-Raum wichtigen Grundsätze der Subsidiarität (Art. 2 EUV, Art. 5 EGV) und der Kohärenz (Art. 3 EUV) betreffen mittelbar auch das Verwaltungungsverfahren. Ein Beispiel für ein verändertes Konzept ist Art. 41 EU-Grundrechtecharta, der ein Recht auf eine »gute« Verwaltung zu normieren sucht, dass trotz des begrenzten Anwendungsfeldes der Charta (siehe Art. 51 ff. EU-Grundrechtecharta) Ausstrahlungswirkungen in weitere Bereiche der europäischen Rechtsordnung haben kann. Dass die Kommission der EG, die auch vom Europäischem Parlament insbesondere zu mehr Demokratie angetrieben wird, die Herausforderungen annehmen will, dokumentiert etwa ihr Weißbuch »Europäisches Regieren« (European Governance) vom Juli 2001.<sup>41</sup> Es fordert für Regierung i.w.S. (also unter Einschluss der Administration) Grundsätze der Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz ein<sup>42</sup>, die zu den Grundsätzen des EG-Vertrages über Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität hinzutreten. Programmatisch heißt es: »Das alte lineare Modell, bei dem die Politik von oben herab verkündet wird, muss durch einen *circulus virtuosus* ersetzt werden, einen Spiralprozess, der – von der Gestaltung bis zur Durchführung der Politik – auf Rückkoppelung, Netzwerken und Partizipation auf allen Ebenen beruht.«<sup>43</sup>

38 Zum Begriff der Modernisierung siehe W. Zapf, Modernisierung und Transformation, in: B. Schäfers/W. Zapf (Hrsg.), Handwörterbuch zur Gesellschaft Deutschlands, 1998, S. 472 ff.; K. König, Verwaltungsstaat im Übergang, 1999, S. 143; H. Klages, Modernisierung als Prozess, in: K. Lüder (Hrsg.), Öffentliche Verwaltung der Zukunft, 1998, S. 153 ff.

39 ABl. EG 2001 Nr. C 80/01.

40 ABl. EG 2000 Nr. C 364/01.

41 Weißbuch vom 25. Juli 2001, KOM (2001), 428 Endg.

42 A.a.O., S. 13 f.

43 A.a.O., S. 14.

Auch wenn hier zunächst nur EG-spezifische Verfahren der Regierung i.w.S. betroffen sind, werden doch Grundsätze formuliert, die ebenso auf nationaler Ebene und in den regionalen und lokalen Untergliederungen wichtig sein können. Sie greifen die oben (3) stichwortartig geschilderten Entwicklungstendenzen auf und deuten auf gebotene Modifikationen bei der Konkretisierung von Staatszielbestimmungen. So ist das skizzierte Ziel der Vereinheitlichung des Rechts auch unter den EG-Vorgaben der Kohärenz zu verwirklichen. Für die Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Anbindung des Verwaltungshandelns an das (parlamentarische) Gesetz stellen sich neue Fragen nicht nur wegen der im EG-Bereich erlassenen und vom nationalen Normgeber zu beachtenden Verordnungen und Richtlinien, sondern auch angesichts der im EG-Bereich diskutierten veränderten Regelungstechniken. So heißt es in dem zitierten EG-Weißbuch:

»Es sollte verstärkt auf so genannte Rahmenrichtlinien zurückgegriffen werden. Sie sind weniger schwerfällig, lassen sich flexibler umzusetzen und werden vom Rat und vom Europäischen Parlament gewöhnlich zügiger (scil: als Verordnungen) verabschiedet. Welche Form des Rechtsakts auch gewählt wird, es sollte mehr auf ›primäre‹ Rechtsvorschriften zurückgegriffen werden, die sich auf das Wesentliche (grundlegende Rechte und Pflichten und die Bedingungen ihrer Umsetzung) beschränken und es der Exekutive überlassen, technische Einzelheiten durch ›sekundäre‹ Durchführungsbestimmungen auszufüllen.

(Ferner) können unter bestimmten Voraussetzungen Durchführungsmaßnahmen im Rahmen der Koregulierung vorbereitet werden. Koregulierung kombiniert bindende Rechtssetzungs- und Regelungstätigkeiten mit Maßnahmen der Hauptbeteiligten unter Nutzung ihrer praktischen Erfahrungen. Die Beteiligung der Hauptakteure an der Ausarbeitung und Durchsetzung der Maßnahmen bewirkt, dass diese sich stärker mit der betreffenden Politik identifizieren und dadurch auch sehr detaillierte, nicht bindende Regeln besser eingehalten werden.

Koregulierung wird beispielsweise bereits in Bereichen wie dem Binnenmarkt (Festlegung von Produktnormen nach den Richtlinien neuer Konzeption) und in der Umweltpolitik (Reduzierung von Kraftfahrzeugemissionen) praktiziert.

Die genaue Form der Koregulierung, die Art und Weise, in der rechtlich bindende und außerrechtliche Instrumente kombiniert werden, und wer die Initiative ergreift – beteiligte Akteure oder Kommission – all dies wird je nach Sektor unterschiedlich sein.«<sup>44</sup>

Das hier angedeutete Konzept der Regulierung mit ausfüllungsbedürftigen Rahmenrichtlinien, der Koregulierung (Kooperation) mit »Hauptakteuren« und der Kombination von rechtlichen und außerrechtlichen Instrumenten findet in modifizierter Form auch im deutschen Rechtskreis zunehmend Verbreitung. Es weicht von dem bei der Schaffung von VwGO und VwVfG vorherrschenden Konzept der linear-hierarchischen Anbindung des administrativen

Ausführungshandelns an den parlamentarischen Gesetzgeber ab, das – auch im Interesse des Rechtsschutzes – auf weitgehende Verrechtlichung und möglichst eine konditionale Vorsteuerung administrativen Handelns zielte. Es erlaubt ein stärkeres Eingehen auf neuere Entwicklungen auch in Deutschland, etwa soweit vermehrt von der konditionalen Programmierung auf unterschiedliche Formen finaler Steuerung (Ziel- und Konzeptvorgaben, Leitbilder, Gestaltungsaufträge u.ä.) übergegangen wird<sup>45</sup> und soweit die Lage durch erhebliche Kooperation des Staates mit außerstaatlichen Akteuren und durch die Nutzung informeller, also auch nicht rechtlich geprägter, Vorgehensweisen und Instrumente gekennzeichnet ist.<sup>46</sup> Auch gibt das Europarecht Impulse für die Weiterentwicklung und Modifikation des Verfahrensgedankens im deutschen Recht.<sup>47</sup>

Rechtlicher Klärung bedarf insoweit die Vereinbarkeit neuer Handlungskonzepte mit den normativen Vorgaben des Rechts- und Sozialstaats sowie der Demokratie. Soll gesichert werden, dass diese als verfassungsnormative Prämissen bedeutsam bleiben, also nicht zum rhetorischen Dekor verkommen, muss geklärt werden, ob und wie weit angesichts heutiger Anforderungen neue Antworten ausstehen. Insofern gehört auch der Gesetzesvorbehalt – etwa in seiner Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie<sup>48</sup> – auf den Prüfstand, dies insbesondere unter der Fragerichtung, mit welchem Inhalt und in welcher Intensität der Gesetzesvorbehalt im Verfahrensbereich zu beachten ist (s. auch unten D I). Zu entwickeln sind auch problemangemessene Vorkehrungen zur Erkennbarkeit rechtlicher Vorgaben und zur Vorhersehbarkeit ihrer Umsetzung durch die Administration und durch die in die Aufgabenerfüllung einbezogenen Privaten. Unter rechts- und sozialstaatlichen Aspekten stellt sich die Frage, wie bei der Kooperation mit Privaten oder gar der Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf sie mit den real vorfindbaren Machtungleichgewichten in der Gesellschaft und zwischen Staat und Gesellschaft (m. E. mit einer zunehmenden Machtverlagerung zugunsten Letzterer) umzugehen ist. Das Verhältnis von Exekutive und Judikative und damit von Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren ist darauf abzustimmen, dass das Verwaltungs-, insbeson-

45 Siehe dazu R. Schmidt, Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 67 ff.; J. Ziekow, Modernisierung des Verfahrensrechts, in: K. König/D. Merten (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69, 79 f., 83, 88; G. Wewer, Leitbilder und Verwaltungskultur, in: B. Blanke et al. (s. o. Fn. 34), S. 155 ff.

46 Siehe dazu oben Fn. 25, 32, 33.

47 S. dazu E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, S. 295 ff.; G. Haibach, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, S. 456 ff.

48 Diese vom BVerfG (E 61, 260, 275; 88, 103, 116) vielfach weiter entwickelte Theorie führt zunehmend zu Disfunktionalitäten, so dass Korrekturen an ihrer bisherigen Konturierung angebracht sein dürften. Zur Kritik der Wesentlichkeitstheorie siehe etwa U. Haltern/F. Mayer/C. Möllers, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit, Die Verwaltung 1997, S. 51 ff.

dere das Verwaltungsverfahrenrecht nicht nur auf Rechtsschutz, sondern umfassender auf Rechtswahrnehmung<sup>49</sup> und Interessenschutz zielt und dabei nicht auf eindimensionale und bipolare Verhältnisse begrenzt, sondern vielfach durch multidimensionale Problemlagen und multipolare Interessen- und Beteiligtenstrukturen geprägt ist. Das Demokratieprinzip muss daraufhin befragt werden, ob und wie es möglich ist, von dem bisherigen auf eine lückenlose Legitimationskette zum Gesetzgeber ausgerichteten Konzept demokratischer Legitimation<sup>50</sup> umzusteuern auf ein komplexeres Konzept der Sicherung eines problemangemessenen Legitimationsniveaus unter Einbau neuer Legitimationsfaktoren (s. auch unten C I 8).<sup>51</sup>

### III. Orientierungen beim konzeptionellen Zugriff auf das Verwaltungsverfahren

#### 1. Dienende Funktion und Richtigkeitsgewähr

Werden die hinter solchen Fragen stehenden Veränderungen in den Blick genommen, wird deutlich, dass das dem VwVfG bisher zu Grunde gelegte Verständnis zu kurz greift, das Verwaltungsverfahrenrecht als die Vorschriften definiert, nach denen die Verwaltungsbehörden ihre öffentlich-rechtliche Tätigkeit ausüben (§ 9 VwVfG). Mit der Beschränkung auf die »Verwaltungsbehörden«, auf »ihre« Tätigkeit und auf die »öffentlich-rechtliche« Problembewältigung wird nämlich nur ein Ausschnitt der heutigen Realität der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den darauf bezogenen Verfahren erfasst. Die in § 9 VwVfG erfolgte Ausrichtung nur an dem Verwaltungsakt und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag<sup>52</sup> blendet im Übrigen die Vielfalt möglicher verfahrensabschließender Handlungsformen aus. Nicht erfasst werden z. B. schlichtes Verwaltungshandeln und Realakte, die Normsetzung, hybride (etwa privat-öffentliche) Handlungsformen oder informelle Klärungen unter

49 S. dazu R. Wahl, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151, 160 f.

50 So noch aktuell H. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, S. 25 ff.; zu grundsätzlich anderen Ansätzen vgl. M. Höreth, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma. Zur Rechtfertigung des Regierens jenseits der Staatlichkeit, 1999.

51 Dazu siehe E. Schmidt-Aßmann und W. Hoffmann-Riem, in: dies. (s. o. Fn. 12), S. 26 ff., 374 ff.

52 Zu der Diskussion, ob der subordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Vertrag durch einen besonderen Typ des Kooperationsvertrages ergänzt werden soll, siehe insbesondere die Ausarbeitungen von G. F. Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministerium des Innern, 2001 und J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministerium des Inneren, 2001, beide veröffentlicht unter <http://www.staat-modern.de>.

Beteiligung der Verwaltung, die gegebenenfalls (nur) in privatrechtlichen Handlungsformen enden.

Die im Anschluss an § 9 VwVfG in diesem Gesetz enthaltenen Regeln bewirken im Übrigen die schon erwähnte Verengung der Normierung auf punktuelle, vorrangig am Rechtsschutz ausgerichtete Einzelfragen (siehe oben I). Das Verfahrensrecht ist nachhaltig vom Konzept seiner dem Gesetzesvollzug und dem Rechtsschutz dienenden Funktion geprägt.<sup>53</sup> Zwischenzeitlich ist – angestoßen durch grundrechtsbezogene Formulierungen des BVerfG<sup>54</sup> und verstärkt durch Europarecht und den Einfluss anderer europäischer Rechtsordnungen<sup>55</sup> –, das schon erwähnte Konzept einer Richtigkeitsgewähr durch Verfahren hinzugetreten.<sup>56</sup> Verwaltungsverfahren wird zum Verwirklichungsmodus materiellen Verwaltungsrechts<sup>57</sup>, das zugleich Möglichkeiten zur Verfolgung und Balancierung von Interessen schon im Vorstadium der Entscheidung einräumt und auf strukturierte Wissenserzeugung hin angelegt ist.<sup>58</sup>

Dieses Konzept greift insbesondere den Befund einer durch erhebliche normative Spielräume geprägten Lage auf. Unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessensermächtigungen, Gestaltungsaufträge, Ziel- und Konzeptvorgaben u.ä.<sup>59</sup> verdeutlichen, dass es häufig unterschiedliche Optionen zur Umsetzung eines normativen Programms gibt, für die das Recht zum einen Grenzen setzt – die einen Korridor rechtlich zulässiger Optionen markieren – und zum anderen Ziele und Spielregeln der Zielverfolgung normiert.<sup>60</sup> Die Begrenztheit materiellrechtlicher Prägung – also eine Art regulativer Enthaltsamkeit – wird insoweit durch Prozeduralisierung der Problembewältigung kompensiert.<sup>61</sup> In dem Spielraumbereich hat die Verwaltung auf die Erfüllung ihres an Gemeinwohlbelangen ausgerichteten Auftrags hinzuwirken, die sonstigen Beteiligten

53 Dazu siehe Fn. 10 sowie die Kritik bei *R. Wahl* (s. o. Fn. 49), S. 160 ff. mit Fn. 25.

54 Vgl. BVerfGE 53, 30. Siehe ferner oben Fn. 11.

55 Insoweit ist auch der EuGH mit seiner Rechtsprechung wichtig geworden, siehe dazu *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, S. 390 f.

56 S. o. Fn. 11.

57 *R. Wahl* (s. o. Fn. 49), S. 153.

58 *K.-H. Ladeur*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24), S. 225, 235.

59 S. o. Fn. 45. Zur Nutzung entsprechend »offener Normen« siehe *R. Pitschas* (s. o. Fn. 11), S. 34 f.; *H. Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, 136 f., 143 ff.

60 *H. Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999, S. 220 ff. spricht von einer damit bewirkten Entkoppelung von Programm und Entscheidung.

61 Vgl. *E. Hagenah* (s. o. Fn. 11); *K.-H. Ladeur*, »Prozedurale Rationalität« – Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1986, S. 265 ff.; ders., Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts, in: *D. Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 187 ff.; *A. Voßkuhle*, Kompensationsprinzip (s. o. Fn. 26), S. 63 ff.

dürfen aber auch ihre eigenen (auch eigennützigen) Interessen verfolgen. Das Verfahrensrecht soll sichern, dass die Entscheidungsfindung rechtstaatlichen Anforderungen – etwa an Transparenz und Chancengleichheit bei der Interessenverfolgung – genügt und der Prozess der Entscheidungsbildung so strukturiert ist, dass die rechtlich erheblichen Informationen erhoben und die rechtlich als legitim anerkannten Interessen unter Beachtung gegenläufiger Interessen Verwirklichungschancen haben.

## 2. *Verwaltungsverfahren als Wirklichkeitskonstruktion*

Die vom Recht erfassten Lebensverhältnisse sind regelhaft komplex. Seit jeher hat das Recht Probleme nicht umfassend und in ganzheitlicher Weise betrachtet, sondern nur einen Ausschnitt als rechtserheblich und damit lösungsbedürftig angesehen. Rechtsnormen nehmen dementsprechend nur einen Ausschnitt der Realität in Bezug – den von der Norm erfassten Realbereich<sup>62</sup> – und versuchen Problemlösungen unter Fokussierung auf einzelne als rechtlich besonders erheblich bewertete Faktoren. Ohne eine entsprechende Verminderung der Komplexität würde das Recht seine Handhabbarkeit verlieren. Die Leistungskraft des Rechts zur Bewältigung von Problemen hängt aber davon ab, ob der in den Blick genommene Ausschnitt der Realität und die Fokussierung auf bestimmte als rechtserheblich anerkannte Interessen und Akteure problemangemessen sind.

Das Verfahren – verstanden als Entscheidungsprozess – dient dazu, die von der Rechtsordnung als maßgeblich – als verbindlich oder rechtlich möglich – bestimmten Entscheidungsfaktoren zu identifizieren und sie in rechtlich dirigierter Weise in das Entscheidungsergebnis einfließen zu lassen. Diese Aufgabe des Verfahrens legt es nahe, es als Konstruktion einer neuen, durch das Recht geprägten Wirklichkeit zu verstehen. Aus der – auch für die Rechtswissenschaft weiterführenden – Sicht des Konstruktivismus<sup>63</sup>, ist »Wirklichkeit« eine soziale Konstruktion. Mit dem Blick auf die Rechtsordnung kann festgestellt werden, dass diese ein Programm zur Konstruktion einer neuen »Wirklichkeit«, nämlich der im Recht für den konkreten Entscheidungsprozess als erheblich anerkannten Wirklichkeit, bereitstellt. Das rechtliche Verfahren strukturiert diesen Prozess der Wirklichkeitskonstruktion, indem es Rollen verteilt, Ziele und Verhaltensspielräume vorgibt, früher gefundene Kon-

62 Diesen Begriff ziehe ich dem von *F. Müller*, *Juristische Methodik*, 7. Aufl., 1997 hierfür genutzten Begriff des »Normbereichs« vor.

63 Zum Konstruktivismus – in den folgenden Zitaten angewandt auf öffentliche Kommunikation – s. etwa *S. J. Schmidt*, *Kommunikation – Kognition – Wirklichkeit*, in: *G. Bentele/M. Rühl* (Hrsg.), *Theorien öffentlicher Kommunikation*, 1993, S. 105 ff.; *K. Krippendorff*, *Schritte zu einer konstruktivistischen Erkenntnistheorie der Massenkommunikation*, in: *Bentele/Rühl*, a.a.O., S. 19 ff.; *K. Merten/S. J. Schmidt/S. Weischenberg* (Hrsg.), *Die Wirklichkeit der Medien: Eine Einführung in die Kommunikationswissenschaft*, 1994.



strukture von Wirklichkeit zur weiteren Nutzung bereitstellt und Kriterien zur Selektion des Rechtserheblichen bzw. rechtlich Zulässigen normiert.<sup>64</sup> Das Verfahren zielt also auf eine Klärung darüber, was in dem spezifischen, rechtlich dirigierte Entscheidungs Zusammenhang als maßgebend angesehen werden soll. Die Verfahrensaufgabe bezieht sich nicht nur auf das letztlich gefundene, etwa in die Rechtsform eines Verwaltungsakts gegossene, Ergebnis, sondern auch auf die einzelnen dafür zu wählenden (Zwischen-) Schritte.

