

Drittes Kapitel Verfahren und Handlungsformen

„The courtroom trial is a ubiquitous part of our legal culture; a constant 1 source of social fascination, dramatic inspiration, and political as well as legal commentary.“¹ Die Verfassung liefert dazu mit der Due Process Klausel des V. und des XIV. Zusatzartikels einen zentralen Bezugspunkt. Gesetzgebung und Judikatur haben die Institute und Erscheinungsformen des Verfahrensrechts weiter ausdifferenziert und ergänzt.

Dem Verwaltungsverfahren werden mehrere Funktionen zugeschrieben:² 2 „promoting accuracy in agency factfinding; securing agency conformance to statutory directives; enhancing the quality of agency policy judgements; permitting persons affected by decisions to have their say; facilitating judicial review“. Ähnliche Funktionszuschreibungen finden sich auch in der deutschen Literatur.³ Die Akzente werden jedoch etwas anders gesetzt. Das an erster Stelle stehende „factfinding“ unterstreicht die besondere Rolle, die das amerikanische Recht den Fragen der Sachverhaltskonstitution zusmisst.⁴ Nicht zufällig wird bei der Due Process Garantie besonderer Wert auf das „evidentiary hearing“ und auf die Möglichkeiten der Beteiligten gelegt, die Beweisaufnahme aktiv mitzugestalten.

Erster Abschnitt Die Rechtsquellen des Verwaltungsverfahrensrechts

Man darf sich durch die Existenz einer so traditionsreichen Erscheinung 3 wie der Due Process Klausel allerdings nicht täuschen lassen: „Das“ Verwaltungsverfahrensrecht der USA besteht in einem nur lockeren Gefüge von

1 Mashaw/Merrill/Shane, 312; ähnlich Freedman, Crisis and legitimacy, 21: „The American people traditionally have regarded the adversary procedures as of the judicial process as one of the finest achievements of Anglo-American development“.

2 Breyer/Stewart, 457 ff.

3 Vgl. nur Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 36 (mit weit. Nachw.); Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 49 ff.

4 Dazu O. Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7, 2007, 319 (320 f.).

Regelungen, die sich in Herkommen, Rechtsqualität, Inhalt und Anwendungsbereich erheblich unterscheiden, sich teilweise ergänzen, aber auch Lücken zwischen sich lassen. Seine wichtigsten Rechtsquellen sind die Verfassung, die Fachgesetze, vor allem also die „organic statutes“ der einzelnen Behörden, der Administrative Procedure Act, das richterrechtlich geschaffene Verfahrensrecht, die Executive Orders der Präsidenten und schließlich die Verfahrensregelungen, die sich die Behörden selbst gegeben haben.⁵

- 4 Die Due Process Klausel bildet zwar die zentrale Referenz. Sie ist aber nicht dazu da, alle Lücken zu schließen. Die Verfassung kennt weitere prozedurale Rechtssicherungen: Ein zweiter Ankerpunkt ist das IV. Amendment (1791), das die Privatsphäre gegen „unreasonable search and seizure“ schützen soll und Eingriffsmaßnahmen an eine richterliche Entscheidung („warrant“) bindet. Die Sicherungen betreffen zwar vor allem das Strafverfahren (unter Einschluss polizeilicher Ermittlungen), haben aber auch bei typisch verwaltungsrechtlichen Sachverhalten, z.B. bei gewerberechtlichen Aufsichtsmaßnahmen und Inspektionen, Bedeutung (→ 5/9–14). Eine weitere prozedurale Garantie bietet das V. Amendment (1791) mit dem Schutz gegen Selbstbezeichnung.⁶ Auch sie bezieht sich primär auf Strafverfahren, kann Vorwirkungen aber auch schon in Verwaltungsverfahren entfalten.⁷
- 5 Bereits auf Verfassungsebene zeigt sich damit: Das Verwaltungsverfahrensrecht ist jeweils auf bestimmte Entscheidungssituationen zugeschnitten. In der Entwicklung solcher für spezifische Eingriffslagen „maßgeschneiderter“ Gestaltungen beweist das amerikanische Recht eine hohe Sensibilität für das, was eine der jeweiligen Gefährdungssituation eines Rechts adäquate prozedurale Reaktion ist.⁸ „Due process is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands“⁹ Situationsgerechtigkeit, Flexibilität und Sensibilität haben allerdings auch eine Kehrseite: Sie erschweren es, sich in den unterschiedlichen Schichten des einschlägi-

5 Pierce, Process, § 6.1; ähnlich Breyer/Stewart, 457; Lawson, 303; knappe, präzise Erläuterungen zu den einzelnen Rechtsquellen bei Strauss, Justice, 259–274.

6 „No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself“.

7 Zur Anwendung der Klausel in Verwaltungsverfahren vgl. Gellhorn, 98 f. Zum deutschen Recht Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung.

8 So 397 U.S. 254, 269 (1970) *Goldberg v. Kelly*: „The opportunity to be heard must be tailored to the capacities and circumstances of those who are to be heard“.

9 So 424 U.S. 319, 334 (1976) *Mathews v. Eldridge*.

gen Rechts zu orientieren und die Ergebnisse richterlicher Entscheidungen vorherzusehen.

Eine umfassende Darstellung des amerikanischen Verwaltungsverfahrensrechts müsste die Regelungen der unterschiedlichen Rechtsquellen, ihre Beziehungen zueinander und die von ihnen in unterschiedlicher Weise erfassten Verwaltungshandlungen matrixartig behandeln. Das ist hier jedoch weder zu leisten noch auch nur anzustreben. Vielmehr geht es im Folgenden darum, vier Rechtsquellen vorzustellen, ihre Eigenheiten aufzuzeigen und sie gelegentlich zu parallelen bzw. abweichenden Entwicklungen in Deutschland in Beziehung zu setzen.

- Die Due Process Klausel steht für eine Verankerung verfahrensrechtlicher Elementaranforderungen in der amerikanischen Verfassung mit einem tatbestandlich zwar weiten, aber nicht grenzenlosen Anwendungsbereich (A).
- Der Administrative Procedure Act (APA) von 1946 steht für eine Kodifikation des einfachrechtlichen Verwaltungsverfahrensrechts der Verwaltung des Bundes, das die beiden wichtigsten administrativen Handlungsformen („rules“ und „orders“) und das Verwaltungsinformationsrecht erfasst (B).
- Die Einzelstaaten verfügen über eigene Verwaltungsverfahrensgesetze, die sich vielfach an einem Model State Administrative Procedure Act (MSAPA) ausrichten, der mehrfach modernisiert worden ist und heute in der Fassung von 2010 vorliegt (C).
- Schließlich ist auf die praktische Bedeutung der Verfahrensregelungen hinzuweisen, die sich jede Behörde selbst gegeben hat (D).

A. Die Rolle der Due Process Garantie

„No person shall be ... deprived of life, liberty, or property without due process of law“. So hat es die Verfassung der USA in ihrem V. Amendment von 1791 für die Staatsgewalt des *Bundes* und in ihrem XIV. Amendment von 1868 für die öffentliche Gewalt der *Gliedstaaten* unverbrüchlich festgelegt.¹⁰ Nicht ohne Stolz wird an die lange anglo-amerikanische Tradition der Garantie, an ihre historischen Vorfäder in der Magna Charta, an ihre

¹⁰ Zu den beiden Gewährleistungsschichten, dem „procedural due process“ und dem „substantial due process“ vgl. → 2/45. Ergänzt um eine Darstellung der historischen Entwicklung des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts finden sich

Bewährung in der amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung und an ihre Flexibilität erinnert, auch auf die Herausforderungen des modernen Verwaltungsstaates zu reagieren.¹¹ „As a government of limited purposes and insignificant means was transformed into a modern administrative state, the elaboration of the notion of due process of law has been a primary mechanism for the redefinition“¹²

- 8 Selbst wenn die Judikatur heute nur verhältnismäßig selten direkt auf die Klausel zurückgreift, sondern die meisten verfahrensrechtlichen Probleme nach Maßgabe des einfachen Rechts löst, ist die verfassungsrechtliche Due Process Garantie *eine* (wenn nicht *die*) zentrale Referenz des amerikanischen Verwaltungsverfahrensrechts.¹³ Ohne Beachtung der erforderlichen Verfahrenssicherungen darf die Exekutive in die geschützten Rechte nicht eingreifen, die Legislative zu solchen Eingriffen nicht ermächtigen. Die Garantie wirkt präventiv als Handlungssperre und repressiv als Sanktionsnorm. Sie beeinflusst administrative Verfahren ebenso wie Gerichtsverfahren.
- 9 Allerdings ist die Due Process Klausel kein Passepartout zur Lösung jedweden verfahrensrechtlichen Problems. Ausgangspunkt aller Überlegungen müssen vielmehr die *Tatbestandsmerkmale* der beiden verfassungsrechtlichen Garantienormen sein. Was von den Tatbestandsmerkmalen nicht erfasst wird, kann sich auf den besonderen Schutz, den die Due Process *Klausel* gewährt, nicht berufen. Davon zu trennen ist die allgemeine Due Process *Idee* eines fairen Verfahrens, die unbestreitbar auch jenseits des Garantiebereichs der Klausel eine beachtliche Argumentationskraft in rechtspolitischen Diskussionen besitzt.¹⁴ Zwischen diesen beiden Wirkungsbereichen lassen sich zwar Übergangszonen finden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, in der es um das Verwaltungsverfahrensrecht in seiner positivrechtlichen Gestalt geht, sind beide Bereiche jedoch auseinander zu

größere Teile der folgenden Ausführungen schon in meinem Beitrag „Due Process und Grundrechtsschutz durch Verfahren“, AÖR 142, 2017, 325 ff.

- 11 Zur Geschichte *Gilligan*, Due Process and Fair Procedures, 165 ff.; *Sullivan/Massaro*, The Arc of Due Process in American Constitutional Law, 1 ff.
- 12 *Mashaw*, Due Process in the Administrative State, 1 f. und 8.
- 13 *Pierce*, Treatise, § 9.1; ähnlich *Strauss*, Justice, 74 f.
- 14 Rechtsvergleichend *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking. Zur Erstreckung des Gedankens auf trans- und internationale Sachverhalte; *Cananea*, Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure; *Hovell*, The Power of Process. The Value of Due Process in Security Council Sanctions Decision-Making.

halten. Das verlangt eine Auseinandersetzung zunächst mit den Tatbestandsmerkmalen, die den Schutzbereich festlegen, und sodann mit den Rechtsfolgen der Klausel (II).¹⁵

I. Die Tatbestandsmerkmale des Schutzbereichs

Die Due Process Klausel schützt nur bestimmte Rechtsgüter (1), und sie schützt sie nicht gegen jede Art von Beeinträchtigung, sondern nur gegen solche, die sich als „deprivation“ qualifizieren lassen (2).

1. Die Schutzwerte: „life, liberty, or property“

Die Begriffe „*life, liberty, or property*“ wurden zunächst statisch als aus sich heraus bestehende Rechte interpretiert. Dazu unterschied die ältere Judikatur zwischen geschützten „rights“ und nicht geschützten „privileges“. Zu Letzteren zählten staatlich gewährte Vergünstigungen:¹⁶ Gewerbeerlaubnisse, Berufszulassungen, Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst und vor allem der große Bereich staatlicher Sozialleistungen. Ihre Gewährung, aber auch ihr Entzug unterfiel nicht der Due Process Garantie.¹⁷

Die entscheidende Erweiterung des Schutzbereichs brachte die Entscheidung *Goldberg v. Kelly* aus dem Jahre 1970.¹⁸ Der Supreme Court sprach darin einem Empfänger von Sozialhilfe ein Recht darauf zu, in qualifizierter Weise seinen Standpunkt darlegen zu können, bevor die Behörde darüber entscheidet, die Unterstützung vorläufig zu suspendieren. Zur Begründung wird auf die aktuelle Notlage der Empfänger solcher Leistungen, aber auch auf die hohe Bedeutung von Sozialhilfe generell verwiesen: sie solle es demjenigen, der nicht über die notwendigen Mittel verfüge, ermöglichen „to participate meaningfully in the life of the community“; von „the Nation's basic commitment....to foster dignity and well-being“ ist die

15 Chemerinsky, 573 ff.; Pierce, Process, § 6.3; Brugger, Einführung, 222 ff.

16 Schwartz, § 5.11.

17 Für den ausländerrechtlichen Status war schon lange anerkannt, dass der Entzug einer solchen Position und die Deportation unter die Due Process Garantie fallen; vgl. 189 U.S. 86 (1903) *Kaoru Yamataya v. Fischer*, der sog. Japanese Immigrant Case.

18 397 U.S. 254, 263–265 (1970) *Goldberg v. Kelly*.