Verwaltungsverfahrenrecht enthält insbesondere Vorkehrungen zur interaktiven Vergewisserung über die empirische und normative Ausgangslage sowie zur interaktiven Einwirkung auf die Wahl der schließlich gefundenen Option. Dieser Prozess der interaktiven Vergewisserung und Einwirkung bezieht sich auf:

- Fakten
- Werte
  - Interessen der Akteure und Betroffenen
  - rechtsnormativ akzeptierte Werte/Ziele
- Entscheidungsoptionen (Positionen der Interessenverwirklichung).

Dabei mag auch über Interessen selbst – etwa über Ziele, Bedürfnisse, Erwartungen, Wünsche, Befürchtungen u.ä. – gestritten und entschieden werden. Letztlich aber geht es um ein Ergebnis, nämlich eine spezifische Position, die zur Interessenverwirklichung genutzt werden kann (etwa die Errichtung einer Anlage oder deren Verhinderung; die Erteilung einer Erlaubnis; die Durchführung einer gefahrenabwehrenden Maßnahme).<sup>65</sup> Das Entscheidungsverfahren bestimmt darüber, welche Position rechtlich durchsetzbar ist bzw. – bei rechtlicher Zulässigkeit unterschiedlicher Positionen – aus dem Kreis der verfügbaren Entscheidungsoptionen ausgewählt wird. In diesem Verfahren kann sowohl mit konditionalen als auch mit finalen Rechtsprogrammierungen und mit Kombinationen aus beiden gearbeitet werden.

Das Verwaltungsrecht zielt darauf, die Entscheidungsfähigkeit auch angesichts der regelhaften Heterogenität der betroffenen Interessen und der Pluralität von Sichtweisen durch Fokussierung auf den rechtserheblichen Ausschnitt der Realität und die Problemlösung durch Zentrierung des Entschei-

64 Soweit die Rechtsordnung (oder auch die Rechtswissenschaft) dabei auf Sichtweisen und Erkenntnisse anderer Wissenschaften zugreift, kommt es – wie die Verwendungsforschung gezeigt hat – zu Transformationen, die aus wissenschaftstheoretischer Sicht angreifbar, aber m. E. dennoch im Rahmen ihrer praktischen Unvermeidbarkeit in Kauf zu nehmen sind, jedenfalls soweit sie mit der spezifischen normativen Sichtweise der Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung verknüpft sind, s. dazu W. Hoffmann-Rem, Sozialwissenschaften in der Rechtsanwendung, Zeitschrift für Rechtssoziologie, 2001, S. 3, 18 f.

65 Zum Unterschied von Interesse und Position siehe R. Fisher/W. Ury, *Getting to Yes*, 1981; S. Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 69 ff., 72.



dungsverfahrens auf die letztliche Wahl nur einer Option zu ermöglichen. Speziell das Verwaltungsverfahren soll sichern, dass dieser Prozess der Wirklichkeitskonstruktion in einer dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat angemessenen Weise vor sich geht. Dem dienen beispielsweise Transparenzvorkehrungen, Beteiligungsrechte, Distanzgebote, Beweislastregeln und Begründungspflichten. Die Handhabbarkeit wird bei Verfahren mit hoher Komplexität durch speziell darauf ausgerichtete Rechtsfiguren unterstützt, die insbesondere Segmentierungen (Zerlegungen in Teilabschnitte, Stufungen u.ä.) vorsehen (z. B. Vorbescheid, Teilgenehmigung, vorzeitiger Beginn), aber gegebenenfalls auch Möglichkeiten der Rückkoppelung, etwa der Wiederherstellung einer größeren Komplexität, enthalten. Teil- und Zwischenentscheidungen können Verbindlichkeit für weitere Verfahrensabschnitte erlangen (Konzentrationswirkung, Bestandskraft, Präklusion mit neuen Einwendungen etc.). Gegebenenfalls können sie aber später auch wieder revidiert werden (z. B. Planänderungen nach § 76 VwVfG).<sup>66</sup>

(Verwaltungs-)Verfahrensrecht zielt in funktionaler Betrachtung also – wie resümierend festgestellt werden kann – auf einen (verwaltungs-)rechtlich dirigierten Prozess der Problemverarbeitung durch Konstruktion einer spezifischen, auf diesen Prozess bezogenen Wirklichkeit. Die rechtlich geordnete Interaktion und die rechtlich vorgeprägte Selektion sind Modi auf dem Weg zur Lösung des aufgegebenen Problems in einer rechtlich zugelassenen Weise.

Hinter der Einsicht in die Erheblichkeit verfahrensrechtlicher Vorkehrungen steht die Annahme, dass die Art der Interaktion und Selektion sich auf das Entscheidungsergebnis auswirkt. Infolge vielfältiger, im Laufe der Entwicklung erfolgter Veränderungen, so in der Rolle und den Aufgaben der Verwaltung – etwa der zunehmenden Ablösung von hierarchisch durch die Verwaltung geprägten Entscheidungsverfahren durch kooperative –<sup>67</sup> hat sich der Prozess der verwaltungsverfahrenrechtlichen Wirklichkeitskonstruktion in den letzten Jahrzehnten erheblich gewandelt. Die vielfältigen Ausdifferenzierungen der vom öffentlichen Recht erfassten Aufgaben, der beteiligten Akteure, der verfahrensrechtlichen Arrangements und vor allem der möglichen Entscheidungsergebnisse und verfügbaren Handlungsformen verdeutlichen, dass es für die konkrete Ausgestaltung des Prozesses der rechtlich dirigierten Wirklichkeitskonstruktion häufig unterschiedliche Möglichkeiten gibt. Eine wichtige Aufgabe des Verwaltungsrechts ist es, strukturierend auf Überschaubarkeit hinzuwirken und Entscheidungsfähigkeit auch angesichts der Komplexität zu ermöglichen.

66 Zu solchen Vorkehrungen vgl. E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. 1996, § 70, S. 644.

67 Zu den Erscheinungsformen des kooperativen Staates siehe die Nachweise oben Fn. 33.

Die Rechtswissenschaft kann durch ihre Systematisierungsleistungen unterstützend wirken. Die von ihr entwickelten rechtsdogmatischen Figuren<sup>68</sup> dienen dabei als verallgemeinernd vorgefertigte Konstrukte, die für die Schaffung einer rechtserheblichen Wirklichkeit einsetzbar sind. Insbesondere formen und bündeln sie über die vom Gesetzgeber vorgesehenen Festlegungen gesetzlicher Tatbestandselemente hinaus die in diesem Prozess der Wirklichkeitskonstruktion rechtlich zugelassenen Argumentationen.<sup>69</sup> Die Rechtsdogmatik bezieht sich allerdings vorrangig auf die so genannte Darstellung der Richtigkeit eines Entscheidungsergebnisses, kaum aber unmittelbar auf den Prozess seiner Herstellung.<sup>70</sup> Je stärker die Bedeutung des Verfahrens für die Findung eines richtigen Ergebnisses wahrgenommen wird, desto dringlicher dürfte es sein, die Rechtsdogmatik auch auf die Ablaufprozesse der Entscheidungsbildung zu beziehen, zumindest insoweit, als sie rechtlich geprägt sind. Die gewachsene Prozeduralisierung des Rechts<sup>71</sup> benötigt auch eine darauf abgestimmte Rechtsdogmatik. Der »überlieferte Formenhaushalt«<sup>72</sup> ist dafür zwar auch von Nutzen, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ausreichend.

### 3. Richtigkeitsmaßstäbe

Die Leistungskraft von Verfahren bemisst sich danach, ob die Spezifika der zu lösenden Probleme hinreichend berücksichtigt werden können. Die Verfahrenssteuerung kann sich schon bei der Vergewisserung über die normativen Maßstäbe auswirken, also bei der entscheidungsbezogenen Zurichtung der meist auslegungsfähigen Tatbestandselemente der einschlägigen Norm.

- 68 Zum Begriff von Rechtsdogmatik siehe *W. Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: M.-E. Geis/D. Lorenz (Hrsg.), *Staat. Kirche. Verwaltung.*, 2001, S. 1079, 1082 (Nach *Brohm* ist Rechtsdogmatik als ein aus der Gesamtheit der Rechtsordnung zu erarbeitendes und erarbeitetes Gefüge juristischer Begriffe, Institutionen, Grundsätze und Regeln zu verstehen, die unabhängig von einer speziellen gesetzlichen Fixierung allgemein Anerkennung und Befolgung beanspruchen und so als *ratio iuris* die *ratio legis* der einzelnen gesetzlichen Regelungen übergreifen.) Zur Funktion der Dogmatik siehe ferner *ders.*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 30 (1972), S. 245, 246 ff.
- 69 Zum Zeitbezug dogmatischer Figuren siehe *W. Brohm* (s. o. Fn. 68, 2001), S. 1084 ff. Zum Zeitbezug des Rechts vgl. *S. Kirsle*, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins, 1998.
- 70 Zum Unterschied von Darstellung und Herstellung siehe *N. Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 1966, S. 51 f.; *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S. 82; *B. Schlink*, Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 1980, S. 73, 87 m. w. Hinw. in Anm. 55. Wieweit die Notwendigkeit einer *lege artis* erfolgenden Darstellung auf den Herstellungsprozess zurückwirkt und damit hinreichend zu seiner rechtsnormativen Disziplinierung ist, gehört zu den offenen Fragen der Rechtswissenschaft.
- 71 Dazu siehe die Nachweise oben Fn. 61.
- 72 Zu seiner Bedeutung s. z. B. *C. Möllers*, *Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *VerwArch* 2002, S. 22 ff., 25 f., der auch dessen Wichtigkeit für die rechtliche Bewältigung von Zukunft betont.

Noch wichtiger aber wird die Verfahrenssteuerung bei der Ermittlung der Fakten, der Verständigung über berücksichtigungsfähige Interessen und über maßgebende Folgen sowie bei der Auswahl der letztlich zu wählenden Option.

Verwaltungsrecht wird dabei im Verwaltungsverfahren in seiner Funktion als Verhaltensauftrag und Handlungsprogramm wichtig. Es ist zwar auch Kontrollmaßstab<sup>73</sup>, nämlich Maßstab einer das Verfahren begleitenden und einer gegebenenfalls im Gerichtsverfahren aktivierten nachfolgenden Fehlerkontrolle. In erster Linie aber soll es das Handeln der Akteure steuern; diese Steuerung aber funktioniert nicht nur über Fehlervermeidung. Zwar sind selbstverständlich auch aus der Handlungsperspektive die Rechtmäßigkeit im Sinne der Fehlerfreiheit der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Norm und bei Abwägungsermächtigungen die Abwägungsrichtigkeit wichtig. Soweit Rechtsnormen Ziele, Prinzipien, Leitbilder, Konzeptvorgaben u.ä. enthalten, geht es um die Orientierung an ihnen und damit auch an den durch sie vermittelten Visionen (programmatischen Aufträgen u. ä.), nicht nur an den gleichzeitig transportierten rechtlichen Grenzen. Maßgebend werden darüber hinaus die den Verfahrensbeteiligten eingeräumten Möglichkeiten der Interessenartikulation und -durchsetzung, die zusätzliche, aus der verwaltungsrechtlichen Norm nicht ablesbare Wertorientierungen aktivieren können. Handlungsprogramme der Verwaltung sind häufig in größere, auch politisch gesetzte, Vorhaben eingebettet – etwa Raumordnung, Standortsicherung, Erhaltung von Arbeitsplätzen u.ä. –, die zwar weit über das aktuell entscheidungsbedürftige Problem hinaus weisen, aber auch für dessen Lösung Restriktionen schaffen oder Möglichkeitsräume erweitern und in der Folge erheblich auf den Prozess der Wirklichkeitskonstruktion einwirken und bei Beachtung des rechtlichen Rahmens auch einwirken dürfen. Die im Blick auf solche Vorhaben erzielten Ergebnisse können sich auch auf die Akzeptanz des Verwaltungshandelns bei den Beteiligten und sonstigen Betroffenen (und damit zugleich auf die Implementationschancen), aber auch auf die Akzeptanz in der Öffentlichkeit auswirken; dadurch tragen sie auch zur materiellen Legitimation administrativer Aufgabenwahrnehmung bei. Angesichts der Vielfalt rechtsnormativer, sozialnormativer und politischer Orientierungen<sup>74</sup> und auch

73 Zu dieser Differenz siehe *W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (Hrsg.), *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 115, 125 ff.; *R. Wahl* (s. o. Fn. 49), S. 158 f. S. ferner *W. Schmidt*, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, Rn. 97.

74 Die im Recht als verbindlich anerkannten Werte zähle ich zu den rechtsnormativen Orientierungen. Mit sozialnormativen Orientierungen meine ich gesellschaftlich anerkannte Werte. Sie können, obwohl sie nicht als verbindlich in Rechtsnormen aufgenommen worden sind, jedenfalls insoweit im Entscheidungsprozess erheblich werden, als ihre Berücksichtigung im Recht nicht ausgeschlossen ist.

empirischer Rahmensetzungen (Ermöglichungen, Restriktionen) wäre es eine Verkürzung, die »Richtigkeit« des Verwaltungshandelns nur an der rechtlichen Fehlerfreiheit zu messen.

Die verschiedenen Kriterien zur Beurteilung der »Richtigkeit« des Verwaltungshandelns (in dem weiten, die Fehlerfreiheit überschreitenden Sinne) sind in unterschiedlicher Weise und Dichte rechtlich geprägt. Ihre Missachtung kann daher unterschiedliche Folgen bewirken, auch rechtlich nicht messbare Folgen, die aber dennoch für den Erfolg des Verwaltungshandelns in einem weit verstandenen Sinn maßgebend werden können. Dimensionen der Richtigkeit in diesem weiten Sinne sind:

- Rechtmäßigkeit (Legalität), zugleich als Teilelement der Legitimation administrativen Handelns
  - Beachtung der Kompetenzordnung (Sicherung von Sachnähe und Distanz zugleich)
  - Auswahl der rechtlich erheblichen Fakten und deren
  - Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Handlungsnorm
  - Orientierung an normative Zielvorgaben.
- Optimalität
  - Interessenberücksichtigung (Rücksichtnahme auf Individualinteressen, aber auch Sicherung der Verträglichkeit mit oder Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen)
  - Effizienz (Berücksichtigung des Grundsatzes schonenden Ressourceneinsatzes im Verfahren und hinsichtlich der letztlich gewählten Option)<sup>75</sup>
  - Zeitrichtigkeit/Schnelligkeit<sup>76</sup>
- Akzeptabilität bei Beteiligten, Betroffenen und der Öffentlichkeit<sup>77</sup> (z. B. Bürgerfreundlichkeit)
  - Effektivität (Zieltauglichkeit, Wirksamkeit)
  - Implementierbarkeit
  - Gegenwarts- und Zukunftstauglichkeit<sup>78</sup>

#### 4. *Verfahrensfunktionen*

Je nach seiner Ausgestaltung kann das Verfahren auf unterschiedliche Weise in den jeweiligen Richtigkeitsdimensionen wirken. Dementsprechend unterschiedlich können die wahrgenommenen Verfahrensfunktionen sein. Daher

75 Zur Bedeutung des Effizienzprinzips siehe *H. Eidenmüller* (s. o. Fn. 26); sowie die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994.

76 *S. R. Wahl* (s. o. Fn. 49), S. 157.

77 Dies kann auch über ein Dissenzmanagement geschehen, siehe dazu *H. Rossen* (s. o. Fn. 33), S. 127.

78 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 35.

überrascht es nicht, dass in der Literatur eine Reihe unterschiedlicher Verfahrensfunktionen benannt werden:<sup>79</sup>

- Informationsfunktion
- Interessenvertretungsfunktion
- Rechtswahrungsfunktion (Modus der Rechtsverwirklichung) und Rechtsschutzfunktion («vorgezogener» Rechtsschutz im Verfahren)
- Ausgleichsfunktion (Beitrag zu Interessenoptimierung)
- Akzeptanzsicherungsfunktion (Beitrag zur Akzeptanz oder gar zur Herstellung von Konsens)
- Legitimationsfunktion.

## B. *Ausdifferenzierung des Verwaltungshandelns und des Verwaltungsverfahrens*

### I. *Typenarmut und Typenvielfalt*

Angesichts der Vielfältigkeit der Verwaltungsrealität – etwa der Aufgaben, Konzepte, Interessen und Beteiligten – ist es für den Gesetzgeber und die Verwaltung nicht empfehlenswert, sich allein auf ein Standardverfahren zu konzentrieren. Jedenfalls hat der Gesetzgeber schon zur Zeit der Schaffung des VwVfG unterschiedliche Verfahrenstypen und im Laufe der Zeit weitere neue Verfahrenstypen vorgesehen. So hat er die Verwaltungsverfahren nach der Abgabenordnung und dem Sozialgesetzbuch mit Rücksicht auf (angenommene oder doch behauptete) Besonderheiten nicht in das VwVfG integriert.<sup>80</sup> Auch gibt es bereichsspezifisches Verfahrensrecht im sonstigen Verwaltungsrecht, etwa im Asyl-, Bau-, Umwelt-, Telekommunikations-, Produktsicherungs- und Vergaberecht, demnächst auch verstärkt im Recht des Informationszugangs.<sup>81</sup> Das zunächst in bereichsspezifischen Sonderregeln enthal-

79 Siehe statt vieler G. F. Schuppert (s. o. Fn. 15), S. 794 ff. Vgl. auch R. Wahl (s. o. Fn. 49), S. 157 ff. sowie E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 1988, § 70, S. 625. Die Begrifflichkeiten variieren allerdings teilweise.

80 Vgl. dazu R. Dittus, *Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in den Ländern*, in: W. Blümel (Hrsg.), *Die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts*, 1984, S. 79, 90 f.; C. H. Ule, *Das Verwaltungsverfahren im Sozialgesetzbuch*, VSSR 8 (1980), S. 283, 286 f., 297, W. Kahl, in diesem Bande, S. 67, 129, m.w.Nachw.