Rede. Sozialhilfe ist folglich „not mere charity“, sondern stellt eine Rechtsposition dar, die den Schutz der Due Process Klausel genießt. Die sozialphilosophisch inspirierten Formulierungen des Supreme Court stehen denen der Fürsorgepflicht-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von 1954 nicht nach.¹⁹ Ersichtlich bedarf es solcher Ausgriffe, um radikalen Veränderungen im Verständnis der Verwaltungsaufgaben auch richterrechtlich Rechnung tragen zu können. Die Literatur sprach in der Folgezeit von einer „due process revolution“²⁰ Jedenfalls war der Due Process mit *Goldberg v. Kelly* im modernen Leistungsstaat angekommen.²¹

- 13 Eine völlige Ablösung von den Tatbestandsmerkmalen, die von Teilen der Literatur in der Folgezeit empfohlen wurde,²² hat die Rechtsprechung jedoch nicht vorgenommen.²³ Nach wie vor prüft sie die drei Begriffe jeweils getrennt und versucht, zwischen ihnen und den geltend gemachten Interessen ein spezifisches Band herzustellen.²⁴ Eine pauschal geltend gemachte Interessenbetroffenheit reicht nicht aus.²⁵ Notwendig ist eine wertende Bestimmung, welche Interessen die Rechtsordnung als so essentiell ansieht, dass sie ihnen die individualrechtlichen Schutzmöglichkeiten eröffnet. Dabei spielen die Nähe des Interesses zu schon anerkannten Schutzpositionen und die Intensität der Beeinträchtigung eine Rolle.
- 14 Eine so weit gespannte Auffangposition, wie sie Art. 2 Abs. 1 GG in der deutschen Grundrechtsdogmatik darstellt, bietet die Due Process Klausel nicht. Bei der Interpretation der drei Schlüsselbegriffe „life, liberty, or property“ verfolgt der Supreme Court eine mittlere Linie zwischen Öffnung und Bewahrung. Die Klausel fungiert so als „eine elastische Grund-

19 Vgl. BVerwGE 1, 159, 161: „vorverfassungsmäßiges Gesamtbild“, „Menschenwürde“.

20 *Sullivan/Massaro*, 43.

21 *Schwartz*, § 5.13: „The privilege concept developed at a time when the role of government was relatively restrained“.

22 Nachweise bei *Pierce*, Treatise, § 9.4 (S. 754 ff.).

23 Vgl. *Nowak/Rotunda*, § 13.2: „One might assume (incorrectly as it turns out) that the phrase ‚life, liberty or property‘ was to include all aspects of an individual’s life in society, but the Supreme Court has given the phrase a more restrictive meaning.“

24 Das ist die Frage nach dem „entitlement“; dazu Einzelheiten bei *Mashaw/Merrill/Shane*, 351.

25 Vgl. *Pierce*, Treatise, § 9.4 (S. 797), gefordert wird „a significant adverse impact on an individual“.

norm, deren Inhaltsbedeutung einem ständigen Wandel unterworfen ist.“²⁶ Positiv kann man das Pragmatismus nennen. Die dabei immer wieder notwendigen Grenzziehungen werden in der Praxis aber auch als Einfallstore für manche Unsicherheiten wahrgenommen, die sich negativ vor allem dann auswirken, wenn der Supreme Court über längere Zeit gespalten ist. „As a result of persistent strong disagreement among the Justices and inconsistency in the view expressed by each Justice, it is difficult to predict the outcome of a dispute over whether an interest affected by government action is subject to due process protection.“²⁷

2. Der Eingriff: „deprivation“

Das Tatbestandsmerkmal „deprivation“ leitet zu Fragen, die in Deutschland mit dem Begriff des „Eingriffs“ verbunden sind. „Deprivation“ meint ein bewusstes Handeln der Verwaltung. Beeinträchtigungen, die nur bei-läufig oder aus Unachtsamkeit des verantwortlichen Beamten auftreten, lösen den Schutz der Klausel nicht aus.²⁸ Bewusstes Handeln verlangt allerdings keine bestimmte Rechtsform. Auch informale Handlungen sind einbezogen.²⁹ Entscheidend ist, dass der Vorgang in seiner Belastungsintensität so stark ist, dass er als „deprivation“ gewertet werden kann.

Nicht erfasst sind dagegen Auswirkungen, die Verwaltungsentscheidungen auf Drittbeziehungen haben. Deshalb können sich etwa Nachbarn, die sich gegen die Genehmigung eines sie beeinträchtigenden Gewerbebetriebs wenden, nicht auf die Klausel berufen. Ihre verfahrensmäßigen Rechte folgen allein aus dem einfachen Recht.³⁰ Die multipolare Grundrechtskonstellation, die zu *Mülheim-Kärlich* und damit zur Leitentscheidung des „Grundrechtsschutzes durch Verwaltungsverfahren“ führte,³¹ wäre also gerade kein Fall für den Due Process des amerikanischen Verfassungsrechts gewesen.

26 Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 511: die Gerichte beschränkten sich absichtlich darauf, die Klausel „pragmatisch zu handhaben“.

27 So Pierce, Treatise, § 9.4 (S. 797).

28 Chemerinsky, 574 f.

29 Funk/Shapiro/Weaver, 197.

30 Strauss, Justice, 263.

31 BVerfGE 53, 30, 57–61 und die abw. Voten der Richter Simon und Heußner 69–96.

15

16

17 Keine „deprivation“ im Sinne der Due Process Klausel sind ferner alle Eingriffe, die nicht den Einzelnen, sondern die Allgemeinheit betreffen. Der Anwendungsbereich der Klausel sind also Einzelentscheidungen.³² Diese wichtige Weichenstellung vollzog der Supreme Court Anfang des 20. Jahrhunderts in den Urteilen *Londoner v. Denver* (1908) und *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization* (1915).³³ Der tragende Grund für die enge Definition des Eingriffs begriffs ist praktischer Art: „Where a rule of conduct applies to more than a few people, it is impracticable that everyone should have a direct voice in its adoption“.³⁴ Gegen Belastungen allgemeiner Art müssen sich die Betroffenen politisch zur Wehr setzen. Die administrative Rechtsetzung wird folglich im Regelfall nicht erfasst.³⁵ Ihr Verfahrensrecht ergibt sich allein aus dem einfachen Recht (→ 3/65–89). Da außerhalb des Schutzbereichs der Due Process Klausel liegend, darf es von den Gerichten auch nicht mit weiteren prozeduralen Anforderungen aufgeladen werden.

II. Welche Verfahrensregeln sind geboten?

18 „The literal meaning of due process is *fair procedure*. The test of procedural due process is fairness“.³⁶ Den Kern eines fairen Verfahrens bildet die Gelegenheit zur Anhörung, die ihrerseits von weiteren spezifischen Verfahrensgestaltungen umgeben ist. Um den Gesamtbestand besser zu erfassen, ist es hilfreich, sich das Herkommen der Klausel aus dem gerichtlichen Verfahren gegenwärtig zu halten. „Administrative procedure has acquired many of the attributes of courtroom procedure“.³⁷ Trotz aller Beteuerungen, die Due Process Klausel verlange nicht in allen Fällen ein „trial-type hearing“,³⁸ bleibt der gerichtliche Due Process doch das Grundmodell, von dem her gedacht wird, wenn es darum geht, die Einzelheiten festzulegen. Die Frage lautet dann: „When a hearing is required, what kind of hearing

32 Manche Lehrbücher des Verwaltungsrechts behandeln den Due Process daher nicht in einem eigenen Kapitel, sondern in der Rechtsformenlehre bei den „adjudications“.

33 Zum Folgenden *Funk/Shapiro/Weaver*, 251 ff.; *Pierce*, Treatise, § 9.2.

34 Vgl. 239 U.S. 441, 445 (1915) *Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization*.

35 *Asimow/Levin*, § 2.5; *Strauss*, Justice, 260 f.

36 *Schwartz*, § 5.1 (S. 224 kursiv im Original).

37 *Schwartz*, § 5.1 (S. 225).

38 So 397 U.S. 254, 267 (1970) *Goldberg v. Kelly*.

must it be? Specifically, how closely must it conform to the judicial model?³⁹ Vor diesem Hintergrund stellen sich manche Gestaltungen des administrativen Verfahrens als Einschränkung eines an sich garantierten Standards dar, die in Deutschland als Ausgestaltung des prozeduralen Grundrechtschutzes angesehen würden.

1. Auflistung der wichtigsten Garantieelemente

In den Lehrbüchern wird an dieser Stelle eine Liste von Garantieelementen herangezogen, die der Richter *Henry J. Friendly* vor mehr als 40 Jahren bei einem Vortrag in der Universität von Pennsylvania vorgestellt hatte.⁴⁰ Genannt werden:⁴¹ (1) An unbiased tribunal. (2) Notice of the Proposed Action and the Grounds Asserted for it. (3) An Opportunity to Present Reasons why the Proposed Action should not be taken. (4) The Right to present Evidence, including the Right to call Witnesses. (5) The Right to know opposing evidence. (6) The right to cross-examine adverse witnesses. (7) A Decision based exclusively on the evidence presented. (8) Right to Counsel. (9) Requirement that the tribunal prepare a record of the evidence presented. (10) The availability of a statement of reasons for the decision. (11) Public attendance und (12) Judicial review.

19

Die Auflistung soll die Vielfalt der prozeduralen Rechte aufzeigen, die in der Due Process Vorstellung zusammengefasst sind. Einen Schwerpunkt bilden die Instrumente, die eine besonders sorgfältige Sammlung der entscheidungserheblichen *Tatsachen* sicherstellen und dem Berechtigten darauf Einfluss geben sollen. Dabei verbergen sich hinter den einzelnen Begriffen Verfahrensgestaltungen von unterschiedlicher Komplexität. Einige, so etwa „the right to call witnesses“, bezeichnen relativ einfache Vorgänge. Andere dagegen sind nur die Kurzbezeichnung für einen Tatbestand, der seinerseits aus vielen Einzelregelungen zusammengesetzt ist. Um beispielsweise beurteilen zu können, ob eine Verwaltung „unbiased“ ist, sind Fragen mentaler Voreingenommenheit, Verwandtschaftsverhältnisse und sonstige individuelle und institutionelle Kriterien zu prüfen, zu denen ein gro-

20

39 *H. J. Friendly*, „Some Kind of Hearing“, in: 123 U. Pa. L. Rev. 1267, 1268 f. (1975).

40 *H. J. Friendly*, ebd., 1279 ff. Zu Friendly vgl. *D. M. Dorsen*, Henry Friendly, greatest judge of his era, 2012.

41 *Gellhorn*, 836 ff.; *Mashaw/Merrill/Shane*, 316; *Pierce*, Process, § 6.3.4.; *Strauss*, Justice, 91; auch *Schwartz*, § 5.1 (S. 225).

ßer Bestand von Präjudizien vorliegt.⁴² Ähnliches gilt für die Mitteilung („notice“), mit der die Behörde den potentiellen Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts über den beabsichtigten Erlass informieren muss. Dass diese Mitteilung einen zentral wichtigen Baustein des „hearing“ darstellt, ist allgemein anerkannt.⁴³ Welche Form und welchen Inhalt sie haben muss, ist damit jedoch noch nicht gesagt. Hier sind weitere Überlegungen, seien sie theoretischer oder praktischer Art, notwendig.

2. Konkretisierung nach Maßgabe unterschiedlicher Tests

- 21 Für diese schwierige Konkretisierungsarbeit hat die Rechtsprechung bestimmte Prüfungs raster ausgebildet, die fallgruppenspezifisch angewandt werden müssen, letztlich aber auf eine Abwägung der beteiligten Verfahrensinteressen hinauslaufen. Das wichtigste Raster hat der Supreme Court 1976 in der Entscheidung *Mathews v. Eldridge* entwickelt.⁴⁴ Wie in der weichenstellenden Entscheidung *Goldberg v. Kelly* handelte es sich um einen sozialrechtlichen Fall. Konkret ging es um die Suspendierung (nicht den endgültigen Widerruf) bisher gewährter Sozialleistungen und um die Frage, welche Verfahrenssicherungen bereits bei einer solchen nur vorläufigen Maßnahme verlangt werden.
- 22 Während *Goldberg* den üblichen Verfahrensstandard des „judicial trial“ nahezu ohne Abstriche angewandt wissen wollte, geht *Mathews* in einer dreigliedrigen Prüfungsabfolge vorsichtiger vor:⁴⁵
 - Zunächst ist die Interessenposition des Adressaten der behördlichen Maßnahme genauer zu bestimmen. Dazu genügt es nicht, das Eingriffsobjekt allgemein z.B. als Sozialleistungsanspruch zu bezeichnen. Vielmehr werden die besondere Art der Leistung, ihre Bedeutung für den Leistungsempfänger und ihre Stabilität nach Maßgabe der einschlägi-

42 Vgl. *Pierce*, Treatise, § 9.8, wo die Anforderungen an einen „neutral decision maker“ auf mehr als 30 Seiten erläutert werden.

43 *Schwartz*, § 6.4 (die Rechtsprechung zitierend): „It is universally agreed that adequate notice lies in the heart of due process“.