81 Vgl. die Informationszugangsgesetze der Länder Brandenburg, Berlin, Schleswig-Holstein sowie den (zunächst gescheiterten) Entwurf für ein Informationsfreiheitsgesetz des Bundes vom 20. Dezember 2000; dazu siehe auch A. Scherzberg, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000; D. Kugelmann, *Die informatorische Rechtstellung des Bürgers*, 2001; A. Voßkuhle, *Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informa-*

tene Planfeststellungsverfahren wurde zwischenzeitlich so in das VwVfG einbezogen, dass darauf in bereichsspezifischen Sondergesetzen verwiesen werden kann und wird. Das für das Bau-, Immissionsschutz-, Wasser-, Abfall-, Atom- und Gentechnikrecht wichtige förmliche Genehmigungsverfahren ist demgegenüber nicht im VwVfG geregelt<sup>82</sup>, abgesehen von einzelnen, auf die Beschleunigung ausgerichteten Normen in § 71 a ff. VwVfG. Das Gesetz berücksichtigt insofern – so *R. Wahl* in seiner Kritik – etwas, das es an sich gar nicht regelt.<sup>83</sup> Auch schafft es keine verfahrensrechtlichen Vorgaben für die im Zuge der Beschleunigungsbemühungen geschaffenen Anzeige- bzw. Anmelde- und Freistellungsverfahren.<sup>84</sup>

Während das VwVfG typenarm ist<sup>85</sup>, findet sich in den bereichsspezifischen Sonderregeln eine große Typenvielfalt. Allerdings fehlt weitgehend eine rechtliche Systematisierung solcher Typen, die es erleichtern könnte, gemeinsame Strukturen herauszuarbeiten sowie Besonderheiten zu erkennen. Die Gründe der Heterogenität liegen nur zum Teil in den betroffenen Gegenständen; sie sind auch in der Kompetenzaufteilung zwischen EG, Bund und Ländern und darauf beruhenden Schwierigkeiten oder gar dem Fehlen einer hinreichenden Abstimmung<sup>86</sup> sowie in fachressortspezifischen (auch egoistischen) Ausrichtungen zu finden und werden durch die jeweils betroffenen Interessen und Interessenträger zum Teil massiv verteidigt, etwa um geschaffene Besitzstände nicht zu gefährden<sup>87</sup>. Insofern reicht es zur folgenreichen Korrektur nicht, in der Wissenschaft mit kritischer Absicht auf Doppelungen, Unübersichtlichkeiten oder Disfunktionalitäten hinzuweisen und ein stimmigeres System einzufordern. Allerdings liegt hier eine Aufgabe auch der Wissenschaft, die der Praxis zumindest Angebote einer Neustrukturierung unterbreiten kann. Maßgeblich bleiben aber die Gesetzgeber zur besseren Systematisierung und damit Kohärenz ihrer Regelungen aufgefordert.

tionsgesellschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 349, 378 ff. Speziell zur Umweltinformation siehe *D. König*, *Das UIG*, DÖV 2000, S. 45 ff.

82 Vorschläge zu Regelungsgegenständen finden sich bei *R. Wahl*, *Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im VwVfG*, demnächst in NVwZ 2002; siehe auch *W. Kahl*, in diesem Bande S. 67, 132 f.

83 Siehe *R. Wahl* (s. o. Fn. 82).

84 Zu ihnen siehe den Überblick über die Entwicklungen bei *K.-M. Orloff*, *Abschied von der Baugenehmigung – Beginn beschleunigten Bauens?*, NVwZ 1995, S. 112 ff.; *T. Gnatzky*, *Verfahrensliberalisierung im Bauplanungsrecht der Länder*, 1999, S. 193 ff.; *J.-C. Krüger*, *Anzeige-, Genehmigungsfreistellungs- und Kenntnisgabeverfahren im Bauordnungsrecht*, 2001.

85 S. auch *W. Kahl*, in diesem Bande, S. 132.

86 Siehe dazu *R. Wahl* (s. o. Fn. 82).

87 Zur Kritik siehe *R. Wahl* (s. o. Fn. 82); siehe auch *W. Kahl*, in diesem Bande S. 127 f.

## II. Exkurs: Art und Intensität staatlicher Aufgabenübernahme

Die ausstehenden Typisierungs- und Strukturierungsleistungen – die in einem Beitrag wie diesem nicht erbracht, wohl aber vorbereitet werden können – lassen sich auf Einsichten über die Arten und Intensitäten der staatlichen Aufgabenwahrnehmung stützen, die (auch) im Zuge der Diskussion um die Reform des Verwaltungsrechts erarbeitet worden sind. Hier sollen zur Erinnerung die entsprechenden Stichworte aufgelistet werden, die in den bisherigen acht Bänden der Schriftenreihe zur Reform des Verwaltungsrechts näher behandelt worden sind. Diese Stichworte verweisen nicht vorrangig auf rechtliche Institutionen und greifen nicht – jedenfalls nicht stets – auf rechtsdogmatisch sedimentierte Begriffe<sup>88</sup> zurück. Vielmehr handelt es sich um die Bündelung von Beschreibungen und um Systematisierungen, die Zusammenhänge verdeutlichen und die Aufmerksamkeit bei der Analyse von Leistungen und Leistungsdefiziten rechtlicher Regelungen auch auf nicht ausschließlich rechtlich geprägte Faktoren lenken und damit einen Suchprozess begleiten sollen, der auch auf das Erkennen und Verstehen neuartiger Problemlösungen zielt. Die Begriffe sind nicht als Rechtsbegriffe gedacht und nicht (ausschließlich) aus rechtsnormativer Sicht konzipiert, aber auf Verwendbarkeit in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ausgerichtet. Ihre Verwendung soll es erleichtern, die Einbettung des Rechts in ein größeres Bündel von Faktoren der Problem-entstehung und -lösung wahrzunehmen und zu verstehen, und zugleich helfen, die spezifische Leistungsfähigkeit – die Möglichkeiten und Grenzen – des Rechts erfassen zu können.

Die Herausarbeitung der größeren Zusammenhänge, die Umschreibung von Sichtweisen und von Tendenzen und die Nutzung von Schlüssel- und Brückenbegriffen<sup>89</sup> soll den Rahmen verdeutlichen, in dem die im vorliegenden Zusammenhang wichtige Prüfung erfolgt, ob und wie weit je spezifische Verfahrensarrangements mit dazu beitragen, die Leistungsfähigkeit rechtlicher Regelungen positiv (oder negativ) zu beeinflussen, die auf die je unterschiedlichen, beobachtbaren Erscheinungen bezogen sind. Die Stichworte sind in der verwaltungs- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskussion vor-

88 Die Kritik von C. Möllers, VerwArch 2002, 34 ff. respektiert diese Offenheit nicht, sondern stellt in Frage, ob solche Begriffe den Anforderungen rechtswissenschaftlicher bzw. juristischer Begriffsbildung entsprechen. Da jedenfalls nicht beabsichtigt ist, die hier verwendeten Begriffe für die Normensprache zu entwickeln, geht C. Möllers' Vorwurf der »Begriffsjurisprudenz« ohne »Geltungsgrund« ins Leere. Allerdings wird hier beansprucht, dass die Begriffe in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Verwendung finden können. Rechtswissenschaft ist zur Beschreibung und Analyse von Erscheinungen nicht auf die Begriffe der Normensprache begrenzt.

89 Zu den Schlüssel- und Brückenbegriffen s. A. Voßkuhle, »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), S. 185 ff.; H.-H. Trute, Verantwortungsteilung (s. o. Fn. 32) S.13 ff. Die Brückenbegriffe sind vor allem auf einen disziplinübergreifenden Diskurs angelegt.



rangig herausgearbeitet worden, um neue oder neu akzentuierte Dimensionen rechtlicher Regulierung und administrativen Verwaltungshandelns zu kennzeichnen. Die traditionellen Verfahrensregeln sind zu einem großen Teil noch nicht mit dem Blick auf sämtliche dieser Dimensionen entwickelt worden, so dass zumindest nicht ausgeschlossen ist, dass die bisherigen Rechtsregeln für manche der neueren Erscheinungen nicht oder nur begrenzt taugen.

## 1. Grundtypen der Regulierung

Der Abbau einseitig hoheitlicher Regulierung und die zunehmende Verlagerung der Aufgabenerfüllung auf gesellschaftliche (private) Akteure spiegelt sich in dem Versuch wider, das Verhältnis von hoheitlicher Regulierung und gesellschaftlicher Selbstregelung bei der Verfolgung von (auch) gemeinwohlrelevanten Zielen auf einer gleitenden Skala darzustellen und dabei folgende Punkte zu markieren:<sup>90</sup>

- hoheitliche Regulierung
- hoheitliche Regulierung mit selbstregulativen Elementen
- hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung
- gesellschaftliche Selbstregulierung
- (Selbstregulierung ohne Bezug auf Gemeinwohlerwartungen)

In dieser Auflistung wird der Begriff der (hoheitlichen) Regulierung – in Anlehnung an das angelsächsische Begriffsverständnis – auf Vorkehrungen zur Umsetzung von Gemeinwohlerwartungen<sup>91</sup> bezogen, erfasst also nicht jedwede rechtliche Regelung. Die am Ende der Übersicht aufgeführte, in Klammern gerückte Kategorie »reiner« Selbstregulierung soll verdeutlichen, dass es auch privatverantwortetes Handeln gibt, an das keine rechtlichen Gemeinwohlerwartungen außer der geknüpft sind, dass funktionierende Selbstregulierung der Gemeinschaft nützt.

## 2. Verantwortungsdimensionen – Verantwortungsverteilung

Dem auf Gemeinwohlbelange verpflichteten Staat ist eine bestimmte Rolle (im Sinne eines Bündels von an ihn gerichteten, größtenteils ihn verpflichtenden Erwartungen) bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zugeschrieben

90 Dazu siehe auch die Beiträge in Beiheft 4 der Zeitschrift *Die Verwaltung*: »Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates«, 2001. S. aber auch – zum Teil kritisch – A. Faber, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht*, 2001.

91 Dass auch rechtliche Gemeinwohlerwartungen nur auf offenen Gemeinwohldefinitionen beruhen können, betont zu Recht C. Engel, *Offene Gemeinwohldefinition, Rechtstheorie* 2001, S. 23 ff.



worden, und zwar durch die Rechtsordnung, aber nicht nur durch sie. Diese Erwartungen konstituieren ein – wie *Schuppert*<sup>92</sup> formuliert – »Mandat eines sachlich wie zeitlich entgrenzten Verwaltungshandelns«. Die rechtsnormativ, aber auch durch faktische Erwartungen an die Aufgabenerfüllung geprägte *Verwaltungsverantwortung*<sup>93</sup> kann durch den Staat allein oder im Zusammenwirken mit anderen (Privaten) wahrgenommen werden. Bei einem solchen arbeitsteiligen Zusammenwirken gibt es eine Gemengelage von (zum Teil unterschiedlichen) Erwartungen an den Staat einerseits und an die Privaten andererseits. Das Bündel dieser Erwartungen ist auf die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe bezogen. Die so verstandene Verantwortung kann in unterschiedlicher Intensität und auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein. Im Zuge der Diskussion zur Reform des Verwaltungsrechts sind insbesondere die folgenden Verantwortungsdimensionen herausgearbeitet worden.<sup>94</sup>

- Ergebnis- und Erfüllungsverantwortung, wahrgenommen insbesondere durch
  - Grenzsetzung
  - Schutz
  - Förderung
- Gewährleistungsverantwortung, wahrgenommen insbesondere durch
  - Rahmensetzungen
  - Strukturvorgaben
  - Verhaltensregulierung im Spielraumbereich rechtlicher Normen (Bereitstellung eines Korridors für rechtlich zulässiges Verhalten)
- Auffangverantwortung, wahrgenommen insbesondere durch
  - Eintritt des Staates bei Defiziten der Selbstregulierung
  - staatliche Auffangnetze zur Abfederung disfunktionaler Folgen der privaten Selbstregulierung.

92 *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (s. o. Fn. 15), S. 401.

93 Der Begriff der Verantwortung wird hier also nicht im Sinne ethischer Verantwortung genutzt (wie etwa bei *H. Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1979).

94 Dazu siehe *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze –, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert*, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. S. 1 ff, 43; *G. F. Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 415, 422 ff.; *W. Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 355 ff, 362 ff.; *E.-H. Ritter*, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 207 ff.; Zur Kritik am Verantwortungsbegriff siehe *H. C. Röhl*, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, *Die Verwaltung* 1999, Beiheft 2, S. 33, 39 ff., 45; *J. A. Kämmerer* (s. o. Fn. 27), S. 433 ff.

### 3. Handlungsmodi der Verwaltung

Wird auf den Modus hoheitlicher Aufgabenerfüllung gesehen, so sind insbesondere drei Typen zu unterscheiden.<sup>95</sup>

- imperatives Verwaltungshandeln
  - gebietend
  - verbietend
  - auf andere Weise Grenzen setzend
- stimulierendes Verwaltungshandeln
  - freisetzend/ermöglichend
  - fördernd
  - Struktur setzend
  - persuasiv/motivierend
- konsensuales Verwaltungshandeln
  - kooperativ
  - vermittelnd/moderierend<sup>96</sup>

### III. Ansätze der Typisierung des Verwaltungsverfahrens

Solche Unterteilungen und Systematisierungen des Verwaltungshandelns müssen ergänzt werden um die Herausarbeitung rechtlicher Verfahrenstypen. Insofern erscheint eine Strukturierung in analytischer Absicht hilfreich, die insbesondere zur Klärung der weiteren Frage beitragen kann, ob und wie weit unterschiedliche Verfahrenstypen auf identische Verfahrenselemente zurückgreifen können und wie weit Besonderheiten der Typen speziell auf sie abgestimmte Verfahrenselemente nahe legen. Die entsprechenden Vorarbeiten sind in der Literatur und in der Rechtsprechung noch keineswegs erfolgt. An analytische Abklärungen kann sich die weitere Prüfung anschließen, ob der Gesetzgeber neue Verfahrenstypen normativ ausgestalten soll und ob das VwVfG dafür der richtige Ort ist.

Analytische Typisierungen können an unterschiedliche Strukturelemente anknüpfen, ohne dass leicht erkennbar ist, welche sich am besten eignen. So bedarf noch weiterer Abklärung, ob und wie weit sich eine Typenbildung entlang der im Verwaltungsrecht verfolgten Aufgaben und Ziele (1) oder eher entlang der Instrumente der Problemlösung (2) empfiehlt.

<sup>95</sup> In ähnliche Richtung auch *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (s. o. Fn. 15), S. 138 ff. sowie *K. König/N. Dose*, Klassifikationsansätze zum staatlichen Handeln, in: dies. (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, 1993, S. 87 ff., die als Handlungsformen der Verwaltung regulative Programme, Anreizprogramme, Leistungsprogramme und persuasive Programme (sowie zusätzlich prozedurale Programme) unterscheiden.

<sup>96</sup> Ein Beispiel der Moderation findet sich in *W. Hoffmann-Riem*, Innovationssteuerung durch die Verwaltung, *Die Verwaltung* 2000, S. 155, 180.

## 1. Aufgabenorientierte Typisierung

*Voßkuhle*<sup>97</sup> befürwortet eine aufgabenorientierte Typisierung und arbeitet für die so ausgerichteten einzelnen Verfahrenstypen in sehr informativer Weise spezifische Strukturelemente heraus, die hier nicht im Einzelnen behandelt werden können. Er kommt zu drei tradierten und drei »neuen« Verfahrenstypen. Als Ausgangsbefund wählt er drei überkommene verfahrensrechtliche Grundtypen:

- Verfahren der schlichten Gefahrenabwehr
- Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung (z. B. Personalgenehmigungen)
- Verfahren der Anlagenzulassung (z. B. förmliche Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren).

Als »neue« Verfahrenstypen identifiziert er:

- Verteilungsverfahren (Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen), z. B. (als neue Typen):
  - Vergabe öffentlicher Aufträge
  - Versteigerung von Lizenzen und Frequenzen nach dem TKG
- Qualitätssicherungsverfahren (hoheitliche Gewährleistung der Einhaltung spezifischer Qualitätsstandards durch private Akteure), z. B.
  - Zertifizierungsverfahren (z. B. im Produktsicherheitsrecht oder bei elektronischen Signaturen)
  - Akkreditierungsverfahren
  - Audit-Verfahren
    - Umweltschutz-Audit
    - Datenschutz-Audit
- Risikoverfahren (Bewältigung gesteigerter Ungewissheitsbedingungen), z. B.
  - Gentechnikrecht

## 2. Typisierung auf Grund einer Zusammenschau von Aufgabe, Handlungsform und Intensität staatlicher Verantwortungsübernahme

Die folgende Übersicht ist demgegenüber stärker an den Handlungsformen und deren Verknüpfung mit Aufgaben sowie an den in den Aufgabenfeldern zum Teil je unterschiedlichen Intensitäten staatlicher Verantwortungsübernahme orientiert<sup>98</sup>:

<sup>97</sup> In diesem Bande, S. 277, 284.

<sup>98</sup> Es bedarf noch weiterer Klärung, ob diese – nicht abschließende – Systematisierung in angemessener Weise typische verfahrensrechtliche Probleme bündeln hilft. Ich gehe zwar davon aus, dass dies der Fall ist, habe aber die Einzelheiten nicht in der Gründlichkeit geprüft wie *A. Voßkuhle* (in diesem Bande, S. 277 ff.).

- Verfahren realer Leistungsbewirkung (z. B. Realakte im Rahmen sozialer Dienste oder als Beratung)
- Planungsverfahren (Fach- und Raumplanung)
- Zulassungsverfahren (Eröffnungskontrolle<sup>99</sup> unter Verzicht auf Auswahlentscheidungen), insbesondere
  - förmliche Genehmigungsverfahren
  - vereinfachte Genehmigungsverfahren
  - Freistellungsverfahren<sup>100</sup>
- Zuteilungsverfahren
  - Leistungsversprechen (Subventionen, Sozialleistungen) (Verteilung an Berechtigte, ohne Auswahl unter Knappheitsbedingungen)
- Auswahl- und Verteilungsverfahren (Eröffnungskontrolle verbunden mit einer Auswahl zur Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen), z. B.
  - Studienplatzvergabe; Verteilung von Standplätzen am Markt
  - vergleichende Lizenzerteilung (z. B. (§§ 20 ff. RStV)
  - Vergabeverfahren (bezogen auf öffentliche Aufträge z. B. § 97 ff. GWB; § 11 Abs. 6 TKG)
  - Versteigerungsverfahren (z. B. § 11 Abs. 4 TKG)
- Verfahren laufender Überwachung, z. B.
  - Bankaufsicht
  - Risikoaufsicht
- Gewährleistungsverfahren (Verfahren zur hoheitlichen Wahrnehmung der Gewährleistungs- und Auffangverantwortung in Bereichen gesellschaftlicher Selbstregulierung, etwa durch Mindestvorgaben an das Entscheidungsergebnis und durch die Bereitstellung und Überwachung von Verfahrensregeln, etwa zur Machtmäßigung u.ä.), z. B.
  - Zertifizierung und Akkreditierung
  - Audit-Verfahren (Umwelt- und Datenschutz-Audit)
  - Sicherung gesellschaftlicher Selbstregulierung in besonderen Bereichen, z. B. in der Kreislaufwirtschaft (§§ 16 ff. KrW-/AbfG)

#### IV. *Rechtlich geregelte Elemente des Verwaltungsverfahrens*

Das VwVfG sowie bereichsspezifische Gesetze (wie das UVPg) enthalten eine Reihe verfahrensrelevanter Vorkehrungen, die in der Literatur zum Ver-

99 Zur Eröffnungskontrolle (Anzeige, Anmeldung, präventive Kontrollen, repressive Ausnahmebewilligung) am Beispiel des Bau- und Umweltrechts, siehe z. B. R. Wahl, Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck, in: K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 237 ff.

100 Dazu z. B. V. Kreuziger, Die Genehmigungsfreistellung im Baurecht, 1997.

waltungsverfahrensrecht<sup>101</sup> eingehend dargestellt werden und deshalb im Folgenden nicht näher erläutert werden sollen. Sie zeigen ein reichhaltiges Arsenal verfahrensrechtlicher Institute. Die folgende Auflistung ist allerdings nicht schon übergreifend in systematischer Weise daraufhin gesichtet worden, wie weit die einzelnen Institute für alle Verfahrenstypen passen und wie weit es spezifische Ausprägungen bei einzelnen Verfahrenstypen gibt. Auch beansprucht die Aufzählung keine Vollständigkeit.