44 424 U.S. 319 (1976) *Mathews v. Eldridge*; dazu *Gellhorn*, 841 ff., 851 ff. und 867 ff.

45 424 U.S. 319, 335 (1976) *Mathews v. Eldridge*; referierend *Pierce*, Treatise, § 6.3.5: the private interest affected, the value of additional procedures, the cost of additional procedures. Von einer „effizienzorientierten Abwägung im Einzelfall“, die „Züge einer ökonomischen Analyse trägt“ spricht *M. Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 70, 2011, 278, 323.

gen Rechtsvorschriften Punkt für Punkt herausgearbeitet. Die besondere analytische Sorgfalt, die die Gerichtsmehrheit in *Mathews* schon auf dieser ersten Stufe des Tests aufwendet, erklärt sich auch aus dem Bemühen, schon im Tatsächlichen eine Abgrenzung zu *Goldberg* zu finden. Im Ergebnis wird die betroffene berufsunfallrechtliche Leistung als weniger existentiell eingestuft als die Hilfe zum Lebensunterhalt, um die es in *Goldberg* ging.⁴⁶ Nicht in Zweifel gezogen wird aber, dass schon der vorläufige Entzug einer solchen Leistung eine „deprivation“ darstellt.

- In einem zweiten Schritt wird sodann das Risiko einer behördlichen Fehlentscheidung bei Zugrundelegung des eingeschlagenen Verfahrens verglichen mit dem Risiko bei Zugrundelegung eines im Lichte des Due Process Gedankens breiter ausgestalteten Verfahrens. Dazu müssen die Gerichte die Effektivität prozeduraler Varianten nach Plausibilitätskriterien bewerten.⁴⁷ In *Mathews* gelangte das Gericht zu der Auffassung, dass die Beurteilung der Berufsunfähigkeit vorwiegend medizinische Fragen betreffe und daher weniger von einer mündlichen Anhörung des Betroffenen profitiere als Beurteilungen der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit.
- Als dritter Faktor des Tests soll als öffentliches Interesse berücksichtigt werden, welchen Aufwand die Verwaltung betreiben muss, um den zusätzlich verlangten Verfahrensvorkehrungen zu entsprechen.⁴⁸ Kosten allein könnten zwar nicht der entscheidende Gesichtspunkt sein; aber es müsse in Rechnung gestellt werden, dass die finanziellen Mittel jedes Sozialprogramms begrenzt sind, so dass ein zusätzlicher Aufwand zu Lasten anderer Leistungsberechtigter gehe.

Im Ergebnis führt die dreigliedrige Prüfungsabfolge zu einem *Bilanzierungsmodell*, das dazu anhält, die Intensität des behördlichen Eingriffs, die Schutzwirkungen der im Streit befindlichen Verfahrenselemente und die

23

46 424 U.S. 319, 340 (1976) *Mathews v. Eldridge*: „The potential deprivation here is generally likely to be less than in *Goldberg*, although the degree of difference can be overstated“. Letztere sei ganz an der Bedürftigkeit orientiert, während berufsunfallrechtliche Leistungen unabhängig von weiteren Einkünften des Betroffenen gewährt würden. Die dissentierenden Richter *Brennan* und *Marshall* nennen diese Annahme „speculative“ (ebd., 350).

47 Ebd., 344: „But procedural due process rules are shaped by the risk of error inherent in the truth-finding process as applied to the generality of cases, not to rare exceptions“.

48 Ebd.: „But the Government’s interest, and hence that of the public, in conserving scarce fiscal and administrative resources is a factor that must be weighed“.

dazu notwendige Ressourceninanspruchnahme möglichst konkret zu bestimmen, zueinander in Beziehung zu setzen und abzuwägen. Private und öffentliche Interessen werden in ein konkretes Verhältnis zueinander gesetzt.

24 Hier tut sich ein breites Feld möglicher Varianten auf, dessen richterrechtliche Bestellung notwendig mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist. Gerade die detaillierten Analysen der Belastungswirkungen des Verwaltungseingriffs und der einschlägigen Verfahrensabläufe, mit denen *Matthews* den kontinentalen Leser beeindruckt, sind für jeden Folgefall eine Quelle weiterer Unsicherheiten.⁴⁹ Das Gericht hat es zwar vermieden, auf die ganz konkrete Situation des Klägers abzustellen, und stattdessen (auch unter Nutzung statistischen Materials) eine typisierende Betrachtungsweise zugrunde gelegt. Nicht der individuelle, sondern der typische Einzelfall soll danach der Referenzpunkt sein. Trotzdem bleibt die Entscheidungssituation in beträchtlichem Maße offen: Jedes administrative Förderprogramm, jede dort vorgesehene Verfahrenskonstellation, jede Beeinträchtigungsart – so unterschiedlich sie sein mögen – können Anlass sein, die Gewichte anders zu setzen und andere Verfahrenselemente als Due Process Gebote zu dekretieren.⁵⁰

3. Unsicherheiten verfassungsgebotener Verfahrensanforderungen

25 Die verfassungsnotwendige Grundstruktur des Anhörungsrechts ist die „Gelegenheit zur Anhörung“, die ihrerseits voraussetzt, dass sich der Betroffene über das Vorgehen der Verwaltung informieren kann. Ob aber auch eine mündliche Präsentation, die Gestellung von Zeugen, „cross examination“ und eine förmliche Beweisaufnahme dazugehören, lässt sich nicht sicher sagen. Das ist allerdings kein Defizit, das, wenn sich Rechtsprechung und Lehre nur gehörig anstrengten, behoben werden könnte. Es liegt vielmehr zu einem ganz erheblichen Teil in den Struktureigenheiten des in Bezug genommenen Mediums „Verfahren“ selbst begründet. Verfahren sind Vorgänge strukturierter Informationsgewinnung und -verarbeitung, die aus einer Vielzahl von Handlungen und Interaktionen bestehen und ihre eigene, nicht in allen Punkten vorhersehbare Entwicklungsdynamik haben. Verfahrenssteuerung ist folglich *Kontextsteuerung*, die nicht linear-

49 Zum Folgenden vgl. auch *Strauss, Justice*, 88 ff.

50 Zum Folgenden meine Ausführungen in *AöR* 142 (2017), 325, 353–358.

kausal in fest umrissene Einzelschritte aufgegliedert werden kann. Der rechtsschützende Effekt einer bestimmten Verfahrensgestaltung lässt sich daher selbst bei genauer Analyse des Entscheidungszusammenhangs nicht im Wege einer juristischer Subsumtion feststellen. Notwendig ist Erfahrungswissen im Umgang mit Institutionen.

Es wundert daher nicht, dass das Anhörungsrecht dort seine größte verfassungsrechtliche Dichte hat, wo es um *gerichtliche* Verfahren geht. Gerichtsverfahren folgen bei allen Unterschieden im Einzelnen einem einheitlichen Strukturtyp, mit dem Juristen zudem an ehesten vertraut sind. Auf dem Felde *administrativer* Verfahren sieht das ganz anders aus. Hier herrscht das Bild großer Vielfalt der Verfahrenszwecke, der Verfahrensbeteiligten und der Verfahrensstrukturen. Das kann angesichts der Vielfalt der Aufgaben und Erscheinungsformen moderner Verwaltung auch gar nicht anders sein. Entsprechend vielfältig und diffus verteilt ist das Erfahrungswissen über die Interaktionen der Beteiligten und die Effekte bestimmter Verfahrensarrangements. Ein Urteil darüber, was auf diesem Felde verfassungsrechtlich geboten ist, wird immer mit erheblichen Bewertungsunsicherheiten belastet sein. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Probleme der Due Process Klausel in dem Augenblick besonders drängend wurden, als der Supreme Court sich anschickte, sie auf neue Verwaltungsagenden zu erstrecken.

„A not-at-all-surprising result is to encourage judges to accept resolution of procedural issues by legislature or others better placed to make these complex yet general assessments“⁵¹ Mit diesen kommentierenden Bemerkungen zu *Mathews v. Eldridge* zeigt Peter Strauss einen Funktionszusammenhang auf, der auch in der deutschen Rechtsentwicklung nachweisbar ist: Praktisch handhabbares Verfahrensrecht lässt sich im Verwaltungsrecht ohne die Konkretisierungsleistungen der Gesetzgebung nicht gewinnen.⁵² Die Due Process-Klausel und der Grundrechtsschutz durch Verfahrensverfahren geben nur einen weit gespannten Rahmen, innerhalb dessen die Gesetzgebung eigenständig agiert. Wird das nicht beachtet, kann die beeindruckende Vielfalt der Gewährleistungselemente, über die die Due Process-Klausel in ihrer historischen Bindung an das *gerichtliche* Verfahren ver-

51 So Strauss, Justice, 89 f; vgl. auch Fehling (Fn. 45), VVDStRL 70, 2011, 278, 323 f.

52 BVerfGE 60, 253, 295: „Dem Gesetzgeber kommt dabei in Bezug auf Organisation und Verfahren eine weite Gestaltungsfreiheit zu. Aus den materiellen Grundrechten lassen sich hierfür nur elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensanforderungen ableiten.“

fügt, zur Belastung werden, wenn es um ihre Anwendung in der *administrativen* Handlungsformenvielfalt geht.

B. Der Administrative Procedure Act von 1946

28 Die wichtigste gesetzliche Referenz für das allgemeine Verfahrensrecht der Bundesverwaltung ist der Administrative Procedure Act von 1946. Das Gesetz regelt das behördliche Verfahren. Es trifft aber auch die grundlegenden Festlegungen für den gerichtlichen Rechtsschutz in Verwaltungssachen. Eine Reihe von Novellierungen hat den APA außerdem zu einer wichtigen Quelle des Verwaltungsinformationsrechts gemacht.

I. Kompromiss zwischen konträren Verwaltungskonzepten

29 Der APA ist das Ergebnis einer bis an den Beginn der dreißiger Jahre zurückreichenden stark politisierten Rechtsentwicklung, in der es zentral um die Legitimität des „*administrative state*“ ging.⁵³ Angesichts der deutlichen Ausweitung administrativer Aktivitäten im New Deal war der Ruf nach einem Ausgleich durch einschränkende Verfahrenssicherungen immer lauter geworden. Prominent engagiert war die American Bar Association. Ein mit diesem Ziel von ihr unterstütztes und vom Kongress verabschiedetes Gesetz hatte Präsident Franklin D. Roosevelt jedoch an seinem Veto scheitern lassen.⁵⁴

53 Ausführlich *G. B. Shepherd*, Fierce Compromise: The Administrative Procedure Act emerges from New Deal Politics, in: 90 Nw. U. L. Rev. 1557 (1996); *M. D. McCubbins/R. G. Noll/B. R. Weingast* (acronym McNollgast), The Political Origins of the Administrative Procedure Act, 15 JLEO 180 (1999); *Morstein Marx*, Amerikanische Verwaltung, 164: „ein Waffenstillstand zwischen wichtigen Einflüssen, die in der Öffentlichkeit um Anerkennung rangen.“ Kurze Darstellungen der Entstehungsgeschichte auch bei *Breyer/Stewart*, 34 ff.; *Lawson*, 304 f.; *Pierce*, Treatise, § 1.4; *Becker*, Verwaltungsverfahren, 146 ff.; *Erath*, Verwaltungsverfahren, 80 ff.

54 Das Gesetz galt ihm als Ausdruck von „repeated efforts by a combination of lawyers who desire to have all the process of government conducted through lawsuits and of interests which desire to escape regulation“ (zitiert nach *Breyer/Stewart*, 36). Anschaulich zu den zeitgenössischen Auseinandersetzungen aus politikwissenschaftlicher Sicht *L. E. Lynn jr.*, The Myth of the Bureaucratic Paradigm, 61 PAR 144 ff. (2001).

Zur Versachlichung der rechtspolitischen Diskussionen trug dann das 1939 berufene *Attorney General's Committee on Administrative Procedure* bei, das sich zunächst einmal intensiv bestandsaufnehmend mit der Praxis der einzelnen Bundesbehörden beschäftigte.⁵⁵ Sein 1941 vorgelegter Schlussbericht kannte zwar noch ein verwaltungsfreundliches Mehrheitsvotum und ein auf weitere Regelungen dringendes Minderheitsvotum.⁵⁶ Die Gegensätze konnten in den Folgejahren jedoch weiter abgebaut werden. Anfang 1946 fand das Gesetzgebungsprojekt in Senat und Repräsentantenhaus breite Zustimmung und konnte nach Unterzeichnung durch Präsident Truman mit Datum vom 11. Juni 1946 veröffentlicht werden.⁵⁷ Damit waren die wichtigsten Eckpunkte des Verwaltungsverfahrensrechts und des gerichtlichen Verwaltungsrechtsschutzes des Bundes gesetzlich geregelt. Im selben Jahr erging außerdem der Federal Tort Claims Act, in dem die USA auf einen wesentlichen Teil der ihnen zustehenden „sovereign immunity“ in Staatshaftungssachen verzichteten (→ 4/149–153). Diese Zusammenhänge zwischen primärem und sekundärem Verwaltungsrechtsschutz sollten bei der Bewertung der amerikanischen Verwaltungsrechtsentwicklung stärker als bisher beachtet werden.⁵⁸