- Auswahl der Beteiligten i.w.S.
  - Betroffene
  - Dritte
  - andere Behörden
  - Experten
  - Öffentlichkeit
- Ausschreibung (z. B. § 8 BBG)
- Vorfeld-Interaktion (informelle Beratung im Vorstadium des offiziellen Verfahrens, Voranfragen u.ä.) (s. § 71 c Abs. 2 VwVfG)
- Initiative (Antragsrechte u.ä.)
- Anhörung: von Beteiligten (s. § 29 VwVfG) oder von Sachverständigen, Verbänden (§ 29 BNatSchG), Interessierten oder Jedermann
- Beratung/Auskunft (z. B. §§ 25, 71 c VwVfG)
- Vorausverfahren, Unterrichtung über den Untersuchungsrahmen u.ä. (z. B. § 5 UVPg, § 71 c Abs. 2 VwVfG)
- Erörterung (z. B. im Erörterungstermin nach § 73 Abs. 6 VwVfG)
- Mitwirkung an der Bereitstellung von Entscheidungsoptionen (Alternativenvergleich bei der UVP; Austausch des Mittels im Polizeirecht u.ä.)
- Einsichtnahme
  - in Verwaltungsvorschriften
  - in Sachakten
  - in die Software bei elektronischer Verwaltungsarbeit
- Verantwortlichkeit für die Beibringung von Tatsachen (etwa § 24 VwVfG: Untersuchungsgrundsatz, ergänzt um Mitwirkungsobliegenheiten der Beteiligten)
- Präklusion (z. B. § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG)
- (interne) Verwaltungskoordination bei der Beteiligung anderer Behörden und anderer Träger öffentlicher Belange<sup>102</sup>, auch: Sternverfahren und Antragskonferenzen (§§ 71 d, c VwVfG)

101 Siehe dazu insbesondere die Kommentarliteratur, etwa *F. Kopp/U. Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000; *K. Stelkens/H. J. Bonks/M. Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001.

102 Zu den verfahrensrechtlichen Problemen der Beteiligung der Träger öffentlicher Belange siehe *T. Siegel*, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001.

- Informations- und Amtshilfe (z. B. §§ 4 ff. VwVfG)
- Abwehr personeller oder institutioneller<sup>103</sup> Befangenheit (z. B. §§ 20 f. VwVfG)
- Verfahrensdokumentation (Protokolle; Dokumentation von informellen Kontakten)
- Auswahl von Optionen
- Unterrichtung von Konkurrenten (z. B. § 13 VgV)
- Begründung (z. B. § 39 VwVfG)
- Kundgabe – Veröffentlichung (z. B. § 43 VwVfG)
- Konzentration (z. B. § 75 VwVfG)
- Implementation (Überwachung, Sanktionierung u.ä.)
- Aufsicht/Prüfung

### *C. Ansätze einer Neukonzeption der Ordnungsidee des Verfahrensrechts und ihrer Umsetzung*

Viele der aufgelisteten Verfahrenselemente werden auch in der Zukunft bedeutsam bleiben und manche neuen mögen hinzukommen. Jedenfalls sind weitere Akzentveränderungen, Modifikationen und Ergänzungen sehr wahrscheinlich. Orientierungspunkte einer gegenüber der Zeit des Inkrafttretens des VwVfG gewandelten Verfahrenskonzeption sollen im Folgenden formuliert werden.

#### *I. Konzeptveränderungen*

Gegenüber dem ursprünglichen, vorrangig auf die Außenperspektive ausgerichteten Rechtsschutzkonzept des VwVfG scheinen insbesondere die folgenden acht Neuorientierungen wichtig zu sein, die in mehreren bereichsspezifischen Gesetzen auch schon aufgegriffen worden sind und in Zukunft durch Wissenschaft weiter vertieft und durch Rechtspolitik ausgebaut werden sollten.

103 Zur institutionellen Befangenheit vgl. *J. P. Schneider*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, DVBl. 2000, S. 1250 ff., 1260.

# 1. Ausrichtung des Verfahrensdenkens an der Handlungs- und Steuerungsperspektive des Rechts

Das Verwaltungsverfahren als Prozess einer rechtlich dirigierten, auf die Lösung eines spezifischen Problems ausgerichteten Wirklichkeitskonstruktion fordert ein Verfahrensrecht, das nicht nur von der Perspektive der Vermeidung bzw. Kontrolle möglicher Rechtsfehler her gedacht wird, sondern auf eine Handlungsperspektive ausgerichtet ist: Recht soll das Verhalten der Akteure (der Behörden und der privaten Beteiligten) prägen, und zwar mit dem Blick auf die oben (A. III. 3.) aufgelisteten unterschiedlichen Richtigkeitsmaßstäbe.

Die Ausweitung der Kontrollperspektive um die Handlungsperspektive der rechtlichen Regelungen erfordert ein Verständnis der Normen nicht nur als Kontroll-, sondern auch als Handlungsnormen. Verfahrenshandeln ist aber auch durch außernormative Faktoren geprägt – etwa durch Verwaltungskulturen, Usancen, Konzepte (»good practice«). Sie sind Teil des Handlungsprogramms. Das traditionelle Konzept des Verfahrens als Mittel zum vorgezogenen Rechtsschutz ist zwar weiterhin nicht falsch, aber sinnvoll nur als Teilelement eines weiter reichenden Konzepts<sup>104</sup>, das Verfahren übergreifend als Mittel zur Wahrung der rechtserheblichen Interessen versteht, soweit deren Verfolgung im Verfahren vorgesehen oder jedenfalls durch das Recht nicht untersagt (also ermöglicht) ist.<sup>105</sup>

Das Handlungsprogramm des Verwaltungsrechts ist auf das Bewirken von Wirkungen, also auf »Steuerung« ausgerichtet (Erreichung erwünschter und Vermeidung unerwünschter Wirkungen).<sup>106</sup> Soweit das Verwaltungsrecht unter Einschluss des Verfahrensrechts das Verhalten mit dem Ziel des Bewirkens von Wirkungen steuert, ist es »Steuerungsrecht«. Nimmt die Verwaltungsrechtswissenschaft diese Dimension in den Blick, wird sie zur Steuerungswissenschaft.<sup>107</sup>

Für eine entsprechende Steuerungsaufgabe können unterschiedliche Wirkungen (Folgen) bedeutsam sein, und zwar mehr als üblicherweise im Zuge der

104 Beschrieben in seinen Einzelheiten bei *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (s. o. Fn. 15), S. 801 ff.

105 Vgl. dazu auch *T. Württenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmenseetzungen für das Verwaltungshandeln?, *VVDStRL* 58 (1999), S. 139, 166 f.

106 Dies ist eine theoretisch zurückhaltende Definition des Steuerungsbegriffs. Die Antwort auf die Frage, wie weit die in den steuerungswissenschaftlichen Diskussionen der Sozial- und Wirtschaftswissenschaft benutzten Steuerungstheorien für die Rechtswissenschaft taugen, soll durch die Begriffsbildung nicht präjudiziert sein. Zu Ansätzen der Steuerungstheorie vgl. etwa *W. Hoffmann-Riem* (s. o. Fn. 16), S. 31 ff.

107 Dazu siehe *G. F. Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert* (s. o. Fn. 94), S. 65 ff.; *M. Schmidt-Preuß*, *DÖV* 2001, S. 45 ff.

bei der Rechtsanwendung »zugelassenen« Folgenberücksichtigung<sup>108</sup> thematisiert werden. Die möglichen Folgendimensionen betreffen:

- das Entscheidungsergebnis (Output)
- Wirkungen für die Adressaten und andere (Impact)
- Auswirkungen in dem erfassten gesellschaftlichen Bereich unter Einschluss von Präzedenzwirkungen für spätere Entscheidungsverfahren (Outcome).<sup>109</sup>

Wie weit diese Dimensionen auch verfahrenserheblich sind, bedarf der Klärung anhand der jeweils einschlägigen Rechtsnormen.

## 2. Abstimmung interner und externer Verfahrenselemente in einem integrierten Gesamtverfahren

Bei der Neukonzeption zu überwinden ist die Blickverengung des VwVfG auf die »nach außen wirkenden Tätigkeiten« bzw. auf die »Rechtswirkung nach außen gerichteter Akte« (§§ 9, 35 VwVfG): Auch die verwaltungsinternen Abläufe einschließlich der intra- und interbehördlichen Abklärungen und Abstimmungen können entscheidungs(ergebnis-)erheblich sein. Für die Verzahnung interner und externer Verfahrensweisen seien im Folgenden einzelne Beispiele aufgezählt, ohne damit jedoch Anspruch auf Vollständigkeit und Systematisierung zu erheben.

- Die Trennung beider Bereiche hat häufig faktisch in der Kommunikation und Interaktion der Behörde mit Beteiligten und sonstigen Betroffenen keine oder keine wesentliche Bedeutung, insbesondere nicht im Rahmen einer informellen Vorfeld- und Begleitinteraktion.<sup>110</sup>
- Die auf die Binnenreform der Verwaltung ausgerichteten Veränderungen in den Orientierungen der Beteiligten, die etwa mit dem Neuen Steuerungsmodell verbunden sind<sup>111</sup>, orientieren sich nicht an der Trennung.<sup>112</sup>

108 Zu der entsprechenden Diskussion um die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Folgen der Rechtsanwendung vgl. statt vieler *T. W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung, 1979; *N. Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 31 ff.; *M. Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995.

109 Zu den Begriffen Output, Impact und Outcome siehe *F. Nullmeier*, Input, Output, Outcome, Effektivität und Effizienz, in: B. Blanke et al (s. o. Fn. 34), S. 357 ff.

110 Zu deren Erscheinungsformen siehe *H. Bauer*, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, *VerwArch* 78 (1987), S. 241, 246 ff. Siehe auch *W. Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen (s. o. Fn. 25), S. 187, 191 ff.

111 Dazu vgl. den Beitrag von *J. Ziekow*, in diesem Bande, S. 349 ff.; *KGST-Bericht* 10/1996, S. 12 ff. sowie *H. Reinermann*, Neues Politik- und Verwaltungsmanagement: Leitbild und theoretische Grundlagen, *Speyerer Arbeitshefte* 130, 2000, mit ausführlichen Literaturhinweisen S. 135 ff.

112 Dies ist durch den für das Neue Steuerungsmodell prägenden Übergang von einer Output- zu einer Input-Steuerung bewirkt worden, siehe dazu auch *J. Ziekow*, Modernisierung des Verfahrensrechts (s. o. Fn. 45), S. 75 ff.



- Die gegenwärtig beobachtbare Ausweitung der Reformperspektive hin zu dem auch von der EG-Kommission verfolgten Konzept der »Good Governance« und der Koregulierung (siehe oben A. II. 4) fußt auf einer Verknüpfung der Binnen- mit der Außenperspektive.
- Auch die aktuell betriebene Umstellung der Verwaltung nach den Vorstellungen des Electronic Government<sup>113</sup> forciert das Zusammenspiel von internem und externem Verwaltungshandeln, indem relativ problemlose Vernetzungen von Kommunikationen aller Art ermöglicht werden. Die für die elektronische Kommunikation eingesetzte Software strukturiert Verfahrensabläufe und befördert Selektivitäten, ohne dabei zwingend zwischen der Innen- und Außenperspektive zu unterscheiden.
- Bei dem Einsatz verwaltungsintern konzipierter Qualitätssicherungssysteme – wie benchmarking<sup>114</sup> – können Elemente beim Qualitätsvergleich miteinander kombiniert werden, die bei einer Orientierung getrennt an Innen- und Außenaspekten unterschieden werden müssten.

### 3. Kooperative Ermittlung von Fakten, Werten und Optionen

Oben (A. III. 2.) war ausgeführt worden, dass Verfahren auf eine interaktive Vergewisserung über Fakten, Interessen, Ziele und Entscheidungsoptionen ausgerichtet sind. Durch den beobachtbaren Ausbau kooperativer Aufgabenerfüllung im Verwaltungsrecht<sup>115</sup> besteht ein Bedarf, die Interaktion am Kooperationsgedanken auszurichten.

Das traditionelle Verfahrensrecht kennt Regeln über die Ermittlung von Fakten (insbesondere die Sachverhaltsermittlung), zum Teil auch von Interessen und Werten (etwa durch Regeln über Partizipation, durch Beteiligung an einem Erörterungstermin)<sup>116</sup>, sehr begrenzt auch über die Mitwirkung an der Auswahl einer Entscheidungsoption (etwa im Rahmen eines Einigungsverfahrens<sup>117</sup>). Der Kooperationsgedanke kommt im Verfahrensrecht allerdings

113 Dazu siehe G. Britz, in diesem Bande, S. 213 ff.; M. Eifert, Electronic Government als gesamtstaatliche Organisationsaufgabe, in: ZG 2001, S. 115 ff.; B. Holznagel/C. Krahn/C. Werthmann, Electronic Government auf kommunaler Ebene – Die Zulässigkeit von Transaktionen im Internet, DVBl 1999, S. 1477 ff.; K. Lenk, Electronic Government als Schlüssel zu Innovation der öffentlichen Verwaltung, in: K. Lenk/R. Trauttmüller, Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik, 1999, S. 123 ff.; V. Boehme-Neßler, Electronic Government: Internet und Verwaltung, NVwZ 2001, S. 374 ff. Speziell zu der dafür wichtigen »Elektronischen Signatur« siehe L. Schreiber, Elektronisches Verwalten. Zum Einsatz der elektronischen Signatur in der öffentlichen Verwaltung, im Erscheinen, 2002.

114 Dazu siehe S. von Bandemer, Benchmarking, in: B. Blanke et al. (s. o. Fn. 34), S. 406 ff.

115 S. o. Fn. 33.

116 Vgl. etwa § 83 Abs. 6 VwVfG. Die Erhebung und Erörterung von Einwendungen kann jedenfalls zur Artikulation von betroffenen Interessen und maßgebenden Werten und gegebenenfalls zu dem Aushandeln über ihre Maßgeblichkeit führen.

117 Ein Beispiel ist § 26 Abs. 4 RStV. Die amtliche Begründung zu diesem Staatsvertrag (S. 20) sieht ausdrücklich vor, dass der von Vorschlägen der KEK – Kommission zur Ermittlung

nur begrenzt zum Ausdruck; auch dort, wo kooperative Verfahren vorgesehen sind (z. B. § 26 Abs. 4 RStV), gibt es meist keine darauf bezogenen besonderen Verfahrensregeln. Das Defizit sei am Beispiel der Sachverhaltsermittlung verdeutlicht, im Übrigen aber angemerkt, dass entsprechende Überlegungen auch für die Ermittlung von Werten bzw. Zielen und Optionen angezeigt sind.

Der vorrangig am überkommenen Modell ordnungsbehördlicher Eingriffe, insbesondere der Gefahrenabwehr, orientierte Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) ist durch das Modell eines hierarchisch in Subordinationsbeziehungen handelnden Staates geprägt.<sup>118</sup> Soweit dieses Modell im kooperativen Staat überholt ist, müssen an ihm orientierte Institute des Verfahrensrechts auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. Dies gilt auch für das über den Untersuchungsgrundsatz vermittelte Konzept staatlich dominierter Sachverhaltsermittlung. Dieses passt nicht bruchlos für Antrags- und Verteilungsverfahren, erst recht nicht für Verfahren kooperativer Risikoermittlung und -bewältigung sowie der Qualitätssicherung. Die insbesondere bei komplexen Verfahren feststellbare starke Abhängigkeit der Verwaltungsbehörde von der Kooperation Betroffener bei der Sachverhaltsbeibringung<sup>119</sup> kommt ebenso wenig in angemessener Weise in den Blick wie das vielfach praktizierte Aushandeln der als maßgeblich für das weitere Verfahren zu Grunde gelegten Sachverhaltsbefunde.<sup>120</sup> Das VwVfG ordnet die Mitwirkung der Beteiligten zwar im Zuge einer Obliegenheit in das Verfahrensrecht ein (vgl. § 26 Abs. 2 VwVfG), ohne jedoch hinreichend zu berücksichtigen, dass die Mitwirkung für die Beteiligten nicht nur eine Last, sondern auch eine Einflusschance vermittelt. Damit aber geraten die Bedingungen »erfolgreicher« (die Durchsetzung der eigenen Interessen sichernder) Einflussnahme nicht gesondert in den Blick und es fehlen Vorkehrungen zur Sicherung der Chancengleichheit für alle Beteiligten, also gegebenenfalls auch zur Reaktion auf Machtasymmetrien.

Befangen in der Vorstellung einer das Verfahren, insbesondere die Sachverhaltsermittlung, dominierenden Verwaltungsbehörde gibt es im VwVfG beispielsweise keine speziellen Vorkehrungen dafür, wie mit der faktischen Informationsherrschaft Privater umzugehen ist, etwa wenn nur die betroffenen

der Konzentration im Medienbereich – zur Sicherung der Meinungsvielfalt betroffene Veranstalter eigene Vorschläge unterbreiten kann; näher zu der Regelung des § 26 Abs. 4 RStV siehe *W.-D. Ring*, Rundfunkstaatsvertrag, Kommentar, Stand Januar 2001, Rn. 26 ff. zu § 26; in der Einleitung zur Kommentierung des § 26 RStV ist auch die amtliche Begründung abgedruckt.

118 Dazu siehe *M. Holoubek*, in diesem Bande, S. 193 ff.

119 Dazu siehe *T. Groß*, Die Alternativenprüfung in der Umweltverträglichkeitsprüfung, NVwZ 2001, S. 513 ff.

120 Dazu siehe *R. Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann/G. F. Schuppert* (s. o. Fn. 94), S. 219, 286 ff; *H. Bossong*, Der Sozialstaat am runden Tisch, Die Verwaltung 2001, S. 145 ff.

Unternehmen über das zur Risikoabwehr notwendige Wissen verfügen, dessen vollständige Bereitstellung aber belastende Verwaltungsmaßnahmen für sie auslösen könnte. Die Fähigkeit zur Ermittlung des Sachverhalts kann durch Machtasymmetrien gekennzeichnet sein, die nicht nur im Verhältnis zwischen Verwaltung und Privaten, sondern auch zwischen unterschiedlichen privaten Beteiligten bestehen können. Die mit der Abhängigkeit der Behörde von der Kooperation einflussreicher Parteien verbundene faktische Privatisierung der Tatsachenbeibringung wird durch die rechtliche Einbettung der Sachverhaltsermittlung in das überkommene Konzept des Untersuchungsgrundsatzes verdeckt.

In bereichsspezifischen Gesetzen – wie etwa dem UVP-Gesetz, der 9. BImSchV, und in dem Recht der Qualitätssicherungsverfahren oder dem von Risikoverfahren (Produktsicherheitsverfahren, Gentechnikrecht) – wird dem kooperativen Zusammenwirken bei der Sachverhaltsermittlung zwar schon auf vielfältige Weise Rechnung getragen. Die Verantwortung der Privaten für die Sachverhaltsbeibringung wird beispielsweise ausdrücklich anerkannt. Ein System arbeitsteiliger Informationsermittlung tritt insofern an die Stelle der reinen Amtsermittlung. Die behördliche Tätigkeit ist in vielem auf eine nur »nachvollziehende« Amtsermittlung umgestellt worden.<sup>121</sup> Noch aber drängt sich nicht der Eindruck auf, dass die entsprechenden Normen in ein stimmiges Konzept kooperativer Informationsaufnahme eingebettet sind und schon hinreichend geklärt ist, ob es einer Mitverantwortung Privater auch hinsichtlich der Gemeinwohlinteressen bedarf. Erst recht fehlt die gebotene rechtliche Reaktion auf den Befund kooperativer Informationsaufnahme in den allein vom VwVfG erfassten Verfahren.

#### 4. *Spielraum- und Optionenorientierung des Verfahrensrechts*

Das allgemeine Verfahrensrecht sieht zwar, respektiert aber noch zu wenig, dass es im materiellen Recht vielfältige Spielräume gibt (siehe oben A. III. 1.) und dass die Mitwirkung der Beteiligten an dem Auffinden und der Auswahl der letztlich maßgebenden Option ein wichtiger Bestandteil eines Verfahrens ist, das in dem durch rechtliche Grenzen markierten Korridor mithelfen soll, unterschiedliche Möglichkeiten der komplexen Interessenberücksichtigung zu identifizieren und die Entscheidung auf eine einzige Option zu konzentrieren. Die Suche nach Alternativen einer von einzelnen Beteiligten unerwünschten Lösung, der Vergleich der Vor- und Nachteile einzelner Optionen und gegebenenfalls auch Vorkehrungen zum Austausch einer zunächst gewählten Option (vgl. schon herkömmlich: § 4 HmbSOG) sollten in eine optio-

121 Dazu siehe J. P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991.

nenorientierte Ordnung (auch Dogmatik) des Verfahrensrechts integriert werden. Wenn beispielsweise ein Einigungsverfahren im Schatten der Drohung mit einer beim Scheitern verfügbaren einseitigen hoheitlichen Entscheidung vorgesehen ist (vgl. § 26 Abs. 4 Satz 3, 4 RStV), dann dürfte das Verfahren dem Typ nach weit entfernt von dem in § 9 VwVfG geregelten sein. Kennzeichnend dürfte die Suche nach Optionen sein, die sowohl dem hoheitlichen Anliegen (im Beispiel der Konzentrationsbekämpfung im Rundfunk) als auch den Interessen der betroffenen Privaten (hier der Rundfunkveranstalter) gerecht werden. Angesichts der mittelbar betroffenen Interessen anderer Privater (Rundfunkveranstalter), aber auch der Allgemeinheit (Interesse an der Sicherung von Meinungsvielfalt) ist auch zu fragen, ob Sonderregeln für die Beteiligung weiterer Akteure angezeigt sind, um zu verhindern, dass bei dem Aushandeln eine Option gewählt wird, die zu nah an den Interessen des direkt betroffenen Privaten (Rundfunkveranstalters) ausgerichtet ist.

## 5. *Management von Interdependenzen*

Oben (A. III. 2.) sind einzelne in der Rechtsordnung vorgesehene Institute der Segmentierung komplexer Verwaltungsentscheidungen erwähnt worden (gestuftes Verfahren, Teil- und Vorabentscheidungen u. ä.). Durch die Aufspaltung und Abschichtung von Entscheidungsteilen soll die Handhabbarkeit der Problemlösung erleichtert werden. Solche Vorkehrungen verstehen sich auch als Beitrag zur Sicherung der Steuerungstauglichkeit des Rechts. Sie können sich aber auch als disfunktional erweisen, etwa wenn durch sie die Komplexität zu stark reduziert wird und insbesondere sachlich gebotene Verknüpfungen vernachlässigt werden. Wird in der Folge bei der Teilentscheidung nicht in hinreichender Weise darauf Rücksicht genommen, dass sie mittelbar die Möglichkeit angemessener Berücksichtigung von Interessen vereiteln kann, die erst in einem späteren Entscheidungsabschnitt zum Tragen kommen können, drohen wichtige Aspekte verkürzt zu werden.<sup>122</sup> Das Risiko disfunktionaler Unterkomplexität ist früher beispielsweise unter Hinweis auf problematische Zwangspunkte für spätere Teilentscheidungen diskutiert worden<sup>123</sup>, etwa bei der Verkehrswegeplanung.

Auf die Vorteile von Abschichtungen in sachlicher und zeitlicher Hinsicht kann häufig allerdings nicht verzichtet werden.<sup>124</sup> Die damit verbundenen Ri-

122 Vgl. dazu E. Kutscheidt, Das gestufte Genehmigungsverfahren – Glanz und Elend eines Rechtsinstituts, in: Festschrift für H. Sandler, 1991, S. 303, 307 ff.

123 Vgl. etwa BVerwGE 24, 23, 28 sowie BVerwGE 45, 309, 321; W. Hoffmann-Riem, Selbstbindungen (s. o. Fn. 25), S. 187, 219 ff.

124 Insofern spricht C. Möllers, VerwArch 2002, S. 40 von der »pragmatischen Tugend des Verwaltungsrechts, immer nur Teile des Verwaltungshandelns erfassen zu können«. Die Bewertung der Selektivität als Tugend (und die stärkere Verrechtlichung als »Not«) setzt Kriterien für die Klärung voraus, welcher Teil denn normativ notwendig zu erfassen ist und ob die Segmentierung und Selektivität der Zielerreichung förderlich ist.

siken können vermieden werden, wenn es ein übergreifendes Vernetzungsmanagement gibt. Ein solches ist auch jenseits segmentierter Entscheidungsschritte wichtig, wenn verschiedene Probleme so miteinander verknüpft sind, dass vernetzte Entscheidungen angemessenere Lösungen versprechen. Dies nimmt die Rechtsordnung durchaus zur Kenntnis, wie etwa die Rechtsinstitute der Konzentrationswirkung und der Präklusion zeigen.<sup>125</sup>

Die vorhandenen Instrumente der Entscheidungssegmentierung sowie -vernetzung gehören gleichwohl auf den Prüfstand hinreichender und fortwährender Tauglichkeit. Dazu nötigt auch der Übergang zum E-Government<sup>126</sup>, das computergestützt neuartige Entscheidungsnetzwerke ermöglicht (siehe unten C. II. 3.).<sup>127</sup> Im Zusammenhang der neuen Möglichkeiten elektronischer Verwaltungsarbeit wird es auch wichtig sein, das Datenschutzrecht aus seiner Perspektive als Recht zur Abwehr von Gefährdungen durch Datengebrauch zu lösen und es verfahrensrechtlich zu einem Informationsverkehrsrecht auszubauen, das auf die Funktionsfähigkeit informationsgestützter Problemlösungsverfahren ausgerichtet ist.<sup>128</sup>

## 6. Schaffung von Orientierungen auch in nicht förmlichen Verfahren

Die in § 10 VwVfG für den Standardfall vorgesehene Nichtförmlichkeit des Verfahrens erlaubt Flexibilisierungen, darunter auch reflexive Mechanismen in der Verfahrensgestaltung. Diese Norm ist daher stets eine wichtige Vorkehrung zur Sicherung der Anpassungsflexibilität des Verwaltungsvorgangs gewesen – wie besonders deutlich an der Diskussion um informelle Verfahren geworden ist (dazu siehe auch unten C. II. 4.). Der Grundsatz der Nichtförmlichkeit hat auch Möglichkeiten für die Beteiligten geschaffen, um im Verfahren zu »lernen« und bei der Wahrnehmung von Verfahrensdefiziten umzusteuern.

Eine derart offene Norm schafft Möglichkeiten, gibt aber darüber hinaus keine Orientierungen. Die nähere Ausfüllung bleibt daher insbesondere der Verwaltung überlassen, die sich über Verwaltungskulturen und -stile, über Usancen oder Verwaltungsvorschriften Orientierungshilfen zu verschaffen

125 Zu ihnen siehe *M. Schmidt-Preuß*, Möglichkeiten und Grenzen reduzierter Regelungsgehalte von Parallelgenehmigungen, DVBl. 1991, S. 229 ff.; *H.-W. Laubinger*, Der Umfang der Konzentrationswirkung der Planfeststellung, VerwArch 77 (1986), S. 77 ff.; *J. Fluck*, Die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und ihre Grenzen, NVwZ 1992, 114; *K. Brandt*, Präklusion im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1997, S. 33 ff.; *H. C. Röhl/C. Landenburger*, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997.

126 S. o. Fn. 113.

127 Dazu siehe den Beitrag von *G. Britz*, in diesem Bande.

128 Dazu siehe *W. Hoffmann-Riem*, Voraussetzungen der Informationsfreiheit, in: Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg (Hrsg.), Dokumentation internationales Symposium Informationsfreiheit, 2001, S. 23 ff.

sucht. Damit verbunden können Risiken administrativer Fehlsteuerung sein, die – anders als bei der Schaffung förmlicher Normen – keiner systematischen öffentlichen Kontrolle ausgesetzt ist. Auch wenn die angemessene Antwort auf Risiken der Nichtförmlichkeit nicht in einer Verrechtlichung als Formalisierung des zuvor Nicht-Förmlichen bestehen kann<sup>129</sup>, bleibt die Suche nach Alternativen einer angemessenen Rückbindung informalen Verhaltens an rechts- und sozialstaatliche sowie demokratische Standards, etwa durch Prozeduralisierung, aufgegeben.

In diesem Rahmen sind auch Vorkehrungen für ein problemadäquates Verfahrenslernen wichtig. Abzuklären ist insbesondere, ob und wie weit Verfahrenslernen rechtlich strukturiert werden kann oder ob es besser ist, es vorrangig in Verwaltungskulturen zu verankern und daher die Fähigkeit zum lernenden Verwaltungshandeln weniger durch Recht als durch Ausbildung, Leitbilder<sup>130</sup> u. ä. abzusichern.

## 7. Modifikationen im Fehlerregime

Die Fehlerlehre (siehe insbesondere §§ 45 f. VwVfG) ist vorrangig am Konzept der Ergebnis(un-)richtigkeit orientiert. Ist im Verwaltungsrecht tendenziell eine Abkehr von der Konditional- zur Ziel- und Konzeptsteuerung zu beobachten<sup>131</sup>, dann hat dies Konsequenzen für die Fehlerdefinition und die Art der Fehlerbereinigung. Auf der Ebene der Fehlerdefinition werden verstärkt Verfahrensfehler als rechtlich erheblich auch für das gefundene Entscheidungsergebnis einzuordnen sein. Die Antwort des VwVfG auf Fehler zeigt aber, dass ihm ein Verfahrenskonzept zu Grunde liegt, das Verfahren in erster Linie auf vorgezogenen Rechtsschutz ausrichtet und nicht als übergreifenden Richtigkeitsgaranten einordnet.<sup>132</sup> Die Heilung von Verfahrensfehlern durch deren nachträgliche Bereinigung (vgl. § 45 Abs. 1 VwVfG) trägt das Risiko in sich, dass die nachgeholte Verfahrenshandlung angesichts des zwischenzeitlich erfolgten Verfahrensfortschritts, regelhaft seines Abschlusses, gar nicht mehr folgenreich auf den Prozess der Wirklichkeitskonstruktion wir-

129 Dazu siehe aus der Literatur M. Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff., 176. Vgl. auch H. Bauer (s. o. Fn. 110), S. 241, 258 f.; W. Brohm, VVDStRL 40 (1982), S. 274 f.; C. Möllers, VerwArch, 2002, S. 35.

130 Zur Bedeutung von Leitbildern und ihren Funktionen siehe M. Dierkes/U. Hoffmann/L. Marz, Leitbild und Technik, 1992; M. Dierkes/W. Canzler, Innovationsforschung als Gegenstand der Technikgenese-forschung, in: W. Hoffmann-Riem/J. P. Schneider (s. o. Fn. 35), S. 63, 66 ff.; J. Karstens, Rechtliche Steuerung von Umweltinnovationen durch Leitbilder: Leitbilder als materieller Kern von regulierter Selbstregulierung, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (s. o. Fn. 31), S. 50 ff.

131 S. o. Fn. 45.

132 S. o. I, III, 1; zur Kritik daran siehe G. F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft (s. o. Fn. 15), S. 802; R. Wahl (s. o. Fn. 49), S. 160 ff.

ken kann. Dies ist nahezu ausgeschlossen, wenn die Verfahrenshandlung erst vor Gericht nachgeholt wird, erst recht, wenn dies in der Revisionsinstanz geschieht.<sup>133</sup> § 45 Abs. 2 VwVfG hat zu einer Umpolung des Verhältnisses der Administrative zur Judikative geführt, indem der Rechtsprechung Aufgaben übertragen wurden, die genuin in das verwaltungsbehördliche Verfahren gehören. Soweit die Rechtsordnung im Verwaltungsrecht Spielräume vorsieht und das Verwaltungsverfahren als Richtigkeitsgaranten bei der Spielraumausfüllung einsetzt, kann es nicht Aufgabe eines Gerichts sein, seine Einschätzung über die Art der Spielraumausfüllung und damit über das zu findende Ergebnis – die in einem verwaltungsbezogenen Entscheidungsverfahren gewonnen werden – anstelle der der Verwaltung maßgebend werden zu lassen. Wird das Verwaltungsverfahren weniger an seiner (dem vorgezogenen) Rechtsschutz dienenden Funktion und mehr an dem Konzept der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren orientiert, dann sind Vorkehrungen dafür wichtig, dass Fehler im Verwaltungsverfahren vom Gericht zwar sanktioniert, die Fehlerbereinigung aber in das Verwaltungsverfahren zurückgegeben wird.<sup>134</sup>

Für die Zukunft sollte auch geklärt werden, ob der Optionenreichtum des Rechts nicht auch stärker bei der Bereinigung von Fehlerfolgen genutzt werden kann. Es überzeugt nicht, Optionenreichtum zwar allgemein in der Rechtsordnung vorzusehen und eine Verfahrensbeteiligung zum Teil sogar bei der Optionenwahl einzuräumen, dies aber nicht mehr zu respektieren, wenn ein Fehler zu korrigieren ist. So kann es angezeigt sein, statt des relativ starren Fehlerfolgenregimes der §§ 44 ff. VwVfG vermehrt Möglichkeiten für kooperative Formen der Bewältigung von Fehlerfolgen vorzusehen. Ein optionenorientiertes Recht<sup>135</sup> sollte daher um Möglichkeiten einer optionenorientierten Fehlerbereinigung ergänzt werden.

## 8. Erweiterung des Legitimationskonzepts

Das im Denken in einer linear vom Parlament zur Verwaltung reichenden Legitimationskette verhaftete Konzept demokratischer Legitimation des Ver-

133 Nach der Novellierung des § 45 Abs. 2 VwVfG ist eine Fehlerheilung in der Revisionsinstanz nicht mehr möglich (siehe 3. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften v. 21. August 2002, BGBl. I, S. 3322). Dies trägt dem Charakter von Revisionsverfahren Rechnung. Diese Novellierung allerdings reicht noch nicht, um die verwaltungsbehördliche Primärverantwortung für die Einhaltung von Verfahrensregeln und damit die Richtigkeitsgewähr durch die spezifischen im Verwaltungsverfahren maßgebenden Faktoren zu aktivieren.

134 Eine von vielen möglichen Ideen dazu ist die einer Fehlerkorrektur durch die Verwaltung, aber unter gerichtlicher Mediation – siehe dazu J. Ziekow, Modernisierung des Verfahrensrechts (s. o. Fn. 45), S. 83; K.-M. Ortloff, Rechtspsychologie und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, NVwZ 1995, S. 28, 29 – oder jedenfalls gerichtlicher Supervision.

135 Siehe dazu W. Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 52 ff.; ders., Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionernennen, DVBl 1994, S. 605 ff.



waltungshandelns sollte darauf umgestellt werden, ein angemessenes Legitimationsniveau unter Einbau einer Vielfalt legitimierungssichernder Faktoren zu sichern (siehe schon oben A. II. 4.). Legitimationssicherung durch Legalität bleibt in einem Rechtsstaat zwar wichtig, reicht aber nicht, wenn anerkannt wird, dass Handeln nicht nur durch rechtliche Vorgaben (insbesondere Grenzen) geprägt ist und dass die verwaltungsrechtliche Problemlösung auf die Verarbeitung von Interessenkonflikten zielt, deren Ergebnis häufig über den Einzelfall hinaus wirkt (Relevanz auch von Impact, Outcome, siehe oben C. I. 1.). Deshalb werden zusätzlich zur Legalität weitere Legitimationsfaktoren wichtig, die auf die Ausdifferenzierung von Problemlagen und -lösungen, die Vernetzung der Problembewältigung, die Optionenoffenheit rechtlicher Regelungen und die Vielfalt und Vielzahl legitimationsrelevanter Akteure (unter Einschluss von Verbänden, Sachverständigen u.ä.) ausgerichtet sein können (z. B. Öffentlichkeit als Mitgestalter und Mitkontrolleur; Effizienz als Legitimationsfaktor für den Ressourceneinsatz u.ä.).

Legitimationserheblich sind auch Vorkehrungen zum Umgang mit Machtasymmetrien, insbesondere zur Machtmäßigung bei der Interessendurchsetzung, und zwar nicht nur bei dem formalen Zugang zum Verfahren (der Beteiligung an den formalen und informalen Elementen des Verfahrens), sondern auch beim »materiellen« Zugang, nämlich als Möglichkeit, im Rahmen des normativ Zugelassenen folgenreich auf die Wahrnehmung von Interessen, die Wertekonkretisierung und das Finden von Optionen einzuwirken. Beteiligung hat nicht nur als Element demokratischer Partizipation legitimierungsermöglichende Bedeutung, sondern auch als Beitrag zur Entscheidungsrichtigkeit. Ein in diesem Sinne legitimierungssicherndes Verfahren ist eine »normative Ordnungsidee«<sup>136</sup>, auf die das Verfahrensrecht stärker ausgerichtet sein sollte.

## II. *Aufmerksamkeitsfelder verfahrensrechtlicher Dogmatik und Kodifikation (Auswahl)*

Bei einer Neukonzeption ist auch zu prüfen, ob das Verfahrensrecht hinreichend auf die schon erfolgten Veränderungen (s. etwa oben A. II. 3, 4) und die jeweiligen Handlungsarenen abgestimmt ist. Insoweit scheint es wichtig zu sein, die Weiterentwicklung der Dogmatik und das Herausarbeiten von Kodifikationsbedarf sowie darauf eventuell aufbauende Neuregelungen verstärkt auf die folgenden zwölf Aufmerksamkeitsfelder zu beziehen, ohne dass damit eine Exklusivität angedeutet sein soll. Bei der Betrachtung wird sich zeigen, dass bestimmte Fragen in mehreren der Aufmerksamkeitsfelder auftauchen,

<sup>136</sup> Zu diesem Begriff siehe umfassender E. Schmidt-Aßmann (s. o. Fn. 47).



so dass zugleich Ansätze für übergreifende Regelungen – einbezogen etwa in einen Allgemeinen Teil des Verfahrensrechts – bestehen.