Der APA ist ein Kompromiss am Ende eines Weges, der von Auseinandersetzungen um grundlegende Fragen gekennzeichnet war.⁵⁹ Positiv ist das Gesetz „a formula upon which opposing social and political forces have come to rest“.⁶⁰ Kritisch lässt sich sagen: „The APA's development was not primarily a search for administrative truth or efficiency...Instead, the fight over the APA was a pitched political battle for the life of the New Deal“.⁶¹ Verglichen damit verlief die deutsche Entwicklung, die zum Verwaltungsverfahrensgesetz von 1976 führte, wesentlich unpolitischer. Sie hatte auf

31

55 Zur Arbeit des Gremiums vgl. *Shepherd* (Fn. 53), 90 Nw. U. L. Rev. 1557, 1594 ff. (1996).

56 Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure, 1941; dazu *G. B. Shepherd*, ebd., 1632 ff.

57 Pub. L. 79–404; 60 Stat. 237.

58 Treffend *Schwartz*, § 9.18: „Tort Suits as Review Actions“; ebenso *Strauss*, Justice, 521 ff.

59 Den Kompromiss aufschlüsselnd *M. Shapiro*, APA: Past, Present, Future, 72 Va. L. Rev. 447, 452 ff. (1986): Die Bestimmungen über Einzelfallentscheidungen (adjudication) als Erfolg der Konservativen, die Bestimmungen über die administrative Normsetzung (rulemaking) als Sieg liberaler New Dealer.

60 So U.S. 435, 519, 547 (1978) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* unter Bezugnahme auf 339 U.S. 33 (1950) *Wong Yang Sung v. McGrath*.

61 *Asimow/Levin*, 4.

Landesebene zwar früher während der Weimarer Zeit begonnen,⁶² blieb aber auf konventionelle Ziele begrenzt.⁶³ Streitige Themen wie die zeitgenössische Bürokratiekritik waren nicht ihr Gegenstand.⁶⁴

32 Die amerikanische Verfahrensgesetzgebung setzte dagegen wesentlich breiter an. Das 1947 herausgegebene Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act nennt vier Ziele des APA:⁶⁵

- „1. To require agencies to keep the public currently informed of their organization, procedures and rules (sec. 3).
2. To provide for public participation in the rule making process (sec. 4).
3. To prescribe uniform standards for the conduct of formal rule making (sec. 4 (b)) and adjudicatory proceedings (sec. 5), i.e., proceedings which are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing (secs. 7 and 8).
4. To restate the law of judicial review (sec. 10).“

Hier stehen die Aufgaben administrativer Politikgestaltung sowie deren öffentliche Kommunikation und deren Einbindung in das Gefüge der Staatsfunktionen im Vordergrund. „Adequate public information“ war von Anfang an ein wichtiges Ziel das auf das gesamte Verwaltungsrecht ausstrahlen sollte.⁶⁶ Dass dabei auch der Einzelfall zu seinem Recht kommen muss, wurde nicht übersehen. Zugleich aber wurden der größere Rahmen, in

62 Vgl. dazu nur die Angaben bei *Schmidt-Aßmann* (Fn. 10), AöR 142, 2017, 325, 339–348.

63 Vgl. die Amtliche Begründung zum VwVfG-Entwurf von 1970, Bundestags-Drs. VI/1173 S. 24f. Es geht um Rechtsvereinheitlichung, Verwaltungsvereinfachung und die Rechtsstellung des Einzelnen in seinen alltäglichen Kontakten zur Verwaltung. Interessant dort S. 28 die Bemerkungen zum APA der USA: „Dieses Gesetz ist mit kontinentaleuropäischen Verfahrensgesetzen nur schwer vergleichbar, da ihm eine ganz andere Konzeption zugrunde liegt.“

64 Zu den in Politik und Wissenschaft seinerzeit dazu durchaus vorhandenen Auseinandersetzungen *P. Cancik*, Zuviel Staat? – Die Institutionalisierung der „Bürokratie“-Kritik im 20. Jahrhundert, in: *Der Staat* 56, 2017, 1 ff. Dazu → 6/44–49.

65 Attorney General's Manual, I. Fundamental Concepts unter c).

66 Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure, 1941, Chap. 2 S. 25: „An important and far-reaching defect in the field of administrative law has been a simple lack of adequate public information concerning its substance and procedure“.

den die Einzelfälle eingebunden sind, und die auf seine Ausgestaltung einwirkenden politischen Kräfte in das Verfahrenskonzept einbezogen. Zur individual-rechtsstaatlichen trat die demokratische Funktion des Verwaltungsverfahrens. Konsequent bildete daher die Normsetzung der Verwaltung von vorneherein einen integralen Teil des APA.⁶⁷ „Rulemaking“ und „adjudication“ wurden als zwei komplementär wirkende Handlungsformen verstanden, die der Verwaltung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stehen.⁶⁸

Nicht alles war neu. Der Gesetzgeber konnte für zahlreiche Fragen auf das 33 Fachrecht, auf eine eingespielte Verwaltungs- und Gerichtspraxis und auf Regelungen zurückgreifen, die sich einzelne Behörden selbst gegeben hatten.⁶⁹ Neu waren die systematische Aufarbeitung des Stoffes und das daraus entstandene Regelungskonzept. Heute gilt der APA als Dokument, das traditionelle Vorbehalte gegenüber staatlicher Regulierung abzubauen geholfen hat.⁷⁰ Manche sehen in ihm sogar ein „superstatute“, das weit in die fachgesetzliche Rechtsetzung ausstrahle und einen quasi-konstitutionellen Rang einnehme.⁷¹ Ob dem Gesetz damit auch ein besonderer Interpretationsstatus zuerkannt werden sollte, ist allerdings zweifelhaft.⁷² Der historisch bedingte Kompromisscharakter des APA mahnt zur Vorsicht.⁷³ Die Hintergrundspannungen können immer wieder aufbrechen, wenn die Rechtsentwicklung einseitig vorangetrieben wird. Das zeigen im Augenblick die Bestrebungen konservativer Rechtspolitik, den APA durch eine Verschärfung der Verfahrensanforderungen an die Rechtsetzung der Behör-

67 Zu entsprechenden Aktivitäten der American Bar Association vgl. *Vanderbilt, Minimum Standards of Judicial Administration*, 454, 461: „The importance of the administrative rule-making power and the need for its exercise under modern conditions have led to increasing emphasis upon safeguards necessary to ensure against abuses“.