## 1. Europäisierung

Die durch die europäische Integration ausgelösten Veränderungen des Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrechts wirken in fast alle Bereiche des Verwaltungshandelns hinein.<sup>137</sup> Sie müssen in der Zukunft stets mitberücksichtigt werden<sup>138</sup>, ohne dass es sachgerecht wäre, sie jeweils als Sonderthema abzuschichten.<sup>139</sup> Die europäische Integration hat europarechtliche Impulse und Rechtsfiguren zu integralen Faktoren auch des deutschen Rechts werden lassen.<sup>140</sup> Beispiele unter mehreren sind Vorkehrungen zum Informationszugang – ein nationales Ergebnis ist das Umweltinformationsgesetz – oder zur verstärkten Nutzung von Öffentlichkeit, etwa über Berichtspflichten der Verwaltung. Europäisches und nationales Recht sind stark miteinander verzahnt<sup>141</sup> und es kommt zunehmend zu einem Wettbewerb der Rechtsordnungen.<sup>142</sup>

Der Verwaltungsvollzug liegt grundsätzlich bei den Mitgliedsstaaten.<sup>143</sup> In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist der Grundsatz der (relativen) Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten<sup>144</sup> besonders bedeutsam. Soweit es keine EG-Vorgaben in verfahrensrechtlicher Hinsicht gibt, sind die Verfahrensregeln des innerstaatlichen Rechts maßgebend. Daneben gibt es ein besonderes Verfahrensrecht als Bestandteil des europäischen Verwaltungsrechts unter Einschluss des Rechts der Eigenverwaltung der EG-Organen (s. insbesondere

137 Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts siehe die Nachweise oben Fn. 28.

138 *W. Kahl* in diesem Bande, S. 112, bezeichnet das europäische Recht als »tendenziellen Kodifikationsbrecher«.

139 Dementsprechend wird in diesem Bande davon abgesehen, einen speziellen Einzelbeitrag zum Europarecht und zu dessen Einflussnahme auf das deutsche Verfahrensrecht aufzunehmen.

140 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 28. Speziell zur »Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes« siehe *P. M. Huber*, BayVBl 2001, S. 577 ff. S. ferner *Schmidt-Aßmann*, in diesem Bande.

141 Speziell zum Problem des Verwaltungsvollzugs, an einem Beispiel, siehe etwa *M. Brenner*, Das Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit und das System des europäischen Verwaltungsvollzugs, ZLR 2001, S. 359 ff.

142 Vgl. *K.-H. Ladeur*, Konflikt und Kooperation zwischen dem europäischen Umweltrecht und dem allgemeinen Verwaltungsrecht der Mitgliedsstaaten, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2001, S. 221, 258.

143 Siehe etwa *E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 47), S. 307 ff.; *H.-W. Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977, S. 10 f.; *W. Pühs*, Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 73 ff.; *R. Stettner*, Verwaltungsvollzug, in: *M. A. Dausen* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts. Band 1, 1999, B. III., Rn. 11 ff.

144 Zu Einschränkungen der Autonomie s. EuGHE 1999, S. 579, 611.

Art. 253-255 EG-Vertrag). Darauf kann hier nur verwiesen, nicht aber näher eingegangen werden.<sup>145</sup>

Für den nationalen Rechtsraum sind transnationale Verwaltungsakte von zunehmender Bedeutung.<sup>146</sup> Gemeint sind mitgliedstaatliche Verwaltungsakte, insbesondere über die Zulassung von Produkten, das Bestehen von Prüfungen oder die Gestattung von Projekten, die nach EG-Recht in den anderen Mitgliedsstaaten anzuerkennen sind. Derartige Verwaltungsakte sollen durch gegenseitige Anerkennung in den anderen Staaten Transnationalität erlangen<sup>147</sup>, sei es durch eine ausdrückliche Bestätigung seitens des Mitgliedsstaates oder unmittelbar durch Rechtsakte der EG. Ein anderes Beispiel ist die Transnationalität unter Prüfungsvorbehalt, bei der einzelne Prüfungsfragen der mitgliedstaatlichen Entscheidung überlassen bleiben.<sup>148</sup> Auch wenn sich die Rechtmäßigkeit anerkannter transnationaler Verwaltungsakte – etwa im Produktsicherheitsrecht – nach dem Recht des den Akt erlassenden Staates richtet – so bei Verwaltungsakten unter Prüfungsvorbehalt –, kann es in den anderen von dem Akt betroffenen Staaten durchaus verfahrensrelevante Regeln geben, etwa über Informationen als Grundlage nachfolgender Überprüfung und über deren Durchführung.

Ausgehend von der Einsicht in die Relevanz des Verfahrens für die Entscheidungsrichtigkeit ist anzunehmen, dass die im Herkunftsland durchgeführten Verfahren Einfluss auf den Inhalt des Verwaltungsaktes gewonnen haben, so dass sie sich auch darauf auswirken, welche Verwaltungsentscheidung nun in dem anderen Staat maßgeblich wird. Die Auswirkungen der je gleichen Entscheidung können in verschiedenen betroffenen Staaten unterschiedliche sein – dies auch als Folge der andersartigen Rahmenbedingungen der jeweiligen Rechtsordnung. Die Maßgeblichkeit des Rechts des erlassenden Staates kann sich als Hindernis einer auch für die anderen betroffenen Staaten angemessenen Problemlösung erweisen. Unterschiedliche Einschätzungen über die Richtigkeitserheblichkeit von Verfahrenselementen und -fehlern können daher mitursächlich für Defizite auch bei der Gemeinwohlsicherung werden.

145 Näher dazu die Beiträge in *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.) (s. o. Fn. 92); *E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 47), S. 29 ff., 307 ff. sowie die Nachweise bei *W. Kahl*, in diesem Bande, S. 113 ff.

146 Zu ihnen siehe *V. Neßler*, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, Diss. Heidelberg 1994; *ders.*, Der transnationale Verwaltungsakt – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, S. 863 ff.; *U. Fastenrath*, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger unter dem Einfluss des europäischen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 1998, S. 277, 301 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 1993, S. 934 ff.; *S. Kadelbach* (s. o. Fn. 28), S. 328 ff.; *J. Becker*, Der transnationale Verwaltungsakt, DVBl 2001, S. 855 ff.

147 Zu den möglichen Konstruktionen siehe *S. Kadelbach* (s. o. Fn. 28), S. 328 ff.

148 Z. B. bei der Anerkennung von Diplomen, siehe dazu die Belege bei *J. Ziekow*, Wirtschaft und Verwaltung in den Herausforderungen der Zukunft, in: *J. Ziekow* (Hrsg.), Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, 2000, S. 9 ff., 26, Fn. 62. Zur Konstruktion der Bindungswirkung vgl. *J. Becker* (s. o. Fn. 146) S. 857 ff.

## 2. Normsetzung einschließlich Standardisierung

Die administrative Normsetzung ist bisher kein Gegenstand des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts.<sup>149</sup> Die traditionellen Formen administrativer Normsetzung – Verordnung und Verwaltungsvorschrift<sup>150</sup> – werden gegenwärtig insbesondere durch Pläne<sup>151</sup> und vor allem die Schaffung von Standards und technischen Regelwerken<sup>152</sup> ergänzt, die häufig durch Private erarbeitet und über Verweisungsnormen im Verwaltungsrecht rezipiert oder durch staatlichen Hoheitsakt ratifiziert werden.<sup>153</sup> Wichtige Anwendungsfelder für Standardisierungen unter Einschluss technischer Normungen finden sich im Risiko- und Technikrecht.<sup>154</sup> Die in solchen Normen i.w.S. geschaffenen materiellen und formellen Vorgaben gehen auch in die Entscheidungsprogramme verwaltungsbehördlicher Verfahren ein. Daher sind auch die Verfahren ihres Zustandekommens mittelbare Richtigkeitsgaranten im Verwaltungsrecht.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen insbesondere kooperative Verfahren der Normsetzung, bei denen private und staatliche Träger zusammenarbeiten und bei denen häufig Experten eine maßgebende Rolle auch insoweit gewinnen, als es um die Bewertung von Tatsachen unter Ungewissheitsbedingungen geht. Die oben (C. I. 3.) erwähnten Asymmetrien bei der Verfügbarkeit von Informationen beziehen sich zum Teil auch auf allgemeines Erfahrungswissen und die Kenntnis und Analyse von Szenarien der Risikoverwirklichung. Folge kann ein verfahrensrechtlich nicht hinreichend gebändigtes Übergewicht privat-unternehmerischer oder expertenbezogener Informationsselektion sein. Gerade weil es privaten Unternehmen nicht grundsätzlich verwehrt werden kann, sich an eigengesetzten Interessen zu orientieren, sind Gegengewichte zur Sicherung der Beachtlichkeit von Gemeinwohlbelangen wichtig.<sup>155</sup> Dies gilt auch, wenn Verbände, denen entsprechende Unternehmen als Mitglieder angehören, als Experten eingeschaltet werden. Traditionelle Elemente des Verfahrensrechts wie Transparenzvorkehrungen, Fairnessregeln und Begründungspflichten können im Interesse der Machtmäßigung auch auf den Prozess der Normsetzung und des kooperativen Zusammenwirkens von Staat und Privaten übertragen werden. Verfahrensrecht sollte

149 Ausnahme: §§ 53 ff. des Schleswig-Holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes.

150 Zu darauf bezogenen verfahrensrechtlichen Vorgaben vgl. C. Gößwein, Allgemeines Verwaltungsverfahren(s)recht der administrativen Normsetzung?, 2001, S. 49 ff.

151 Z. B. §§ 44 ff. BImSchG; dazu siehe z. B. H.-H. Trute, Vorsorgestrukturen und Luftreinhaltung im Bundesimmissionsschutzgesetz, 1989, S. 137 ff.

152 Vgl. dazu A. Rittstieg, Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, 1982; E. Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990; I. Lamb, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995.

153 Siehe z. B. § 3 Abs. 1 S. 2 GerSiG, § 7a Abs. 1 S. 1 WHG, § 17 Abs. 1 S. 2 GefStoffV.

154 Dazu siehe C. Gößwein (s. o. Fn. 150), S. 179 ff. m. w. Hinw.

155 Vgl. E. Denninger (s. o. Fn. 152), S. 35, 172 f.

bei kooperativer Normsetzung sowohl auf die in privater Regie ablaufenden (Vor-)Entscheidungen als auch auf die behördliche Überprüfung und Ratifikation entsprechender Normen bezogen sein.<sup>156</sup>

Zu der seit langem diskutierten Frage einer verfahrensrechtlichen Umhegung des Erlasses von Verwaltungsvorschriften<sup>157</sup> tritt in Zeiten der Elektronisierung der Verwaltungsarbeit die Frage hinzu, ob und wie weit die im Bereich der elektronischen Verwaltungsarbeit eingesetzte Software<sup>158</sup> rechtlich wie eine Verwaltungsvorschrift zu behandeln und allgemeinen oder gar besonderen verfahrensrechtlichen Sicherungen auszusetzen ist. Solche Software wird regelhaft von darauf spezialisierten Privatunternehmen entwickelt. Diese Unternehmen arbeiten meist auch für Auftraggeber aus der Privatwirtschaft und pflegen die verwaltungsbezogene Software unter Nutzung von Vorarbeiten aus anderen Kontexten zu entwickeln. Die mit solcher Software verbundenen Weichenstellungen, Filterungen und sonstigen Prägungen der Aufmerksamkeit ihrer Nutzer steuern Verwaltungsabläufe und mittelbar Verwaltungsergebnisse. Die Ausweitung des Akteneinsichtsrechts auf die Offenlegung der Software, insbesondere der in ihnen enthaltenen Schnittstellen, ist eine mögliche, wenn auch keineswegs stets hinreichende verfahrensrechtliche Reaktion. Vermutlich wird es erforderlich werden, die Entscheidung über den Softwareeinsatz dann, wenn die Software funktional vergleichbar wie eine Verwaltungsvorschrift wirkt, auch entsprechenden Normsetzungsverfahren zu unterwerfen, soweit sie für Verwaltungsvorschriften angezeigt sind.

### 3. Elektronische Vernetzung

Die schon vielfach genutzten Möglichkeiten elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehrs werden durch die Entwicklung der elektronischen Signatur<sup>159</sup> und die Schaffung der Rechtsfigur eines elektronischen Verwaltungsaktes<sup>160</sup> voraussichtlich vermehrt genutzt werden. Verfahrensrechtlich ist es wichtig, die Möglichkeiten der vielfältigen elektronischen Vernetzung zwischen Ver-

156 Zum Problemkreis vgl. *P. Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 588 ff.; *W. Brugger*, Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat, *VerwArch* 78 (1987), S. 1, 35 ff.; Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch 1998, S. 492 f.

157 Dazu siehe *E. Schmidt-Aßmann*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 7), S. 11, 57 f.

158 Zur Verfahrenssteuerung durch Software siehe *G. Britz* in diesem Bande, S. 213, 246 ff.

159 Siehe dazu oben Fn. 113. Siehe ferner die Beiträge in Beilage 2 zu Heft 10/2000 von *Kommunikation & Recht*.

160 Siehe dazu § 37 f. VwVfG i.d.F. des 3. Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften v. 21. August 2002, BGBl. I, S. 3322. Zwar ist zu bezweifeln, dass der elektronische Verwaltungsakt als verwaltungsrechtliche Sonderfigur einzuordnen ist; Sonderregeln über den Umgang mit der elektronischen Fundierung der Verwaltungsentscheidung sind gleichwohl angebracht.

waltung und Bürgern, zwischen verschiedenen Behörden, aber auch zwischen Behörden und kooperierenden Privaten in den Blick zu nehmen.<sup>161</sup> Möglichkeiten der Bündelung des Verwaltungshandelns »nach außen« (Front Office)<sup>162</sup> und der vermehrten Vernetzung der administrativen Binnenkommunikation<sup>163</sup> sowie der Kooperation mit privaten Trägern (z. B. in Form von realen bzw. »virtuellen« Public Private Partner Ships) führen zu neuen Rollenverteilungen sowie Entgrenzungen im bisherigen Kompetenzgefüge bzw. in der Art arbeitsteiliger Problembewältigung<sup>164</sup>, die es nahe legen, verstärkt darauf zu achten, dass bisherige verfahrensrechtliche Richtigkeitsgarantien (etwa die Sicherung von Fachnähe und Distanz, der Ausschluss personeller und institutioneller Befangenheit<sup>165</sup>, Bürgermitwirkung<sup>166</sup> u.ä.) nicht leer laufen<sup>167</sup>, aber auch darauf, dass nicht neue Hindernisse effektiver und effizienter Aufgabenerfüllung errichtet werden.<sup>168</sup> Die Rechtspflicht der Behörde zur Sicherung von Verfahrensfairness<sup>169</sup> muss sich dabei auch darauf erstrecken, die unterschiedlichen kommunikativen Kompetenzen bei der Nutzung elektronischer Hilfsmittel zu berücksichtigen<sup>170</sup> und z. B. nicht dahingehend wirken zu lassen, dass eine hohe Kompetenz im Umgang mit elektronischer Kommunikation die Chancen zur eigenen Interessenberücksichtigung zu Lasten anderer Betroffener erhöht (Vermeidung des Digital Divide<sup>171</sup>).

161 Siehe dazu auch die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24); *T. Groß*, Öffentliche Verwaltung im Internet, DÖV 2001, S. 159 ff. sowie *G. Britz* in diesem Bande, S. 213 ff.

162 Zum so genannten One Stop Government siehe *H. Plamper*, Bürgerkommune: Anspruch und Wirklichkeit, in: *H. Kubicek*, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, S. 42, 48; *M. Eifert*, (s. o. Fn. 113), S. 119; *Lenk*, Außerrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24), S. 59, 88 ff.; *G. Britz* in diesem Bande, S. 236 ff.

163 Dazu s. *G. Britz* in diesem Bande, S. 243 ff.

164 Siehe dazu *W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24), S. 9, 37 f.

165 Siehe dazu *M. Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, insbesondere S. 251 ff.

166 Vgl. etwa *T. Groß*, (s. o. Fn. 161), S. 162 f.

167 Dazu näher *G. Britz* in diesem Bande, S. 228 ff.

168 Vgl. etwa zur Diskussion um Sicherheitsanforderungen *J. Bizer*, Datenspeicherung in zentralen und peripheren Netzen versus smart card, in: *K. P. Möller/F. v. Zeitzschwitz* (Hrsg.), Verwaltung im Zeitalter des Internet – Vernetzte Verwaltung und Datenschutz, 2002, S. 19 ff. (im Erscheinen).

169 Auch als Pflicht zum Schutz vor elektronischer Manipulation, siehe dazu *S. Idecke-Lux*, Der Einsatz von multimedialen Dokumenten bei der Genehmigung von neuen Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutz-Gesetz, 2000, S. 145 f.

170 Dass auch die Behörden hier Probleme materieller Kompetenzen haben können betonen *B. Holznagel/C. Krahn/C. Werthmann* (siehe Fn. 113), S. 1479 ff. Siehe auch *M. Eifert/L. Schreiber*, Elektronische Signatur und der Zugang zur Verwaltung, MMR 2000, S. 340, 345.

171 Dazu siehe *B. Holznagel/S. Verhulst/A. Grünwald/K. Hahne*, Verhinderung des Digital Divide als Zukunftsaufgabe – ein Plädoyer gegen die Errichtung von E-Barriers, K&R 2000, S. 425, 425 ff.; *H. Kubicek/S. Welling*, Vor einer Digitalen Spaltung in Deutschland?, M&K 2000, S. 497, 500 ff.

#### 4. *Informelles Verwaltungshandeln*

Die seit langem erfolgende Diskussion um die Notwendigkeit und Möglichkeit rechtlicher Bändigung informellen Verwaltungshandelns<sup>172</sup> hat zu einer Verständigung darüber geführt, dass eine bloße Formalisierung dieses Verwaltungshandelns kein angemessener Weg ist (siehe oben C. I. 6.). Je mehr aber informelle Abklärungen die Verwaltungsrealität – und zwar auch dort, wo sie anschließend in formale Hoheitsakte transformiert werden – prägen und je abhängiger Verwaltungsbehörden in ihrem Entscheidungsverhalten von der informellen Kommunikation, darunter auch von den informell gewährten Einblicken in Sachverhalte, Risikoszenarien oder möglichen Auswirkungen einzelner Optionen, werden, desto wichtiger bleibt die traditionelle Aufgabe des Verfahrensrechts, Verstrickungen, Befangenheiten und unzu-trägliche Abhängigkeiten zu vermeiden und eine einseitige Interessendurchsetzung zu verhindern. Die Sorge für eine faire Verfahrensbeteiligung auch an der informellen Kommunikation und für machtmäßigende Spielregeln ist bei informellem Verwaltungshandeln besonders wichtig. Rechtliche Aufmerksamkeit verdienen daher auch die informelle Vorfeld- und Begleitkommunikation zum formellen Verwaltungshandeln. Informelle Abklärungen setzen faktisch häufig Zwangspunkte, die in den formalen Entscheidungszusammenhängen nur scheinbar zur Disposition stehen. Soll andererseits das informelle Verwaltungshandeln, auf das vielfach gar nicht verzichtet werden kann, nicht durch rigide Formalisierung ausgeschlossen werden, ist es wichtig, nach funktionalen Äquivalenten formaler Verfahrenssicherungen auch bei informellem Handeln zu suchen und sie gegebenenfalls in die Rechtsordnung zu integrieren.<sup>173</sup> Dies ist zunächst nur ein Leitbild, das noch nicht die Kriterien zur Messung funktionaler Äquivalenz und der Tauglichkeit entsprechender Instrumente benennt. Solche Kriterien werden zukünftig noch zu entwickeln sein.

#### 5. *VerwaltungsKooperationsrecht*

Die VerwaltungsKooperation unter Einschluss der Nutzung von Public Private Partnerships<sup>174</sup> für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben legt die Suche nach verfahrensrechtlichen Umgehungen des kooperativen Verhaltens nahe. Auch hat sie Bemühungen um eine besondere Rechtsform der Kooperationsverträge

172 Dazu siehe Fn. 25.

173 Grundsätzlich zum Gedanken funktionaler Äquivalenz s. *Burgi* in diesem Bande, S. 155, 179 f. m.w.Hinw.).

174 Dazu siehe C. Strünck/R. G. Heinze, Public Private Partnership, in: B. Blanke et al (s. o. Fn. 31), S. 127 ff; D. Budäus/G. Grüning, Public Private Partnership, in: D. Budäus/P. Eichhorn (Hrsg.), Public Privat Partnership, 1997, S. 25, 39 sowie umfassender zum so genannten Dritten Sektor G. F. Schuppert, Zur Anatomie und Analyse des Dritten Sektors, Die Verwaltung 1995, S. 137 ff.

stimuliert.<sup>175</sup> Verfahrensrechtlich ist darauf zu achten, dass im Zuge der Kooperation – etwa des »Aushandelns«, des »Paktierens« u. ä. – sich nicht die gleichen Risiken verwirklichen, die auch bei informalem Handeln bestehen (siehe oben 4.). Die Ablösung hierarchischer Beziehungen zwischen Hoheitsträgern und Privaten geht einher mit dem Wegfall solcher rechtsstaatlicher u. ä. Sicherungen, die bisher gerade über die hierarchische Distanz ermöglicht werden. Erweist das Verhältnis einer Über- und Unterordnung sich aber gegenwärtig als überholt oder ist es gar eine kontrafaktische Fiktion, liegt es nahe, es durch kooperative Zuordnungen zu ergänzen oder zu ersetzen. Aber auch dann bleibt die Suche nach funktionalen Äquivalenten der dadurch entfallenden rechtlichen, insbesondere verfahrensrechtlichen Sicherungen im Zuge der staatlichen Strukturschaffungspflicht<sup>176</sup> aufgegeben.

Die Teilhabe an Kooperationsverhältnissen begünstigt grundsätzlich die Träger besonderer Kooperationsmacht, insbesondere wenn Kooperationsbeziehungen dauerhaft eingerichtet werden und sich kooperative Routinen herausbilden, deren Auswirkung auf die Informationsaufnahme und -verarbeitung nicht immer hinterfragt oder gar diskutiert wird. Verwaltungsverfahren können auf einen punktuellen Abschluss zielen, sind häufig aber auf Dauer angelegt, so dass Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit zu »Daueraufgaben« werden können – wie etwa in Audit-Verfahren. Die Folgen, z. B. der Routinisierung, aber auch Notwendigkeiten der Sicherung des Kooperationslernens und der Revisibilität einmal gefundener Lösungswege müssen auch aus verfahrensrechtlicher Sicht bedacht sein.

## 6. Privatisierung

Die schon im großen Zuge erfolgte Privatisierung der Erfüllung bisher in öffentlicher Regie wahrgenommen Aufgaben oder die Einschaltung von Privaten zur Vorbereitung von Verwaltungsentscheidungen und zur Überwachung der Einhaltung von Regeln und Pflichten<sup>177</sup> führen zu der Notwendigkeit, angemessene verfahrensrechtliche Sicherungen<sup>178</sup> für die Beachtung von Gemeinwohlbelangen auch bei privatrechtlichen oder privatwirtschaft-

175 Dazu siehe die Gutachten von *Ziekow* und *G. F. Schuppert*, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 2001 (s. o. Fn. 52).

176 Zu diesem Begriff s. *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 378 ff. sowie *ders.* in diesem Bande, S. 179 ff.

177 Zur Systematisierung der Erscheinungen siehe *F. Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl 1994, S. 962 ff.; *L. Osterloh* und *H. Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204 ff, S. 243 ff; *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung (s. o. Fn. 176); *J. A. Kämmerer* (s. o. Fn. 27).

178 Eine Notwendigkeit dazu kann sich auch daraus ergeben, dass die Grundrechtsgehalte bei Privatisierung in anderer Form als etwa in der Gestalt von Leistungs- und Abwehrrechten gegen den Staat zur Geltung kommen, etwa als Schutzpflichten, siehe dazu *J. A. Kämmerer*, (s. o. Fn. 27), S. 449 ff. m. w. Hinw. in Fn. 129.



lichen Handlungsformen bereitzustellen (Privatverfahrens- und Privatorganisationsrecht<sup>179</sup>). Ähnlich wie für das informelle und kooperative Verwaltungshandeln gefordert, wird es darum gehen müssen, für die Gleichwertigkeit (nicht zwingend Gleichartigkeit) von Verfahrenssicherungen auch insoweit zu sorgen, als Aufgaben öffentliche bleiben, aber von Privaten ganz oder teilweise wahrgenommen werden.<sup>180</sup>

Dabei wird es sich anbieten, nach unterschiedlichen Typen der Einschaltung Privater (etwa private Verwaltungshilfe, private Verfahrensstrukturierung, private Verfahrensherrschaft) sowie der betroffenen Entscheidungen zu differenzieren und nach maßgeschneiderten Verfahrensarrangements zu suchen.<sup>181</sup>

Soweit der erfasste Bereich durch Machtasymmetrien zwischen den am Privatverfahren Beteiligten oder von ihm Betroffenen geprägt ist, muss dies gegebenenfalls verfahrensrechtlich kompensiert werden, allerdings nur insoweit, als die jeweiligen Interessen nach den normativen Vorgaben auch Durchsetzungschancen haben sollen. Haben Interessenträger strukturell eine normativ nicht ausreichende Durchsetzungsmacht, kann es geboten sein, diese überproportional (kompensatorisch) zu stärken, damit sie sich im privatautonomen Bereich gegen durchsetzungskräftigere Träger behaupten können. Chancengerechtigkeit als Sicherung der Möglichkeit folgenreicher Wahrnehmung von Interessen im Zuge einer privatautonomen Verantwortung ist gegebenenfalls verfahrensrechtlich abzusichern.

Tritt private Verfahrens- (und Ergebnis-)Verantwortung anstelle einer hoheitlichen, geht die über das Verfahren vermittelte Wirklichkeitskonstruktion (siehe oben A. III. 2.) von diesem privat gestalteten Rahmen und der in ihm geltenden Spielregeln aus. Selbst wenn der privat verantwortete Akt noch der Transformation in einen Hoheitsakt bedarf (wie z. B. der durch eine Projektgesellschaft erarbeitete Bauleitplan), kommt es dabei nicht zum erneuten Durchlaufen des Verfahrens<sup>182</sup>, sondern allenfalls einer nachvollziehenden

179 Siehe dazu R. Wahl, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 301 ff.; sowie die Beiträge in W. Hoffmann-Riem/J. P. Schneider (Hrsg.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996; *Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, 1994 (»Beschleunigungskommission«), insbesondere Textziffern 284 ff., 380, 539 ff.; M. Burgi, Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturverschaffungspflicht, *Die Verwaltung* 33 (2000), S. 183 ff.

180 Näher dazu M. Burgi, in diesem Bande, S. 155 ff. sowie W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung*, 1996, S. 261, 318 ff.

181 S. auch M. Burgi in diesem Bande, S. 179 ff.

182 M. Burgi in diesem Bande, S. 180 f., weist zu Recht darauf hin, dass die staatliche Letztverantwortung nicht ausreicht, um in den vorgeschalteten Verfahrensteilen auf verfahrensrechtliche Sicherungen verzichten zu können.

Richtigkeitsprüfung. In diesem Kontext bedarf der Klärung, ob und wie weit die im privat verantworteten Verfahrensteil erfolgten Verfahrensfehler einer Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur unterliegen und – falls diese im Zusammenhang mit der hoheitlichen Transformation nicht erfolgen – ob sie auf die (Un-)richtigkeit des Hoheitsaktes ausstrahlen, also von den Fehlerregeln (z. B. §§ 44 ff. VwVfG) erfasst werden.<sup>183</sup> Soweit Private öffentliche Aufgaben ohne Transformation privat verantworteter Akte in Hoheitsakte wahrnehmen, bedarf der Klärung, auf welche Weise Fehler im (Privat-)Verfahren sich auf die Rechtmäßigkeit der Handlungen auswirken und wie sie gegebenenfalls geltend zu machen sind.

## 7. *Mediation und Moderation der Konfliktbewältigung*

Die Einschaltung privater Verfahrens- und Konfliktmittler (Mediatoren<sup>184</sup>) ist ein Sonderfall des Privatverfahrensrechts. Mediatoren können in unterschiedlichen Rollen tätig werden, etwa derart, dass sie nur den Ablauf des Verfahrens des Aushandels zwischen den Beteiligten und Betroffenen organisieren und sichern, gegebenenfalls auch moderieren (»Verfahrensmittler«), oder dass sie sich aktiv in die Problemlösung einschalten, etwa durch Erarbeitung von Lösungsvorschlägen und durch Hinwirken auf den Konsens über sie (»Konfliktmittler«). Mediatoren setzen sich in der deutschen Rechtsordnung erst allmählich durch; nur ausnahmsweise sind sie gesetzlich als Möglichkeit vorgesehen (vgl. §§ 5 Satz 2 UVP-G; 4 b BauGB).

Der Mediator soll in einer neutralen Rolle handeln und deshalb nicht selbst Entscheidungsverantwortung übernehmen. Eine erfolgreiche Mediation endet in einer von den Beteiligten konsentierten Lösung, die – soweit sie als hoheitlich gesetzte rechtlich erfolgreich werden soll – von der Verwaltung in staatliches Handeln transformiert wird.<sup>185</sup> Wird Mediation nicht – wie allerdings in der deutschen Praxis häufiger – nur als Mittel zur Pazifizierung von Protest (miss-)verstanden, ist sie auf einen Interessenausgleich ausgerichtet, bei dem der Konsens zwischen Privaten und der Verwaltung als Indikator der Individual- und Gemeinwohlrichtigkeit nutzbar ist. Vorausgesetzt ist allerdings, dass das gewählte Verfahren dazu beitragen kann. Zum Wesen der Mediation gehört, dass die Beteiligten sich auf einen Verfahrensrahmen verständigen (gegebenenfalls sogar in Vertragsform). Es wäre jedoch kontraproduktiv,

183 Vgl. hierzu *W. Hoppe*, Rechtsprobleme bei Standortauswahlverfahren für Abfallentsorgungsanlagen durch private Auftragnehmer, DVBl. 1994, S. 255, 259 ff.

184 Aus der Literatur siehe *B. Holznagel*, Konfliktlösungen durch Verhandlungen, 1990; *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I und II, 1990; *W. Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungshandlungen, 1989; *S. Breidenbach*, (s. o. Fn. 65); *M. Hellriegel*, Mediation im Umweltrecht, 2002.

185 Näher dazu *W. Hoffmann-Riem* (s. o. Fn. 184), S. 54 ff., 60 ff.

wenn diese Verständigung zu einer Verfahrenssteuerung führte, die ihrem Inhalt nach dem Ziel der Chancengerechtigkeit bei der Interessendurchsetzung zuwider liefe.

Mediation wird häufig bei umstrittenen standortbezogenen Entscheidungen eingesetzt (etwa bei der Realisierung von Abfallentsorgungsanlagen, der Konfliktlösung über eine Trassenführung u. ä.)<sup>186</sup>. Wegen der großen Zahl Betroffener können häufig nicht alle individuell beteiligt werden. Deshalb bieten sich Repräsentationsmodelle an, die aber verfahrensrechtliche Sicherungen angemessener Repräsentation von Individual- und Gemeinwohlinteresse erfordern. Aber auch andere verfahrensrechtliche Vorkehrungen sind angezeigt, so über den Zugang zu behördlichen Akten oder zu den Akten der am Vorhaben interessierten Unternehmen, über die Sachverhaltsermittlung (z. B. Verhältnis der über den Mediator vermittelten Sachverhaltsermittlung zur behördlichen Amtsermittlung), über Vertraulichkeiten sowie über Möglichkeiten einer Mehrheitsentscheidung.

## 8. *Einbeziehung von Expertenwissen*

Vor allem unter Ungewissheitsbedingungen wird die Nutzung von externem Sachverstand für die Verwaltungsbehörden unabdingbar. Die Einschaltung einzelner Sachverständiger oder von Expertenkommissionen kann die Entscheidungsrichtigkeit maßgebend mitprägen. Expertenwissen wird daher auf vielfältige Weise herangezogen.<sup>187</sup> Im Verwaltungsverfahrensgesetz gibt es bisher nur unzureichende Vorkehrungen über die Art und Weise der Nutzung solchen Sachverständigen. Dies gilt insbesondere im Bereich der sogenannten unselbständigen Verwaltungshilfe, für die es keiner gesetzlichen Vorkehrungen bedarf und die es dementsprechend meist auch nicht gibt. Auch wenn die Hinzuziehung von Sachverständigen gesetzliche Regel ist, bleiben die Auswahl der Sachverständigen, die Transparenz des Verfahrens, die Bindungswirkung von Sachverständigengutachten sowie die Frage des Umgangs mit Folgen von Verfahrensfehlern problematisch, da es für diese Detailfragen meist keine rechtlichen Vorkehrungen gibt (vgl. § 20 AtomG, § 13 Abs. 1 9. BimSchV, § 26 VwVfG). Einige Gesetze, so das GenTG, treffen mittlerweile nähere Regelungen. So ist die Zusammensetzung der Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit (ein Sachverständigengremium), deren Stellungnahme im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen ist (§ 11 Abs. 8 GenTG), in § 4 GenTG geregelt. Die auf dieser Norm basierende Verordnung über die Zen-

186 Zu einem Beispiel siehe B. Holznagel/U. Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht, in: F. Haft/K. v. Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2002.

187 Näher dazu s. Ritter (s. o. Fn. 94), S. 207 ff.

trale Kommission für die biologische Sicherheit regelt Detailfragen der Berufung und der Arbeit bzw. des Verfahrens der Kommission.

Systematische Abklärungen über verfahrensrechtliche Sicherungen beim Einsatz von Experten müßten sich z. B. auf Anforderungen an die Qualifikation, Unabhängigkeit und Zuverlässigkeit, auf Regeln über die Auswahl der Sachverständigen (auch über Beteiligte an der Auswahl), auf den Ausschluss von Befangenheit, auf Pflichten zur Offenlegung des herangezogenen Materials, auf Vorkehrungen der Qualitätssicherung (Zertifizierung u. ä.), auf Anlässe und Maßstäbe der Haftung, aber auch auf die Beaufsichtigung beziehen können.<sup>188</sup>

## 9. Selbstverpflichtungen als Ersatz hoheitlicher Regulierung

Gesetzgeber und Verwaltung sind in verschiedenen Bereichen – etwa des Umweltrechts – in der Vergangenheit dazu übergegangen, auf die Regelsetzung oder Regeldurchführung zu verzichten, wenn die betroffenen Wirtschaftssubjekte sich über ihre Verbände oder auf andere Weise verpflichten, bestimmte Ziele freiwillig anzustreben bzw. bestimmte Ergebnisse freiwillig zu erreichen.<sup>189</sup> (Normersetzende/-vermeidende) Selbstverpflichtungen können nicht nur mit einer Rücknahme der Erwartungen an die Gemeinwohlsicherung verbunden sein, sondern auch zur Ausschaltung der Einwirkung anderer (nämlich im Zuge der Selbstverpflichtungsverhandlungen ausgeschlossener) Betroffener in die Gemeinwohlkonkretisierung führen.<sup>190</sup> Über Selbstverpflichtungen wird regelhaft in informellen und vertraulichen Kontakten – also ohne Publizität und Beteiligungsoffenheit – verhandelt, so dass die Funktion verfahrensrechtlicher Sicherungen zum Interessenschutz anderer oder zur Abwehr von Machtasymmetrien zu versagen droht. Ein Verfahrensrecht für Selbstverpflichtungen müsste nicht nur für funktional äquivalente Sicherungen, etwa fairer Interessenberücksichtigung, sorgen, sondern auch Regeln über die Überprüfung der Einhaltung der Selbstverpflichtungen<sup>191</sup> und verfahrensrechtliche Regeln zur Reaktion auf Nichteinhaltung bereitstellen.

188 Zu Grundzügen eines Sachverständigenrechts siehe *E.-H. Ritter* (s. o. Fn. 94), S. 235 ff.

189 Zu solchen Selbstverpflichtungen siehe *J. Fluck/T. Schmitt*, Selbstverpflichtungen in Umweltvereinbarungen, *VerwArch* 1998, S. 220; *Pomeranke*, Rechtliche Beurteilung von Umweltvereinbarungen nach dem EG-Vertrag, *Recht der Energiewirtschaft* 1996, S. 131 ff.; *T. Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001. S. auch den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Umweltauditgesetzes vom 16. Januar 2002.

190 Zur Kritik von Selbstverpflichtungen siehe *G. Lübke-Wolff*, Europarechtliche Grenzen der Deregulierung und Privatisierung im Umweltrecht, in: *Österreichische Umweltrechtstage*, 2000, Staat und Privat im Umweltrecht, 2000, S. 46 ff., 58 ff.

191 Zu den ungünstigen Implementationsbedingungen siehe *Krämer*, Umweltvereinbarungen im Gemeinschaftsrecht, in: *H.-W. Rengeling* (Hrsg.), *Instrumente des Umweltschutzes im Wirkungsverbund*, 2001.

## 10. Qualitätssicherung

Auditierung<sup>192</sup>, Zertifizierung und Akkreditierung<sup>193</sup> und sonstige Formen der Qualitätssicherung sind in bereichsspezifischen Sonderrechten enthalten, die es ermöglichen sollen, Qualitätsprüfungen in den privaten Sektor zu verlagern und an sie – etwa an die Öffentlichkeit kommunizierte oder für staatliche Maßnahmen wie Kontrolle wichtige – Vertrauenstatbestände zu knüpfen. Je nach dem Rechtsgehalt der Qualitätssicherung sind unterschiedliche Anforderungen angezeigt (vgl. z. B. die bei den unterschiedlichen Signaturverfahren nach dem SigG unterschiedlichen Nachweis- und Kontrollstandards). Insbesondere macht es einen Unterschied, ob die Durchführung von Qualitätssicherungsprozessen nur die rechtliche Möglichkeiten schafft, in der Öffentlichkeit mit ihrem Ergebnis zu werben<sup>194</sup> oder ob auch Erleichterungen bei der staatlichen Aufsicht vorgesehen werden.<sup>195</sup> Der Entwurf einer EMAS-Privilegierungsverordnung<sup>196</sup> sieht Vollzugserleichterungen vor und ändert damit die rechtliche Qualität der Auditierung. Die bisherige Arbeitsteilung zwischen betrieblicher Eigenkontrolle und staatlicher Fremdkontrolle wird dadurch neu bestimmt.

## 11. Vergabewesen

Die – durch Europarecht angestoßene – Auslagerung eines wesentlichen Teils des Vergaberechts (nämlich bei Aufträgen oberhalb sog. Schwellenwerte<sup>197</sup>) in das Regelungsregime des GWB (§ 97 ff.) ist mit einem Konzeptwechsel im Vergaberecht verbunden.<sup>198</sup> Standen früher vorrangig die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. die Verfolgung öffentlicher Zwecke durch Vergabe öffentlicher Aufträge – und insoweit der Steuerungsaspekt – und davon abgeleitet der Schutz des fiskalischen Interesses an preisgünstigen Angeboten im

192 S. o. Fn. 19.

193 Vgl. H. C. Röhl, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000; A. Roßnagel, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, DÖV 2001, S. 221 ff.; A. Voßkuhle in diesem Bande S. 36 ff.

194 Zum Umweltzeichen siehe etwa S. Neveling, Produktinnovation durch Umweltzeichen, 2000.

195 Zur Kritik an solchen Vorhaben siehe G. Lübke-Wolff, Europarechtliche Grenzen (s. o. Fn. 190), S. 44, 62.

196 Verordnung über immissionsschutz- und abfallrechtliche Überwachungserleichterungen für nach der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 registrierte Standorte und Organisationen (EMAS-Privilegierungsverordnung – EMASPrivilegV) vom 24. Juni 2002, BGBl. I S. 2247.

197 Die »Zweiteilung des Vergaberechts« ist Titel des Buches von J. Pietzcker, 2001.

198 Vgl. etwa E. Pache, Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl 2001, S. 1781 ff.; J. Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), S. 427 ff.; J. Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, S. 133 ff.; O. Otting, Die neue Vergabeverordnung, NVwZ 2001, S. 775 ff.; A. Voßkuhle in diesem Bande, S. 277, 295 ff.

Vordergrund rechtlicher Regulierung<sup>199</sup> – etwa in den Verdingungsordnungen –, so wird der Blick nunmehr insbesondere auf den Schutz des Anbieters und der Konkurrenten einerseits<sup>200</sup> und die Wahrung fiskalischer Interessen der Ressourcenschonung andererseits konzentriert. Dies sind sicherlich legitime Zielsetzungen und es ist aus rechtsstaatlicher Sicht überfällig, die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Vergaberecht gegenüber der alten Rechtslage und Praxis<sup>201</sup> auszubauen. Zu klären bleibt aber, ob die Vorkehrungen reichen, etwa angesichts des Befundes, dass §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung (VgV)<sup>202</sup> nur sehr begrenzt Verfahrensregeln enthalten (s. z. B. §§ 13, 14, 16 VgV), obwohl Vergaberecht vor allem Verfahrensrecht ist.<sup>203</sup> Mit den im VwVfG enthaltenen verfahrensrechtlichen Sicherungen sind die neu geschaffenen Vorkehrungen jedenfalls nicht funktional äquivalent.<sup>204</sup>

## 12. Versteigerungsverfahren

Ebenso defizitär sind die bisherigen rechtlichen Vorgaben für Versteigerungsverfahren. Solche Verfahren kennt das öffentliche Recht nur begrenzt (siehe u. B. § 11 Abs. 4 TKG). Ihr gesteigerter Einsatz ist in Zukunft ungeachtet starken Protestes in Wissenschaft und Praxis<sup>205</sup> keineswegs auszuschließen. So hat das BVerfG ein Versteigerungsverfahren sogar im Rahmen der Vergabe einer Spielbankenlizenz als Möglichkeit erwogen.<sup>206</sup> Eine Versteigerung von hoheitlichen Erlaubnissen u. ä. kommt nach deutschem Recht allerdings nur in Betracht, wenn gesichert ist, dass die öffentlichrechtlichen Anforderungen an die Erlaubniserteilung erfüllt sind (etwa verwaltungsrechtliche Vorgaben an die Eignung, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Erlaubnisinhabers oder an die Ordnungsmäßigkeit der geplanten Anlage u. ä.). Geht es zusätzlich aber um die Verteilung knapper öffentlicher Ressourcen – wie telekommunikativ nutzbarer Frequenzen –, die dem Erlaubnisinhaber einen geldwerten Vorteil einräumen, spricht aus rechtlicher Sicht nichts dagegen, diesen

199 Vgl. T. Puhl, Der Staat als Wirtschaftsobjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 457, 461 ff.

200 Vgl. dazu T. Puhl, VVDStRL 60 (2001), S. 461.

201 Dazu s. F. Rittner, Rechtsgrundlage und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, 1988, S. 988.

202 Zu ihr s. M. Knauf, Die neue Vergabeverordnung, VR 2001, S. 270 ff.

203 So T. Puhl, VVDStRL 60 (2001), S. 486.

204 Nach W. Kahl in diesem Bande, S. 74, sei das »VwVfG sträflich missachtet« worden. Er betont allerdings auch »punktuelle Einbruchstellen« des VwVfG in das Regelungsregime der §§ 97 ff. GWB (S. 77).

205 Siehe zur rechtlichen Diskussion etwa D. Beese/D. Naumann, Versteigerungserlöse auf dem TK-Sektor und deren Verwendung, MMR 2000, S. 145 ff.; E.-O. Ruhle/M. Geppert, Versteigerungsverfahren für Funkfrequenzen und Lizenzen, MMR 1998, S. 175 ff.; H.-J. Piepenbrock/F. Schuster (Hrsg.), UMTS-Lizenzvergabe, 2001; A. Voßkuhle in diesem Bande, S. 302 ff.

206 BVerfGE 102, 197, 218.

Geldwert bei dem Begünstigten abzuschöpfen und den Nutzen der Allgemeinheit zuzuführen.<sup>207</sup> Auch ist nicht ausgeschlossen, dass das Versteigerungsverfahren als Weg zur Bestimmung der Höhe des geldwerten Vorteils besser geeignet sein kann als die einseitige Festlegung der Gegenleistung.<sup>208</sup>

Es muss jedoch verhindert werden, dass von der Ökonomisierung des Auswahlprozesses Impulse ausgehen, es mit den rechtlichen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung oder einem verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutz<sup>209</sup> nicht so ernst zu nehmen. Im Übrigen bedarf der Versteigerungsprozess selbst verfahrensrechtlicher Strukturierung.<sup>210</sup> Entsprechende Vorgaben können etwa verhindern helfen, dass die Wettbewerbssituation im Versteigerungsverfahren zu Geboten führt, die mit den Prämissen der vorangegangenen Überprüfung der Eignung und Leistungsfähigkeit kollidieren.<sup>211</sup> Das Verhältnis der Prüfung der allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen zum eigentlichen Versteigerungsvorgang, das Ausmaß der Informiertheit der Bieter über Konkurrenzangebote, Zwischenentscheidungen und die Art der Versteigerung bis hin zum Zuschlag u.ä. bedürfen verfahrensrechtlicher Umhegung. Das TKG und die Verfahrensregeln der Regulierungsbehörde enthalten eine Reihe von Vorkehrungen.<sup>212</sup> Es erscheint allerdings problematisch, Verfahrensregeln weitgehend von der Gesetzesform auszuschließen.

#### D. Umsetzung durch Recht

Die Gestaltung des Verfahrens soll einen Beitrag zur Sicherung der »Richtigkeit« von Entscheidungen über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben leisten – sei es einseitig hoheitlicher oder kooperativ mit Privaten getroffener Entscheidungen. Neue Herausforderungen sind im Vorstehenden in großer Zahl

207 Zur rechtlichen Qualifikation des Versteigerungserlöses siehe M. Kötter, Wettlauf der Abgabepflichtigen? – Zum Versteigerungsverfahren in § 11 Abs. 4 TKG, DVBl 2001, S. 1556, 1559 ff. Generell zur »Entgeltregulierung im Telekommunikationsrecht« s. B. Stamm, 2001.

208 Wie dies etwa bei einer Verleihungsgebühr geschehen würde, zu ihr siehe J. Heimlich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, 1996.

209 S. dazu die Nachweise bei A. Voßkuhle in diesem Bande, S. 305, Fn. 157.

210 Die Regulierungsbehörde (RegTP) hat entsprechende Verfahrensregeln erlassen, siehe die Entscheidung der Präsidentenkammer vom 18.02.2000 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)/International Mobile Telecommunications 2000 (IMT-2000) Mobilkommunikation der dritten Generation – Aktenzeichen: BK-1b-98/005-1 und die Entscheidung der Präsidentenkammer vom 18.02.2000 über die Regeln für die Durchführung des Versteigerungsverfahrens zur Vergabe von Lizenzen für UMTS/IMT-2000; Mobilkommunikation der dritten Generation – Aktenzeichen: BK-1b-98/005-2.

211 Zur Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung siehe M. Kötter (s. o. Fn. 207), S. 1564.

212 S. dazu auch A. Voßkuhle in diesem Bande, S. 303 ff.



benannt worden. Bei ihrer Bewältigung wird es erforderlich werden, den Gedanken einer funktionalen Äquivalenz unterschiedlicher Verfahrenssicherungen näher zu operationalisieren. Bestehen vergleichbare Verfahrensziele für unterschiedliche Verfahren, so ist nach den jeweils problemangemessenen Verfahrenssicherungen zu suchen und die von *Burgi* so benannte Aufgabe der Strukturschaffung problemspezifisch wahrzunehmen. In diesem Zusammenhang wird auch zu klären sein, wie weit gesetzliche Grundlagen erforderlich sind.

Die Problematik der Verrechtlichung des Verfahrens stellt sich grundsätzlich. Einzelne Teilaspekte dieser Frage sollen im Folgenden angesprochen werden.

## I. Gesetzesvorbehalt und Art der Verrechtlichung

Verfahrensrecht ist hilfreich oder gar notwendig, soweit ohne entsprechende rechtliche Strukturierung das Risiko einer Verfehlung von Verfahrenszwecken besteht. Recht ist aber häufig – jedenfalls wenn es auch Rechtssicherheit leisten soll – mit dem Risiko der Starrheit gekoppelt.<sup>213</sup> Das richtige Maß rechtlicher Vorgaben und der Bindungsfreiheit ist auch im Verfahrensrecht schwer zu finden.

Eines dürfte allerdings konsensfähig sein: Die Verrechtlichung von Verfahrenselementen ist kein Selbstzweck und daher nur insoweit anzustreben, als sie entweder rechtlich geboten oder für die Verfahrensdurchführung hilfreich ist. Die Frage nach dem Gebotensein führt zum Gesetzesvorbehalt. Allerdings ist keineswegs geklärt, wie weit er im Verfahrensbereich reicht und wie durch die Art seiner Umsetzung disfunktionale Verrechtlichungseffekte verhindert werden können.

Die Geltung des Gesetzesvorbehalts ist insoweit nicht zweifelhaft, als durch Verfahrensrecht belastend in Rechte Privater eingegriffen wird, etwa durch Auferlegung von Mitwirkungspflichten<sup>214</sup> oder die Einräumung von Einsichtsrechten Dritter<sup>215</sup>. Eine andere Frage ist, ob ein Gesetzesvorbehalt, der mit der Eingriffswirkung der zu treffenden Entscheidung verkoppelt ist, sich auch auf die verfahrensrechtlichen Regeln erstreckt, die inhaltlichen Entscheidungsbezug haben, ob also beispielsweise die Beteiligung eines Dritten an einem solchen Verfahren wegen der möglichen Auswirkung auf die letztlich zu treffende Entscheidung – und damit die Beeinträchtigung ihrer Adressaten

213 Dabei können Statik und Vergangenheitsbezogenheit auch positive Funktionen des Rechts sein, s. C. Möllers *VerwArch* 2002, S. 24 f.

214 Vgl. etwa P. Stelkens/D. Kallerhof, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, *VwVfG*, 6. Aufl. 2001, Rn. 46 zu § 26.

215 Auch Einsichtsrechte von Umweltgutachtern werfen Fragen nach dem Gesetzesvorbehalt auf. Zu solchen Einsichtsrechten siehe U. Kämmerer (s. o. Fn. 19).

– eine gesetzliche Grundlage benötigt.<sup>216</sup> Auch hier gibt es noch Klärungsbedarf. So ist keineswegs selbstverständlich, dass die Anforderungen des Gesetzesvorbehalts in unveränderter Weise »mitgewachsen« sind, als die Einsicht in die Entscheidungserheblichkeit von Verfahren und damit in dessen Grundrechtsbezug um sich griff.

Soweit Private in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingeschaltet werden, stellt sich die Frage nach der Reichweite des Gesetzesvorbehalts auch insoweit, als es um den Schutz der von dem Verhalten dieser Privaten nachteilig Betroffenen (also privater Dritter) geht. Entfalten private Maßnahmen Vorwirkungen auf hoheitliche Eingriffe – etwa bei der Erarbeitung eines Vorhabens- und Erschließungsplans nach § 12 BauGB – ist zu fragen, wie weit der Gesetzesvorbehalt auf die von Privaten erarbeiteten Akte als solche oder erst im Zusammenhang mit dem abschließenden Hoheitsakt – etwa dem vorhabenbezogenen Bebauungsplan – bezogen ist. Soweit Private im Zuge der so genannten funktionalen Privatisierung öffentliche Aufgaben in privater Verantwortung wahrnehmen, geht es um die Klärung, ob der Gesetzesvorbehalt wegen der Ausstrahlung ihres Verhaltens auf Dritte – also der bei Dritten ermöglichten Eingriffswirkung – Geltung beansprucht.

Noch schwieriger zu klären ist, ob mit der Schutzfunktion des Verfahrensrechts – also beispielsweise im Interesse der Sicherung von Nachvollziehbarkeit, Neutralität, Transparenz und Verfahrenschancengleichheit – eine Pflicht zur gesetzlichen Ausgestaltung des Verfahrens verbunden ist, ob also der Nichterlass von Verfahrensvorschriften ein rechtswidriges Unterlassen des Gesetzgebers sein kann. Die Antwort setzt weitere – hier nicht zu leistende – Abklärungen voraus, insbesondere darüber, ob und wie weit verfassungsrechtlich ein verfahrensrechtliches Untermaßverbot begründet ist.<sup>217</sup>

Aber auch dort, wo ein Gesetz nicht zwingend gefordert ist, steht dem Gesetzgeber der Erlass verfahrensrechtlicher Regeln offen. Auch dann stellt sich die Frage der Angemessenheit der Verrechtlichung des Verfahrens. In den unterschiedlichen Verfahrensarenen gibt es unterschiedliche Sicherheits- und Flexibilitätsbedarfe<sup>218</sup>, auf die das Verfahrensrecht in differenzierter Weise

216 Vgl. hierzu *O. Reidt*, § 4b BauGB – Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, S. 592 sowie *J. Wagner*, Bauleitverfahren – Änderungen durch die BauGB-Novelle 1998, S. 709, 716 f., die die Beantwortung dieser Frage davon abhängig machen, ob Private zur Verfahrensvorbereitung oder zur Verfahrensdurchführung eingesetzt werden, dadurch allerdings die Probleme der Verfahrensvorbereitung möglicherweise nicht intensiv genug gewichten.

217 Zu Schutzaufträgen und dem Untermaßverbot allgemein siehe BVerfGE 88, 203, 254 f.; *J. Dietlein*, Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131 ff.; *K.-E. Hain*, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, S. 982 ff.; *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 79 ff. Kritisch zum Untermaßverbot und zu den Möglichkeiten seiner Operationalisierung z. B. *A. Voßkuhle*, Kompensationsprinzip (s. o. Fn. 26), S. 384 f.

218 Dass Verfahrensrecht darauf auch eingestellt ist, betont *G. Britz* in diesem Bande, S. 213 ff., hinsichtlich des Einbaus informationstechnischer Vernetzungen in die Verwaltungspraxis.

reagieren kann und vermutlich zu reagieren hat. Deshalb ist es nicht überraschend, dass Verfahrensrecht nicht nur als bereichsübergreifende (substantiell aufgabenunabhängige) Konstruktion bekannt ist, sondern auch als Entwicklung maßgeschneiderter – also aufgabenabhängiger – Verfahrensvorkehrungen. Auch die Klärung, wie weit auf informelle Prozesse zurückgegriffen werden darf, dürfte nur unter Berücksichtigung der Sach- und Beteiligungsstrukturen angemessen beantwortet werden können.

## II. *Optionenoffenheit im Verfahrensrecht*

Die Einforderung der in diesem Beitrag angesprochenen konzeptionellen Veränderungen des Verfahrens mündet nicht in einer schlichten Aufforderung zur Kodifikation oder Novellierung bisheriger Kodifikationen.<sup>219</sup> Eine Reihe konzeptioneller Veränderungen lässt sich vermutlich auch durch entsprechende Modifikationen rechtsdogmatischer Figuren und der ihnen zu Grunde liegenden rechtstheoretischen Konstruktionen, oder auch allein durch eine veränderte Praxis umsetzen. Soweit aber Kodifikationen erforderlich sind<sup>220</sup>, spricht viel dagegen, die aktuellen Herausforderungen im Wege einer Kodifikation eines alle Verfahren in gleicher Weise umfassenden Verfahrensrechts bewältigen zu wollen. Auf die Sinnhaftigkeit maßgeschneiderter Lösungen wurde schon verwiesen. Werden der Staat als lernender Staat und die Verwaltung als lernende Verwaltung begriffen, muss auch Verfahrenslernen vorgesehen, also verfahrensrechtlich ermöglicht werden.<sup>221</sup> Ein Mittel zum Verfahrenslernen kann die wettbewerbliche Bereitstellung (Zulassung) unterschiedlicher Verfahrenskonzepte sein.

Möglicherweise wird es sich auch anbieten, für bestimmte Verfahrenstypen unterschiedliche Optionen bereitzuhalten<sup>222</sup>, so dass schon die »maßgeschneiderte« Verfahrenswahl zum Garanten der Verfahrens- und nachfolgend der Ergebnisrichtigkeit werden kann. Denkbar ist es auch, das VwVfG als eine Art Stammgesetz für unterschiedliche Verfahrensarten auszubauen und zugleich Bauformen für verfahrensspezifische Besonderheiten anzubieten. Derartige Bauformen (Module) können auch bereichsspezifisch bereitgestellt oder jeweils abgewandelt werden. Zu klären sein wird, wie weit entsprechende Bauformen in der Form des Gesetzes vorgegeben werden müssen oder

219 Zur Kodifikationsproblematik siehe *W. Kahl*, S. 67 ff.

220 Zur Kodifikationsfunktion siehe *W. Kahl*, S. 89 ff.

221 Zur Revisibilität und Innovationsoffenheit von Kodifikation siehe *W. Kahl*, S. 104 f. m. w. Hinw.

222 Dies gibt es zum Teil schon jetzt, s. etwa *H. Schmitz*, *Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahrensrecht*, NVwZ 2000, S. 1238 ff.

wie weit ihre Bereitstellung durch Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift vorgesehen werden kann.

Jedenfalls bietet sich für das Verfahrensrecht an, Optionen bereitzuhalten und zugleich für Revisionsvorkehrungen zu sorgen, falls eine gewählte Option sich als problematisch erweist. Eine in diesem Sinne optionenorientierte Verfahrensordnung wäre ein angemessener Bestandteil der Interessenschutz- und Rechtsschutzordnung des Verwaltungsrechts, die in zunehmendem Maße optionenorientiert geworden ist. Aber schon die Optionenwahl selbst bedarf verfahrensrechtlicher Sicherungen.