68 Vgl. *Pierce*, Treatise, § 6.8 (S. 495 ff.). Zur Ausklammerung der Handlungen des Präsidenten und seines Verwaltungsstabes → 2/108.

69 Vgl. *Mashaw*, Creating the Administrative Constitution, 311 f.

70 *G. B. Shepherd* (Fn. 53), 90 Nw U. L. Rev. 1557, 1678 (1996): „The APA was the bill of rights for the new regulatory state“.

71 Dazu *K.E. Kovacs*, Superstatute Theory and Administrative Common Law, 90 Ind. L. J. 1207, 1223–1237 (2015).

72 Zu Besonderheiten der Interpretation eines „superstatute“ (allerdings ohne spezielle Bezugnahme auf den APA) *W. N. Eskridge/J. Ferejohn*, Super-Statutes, 50 Duke L. J. 1215, 1249 (2001).

73 Dagegen *Kovacs* (Fn. 71), 90 Ind. L. J. 1207, 1242–1254 (mit dem Argument, der APA werde nicht von einer einzigen Behörde vollzogen, so dass es an der erforderlichen deliberativen Rückkoppelung an die Öffentlichkeit mangle).

den und durch eine Intensivierung der gerichtlichen Kontrolle zu einer gegen den „administrative state“ gerichteten Bastion umzuformen.⁷⁴

II. Das Verfahrenskonzept des APA

34 Der APA verband von Anfang an klassische rechtsstaatliche Bauformen mit partizipatorischen-politischen Regelungselementen und bildete sie zu zwei Verfahrensmodellen aus.⁷⁵

1. Ausrichtung an Formen des Verwaltungshandelns

35 Ein erstes Kennzeichen des APA ist seine Ausrichtung an bestimmten Formen des Verwaltungshandelns.⁷⁶ Die vorgesehenen Verfahrensvorschriften sind grundsätzlich nur dann einschlägig, wenn es um Normsetzung („rule-making“) oder um den Erlass von Einzelfallentscheidungen („adjudication“) geht. Die empirischen Vorarbeiten zum APA hatten zu der Erkenntnis geführt, dass „rules“ und „orders“ zwar nicht die einzigen, wohl aber besonders wichtige Handlungsformen der Verwaltungen darstellten.⁷⁷ Auf sie konzentrierten sich die weiteren Arbeiten. Dass andere ebenfalls wichtige Arten des Verwaltungshandelns, vor allem die Verträge der Verwaltung, nicht erfasst sind, stieß von Anfang an auf Kritik.⁷⁸ Auch die schwierige Aufgabe, für die immer wieder neuen Erscheinungen des informalen Verwaltungshandelns adäquate Sicherungen zu finden, bleibt dem amerikanischen so wenig wie dem deutschen Verwaltungsrecht erspart.⁷⁹

74 Vgl. C. R. Sunstein/A. Vermeule, *Libertarian Administrative Law*, 82 U. Chi. L. Rev. 393, 464–468 (2015); auch → 1/39–47 und → 6/16–40.

75 Vgl. nur *Lawson*, 304 ff. Zur späteren Einbeziehung des Verwaltungsinformationstrechts → unter III und im 5. Kap.

76 Vgl. Attorney General’s Manual, S. 14: „More broadly, the entire Act is based upon a dichotomy between rule making and adjudication“; *H.D. Jarass*, Besonderheiten des amerikanischen Verwaltungsrechts im Vergleich, DÖV 1985, 377, 380.

77 *Gellhorn*, 34: „the two basic categories of agency action“.

78 z. B. *Gellhorn*, ebd.

79 Vgl. → 3/163–166. Speziell zu „guidance documents“ → 3/102–107.

2. Modell: „trial-type procedure“

Wichtige Elemente, aus denen sich die im APA vorgesehenen Verfahren zusammensetzen, sind dem gerichtlichen Verfahren entnommen. Das ist historisch naheliegend, weil der Richter der Urtyp des hoheitlichen Entscheiders, das Gerichtsverfahren das Grundmodell fallbezogener staatlicher Entscheidung ist. Die elementaren Gebote des „audi et alteram partem“ und des „nemo iudex in causa sua“ sind zunächst für gerichtliche Verfahren entwickelt worden – oder anders formuliert: sie stammen aus Zeiten, in der zwischen administrativem und judikativem Handeln noch kein strikter Trennstrich gezogen wurde. Anleihen des Verwaltungsverfahrensrechts beim gerichtlichen Prozessrecht sind folglich ein vielfach feststellbarer Befund.

Für das amerikanische Rechtsdenken ist er besonders prägend.⁸⁰ Konsequent stellt der APA das zentrale Regelungselement des gerichtlichen *Verfahrens*, das „Hearing“, in den Mittelpunkt.⁸¹ Es ist in seinem Ablauf und in seinen Wirkungen strikt formaler Natur (§§ 556–557 APA): betrieben von Parteien, die mit festen prozessualen Rechten ausgestattet sind, durchgeführt von einem in seiner Rechtsstellung herausgehobenen „presiding officer“ und einmündend in einen Untersuchungsbericht, der die Grundlage der zu treffenden Verwaltungsentscheidung und gegebenenfalls auch einer späteren gerichtlichen Kontrolle bildet.

Das justizförmige Verfahren ist freilich aufwändig und mit den Anforderungen moderner Verwaltungen nicht leicht in Einklang zu bringen. Das wurde bereits bei der Ausarbeitung das APA zutreffend erkannt. Das Modell der „trial-type procedures“ ist zwar repräsentativ. Aber es ist nur anzuwenden, wenn das im Fachrecht besonders vorgesehen ist.⁸² Solche Vorschriften sind jedoch in der Gesetzespraxis nicht eben häufig anzutreffen. Die große Masse der *Einzelentscheidungen* („orders“), das sozusagen alltägliche Geschäft der Behörden, wird vom APA folglich nicht erfasst. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum deutschen VwVfG, dessen allgemei-

80 Freedman, Crisis and legitimacy, 21 ff.; ferner Erath, Verwaltungsverfahren, 64 ff. und 80 ff.

81 Vgl. Pierce, Treatise, § 7.2 (S. 562) zu §§ 556 und 557 APA: „procedures closely analogous to a judicial trial“; und weiter dort § 8.2 (S. 702–703). Ähnlich Funk/Shapiro/Weaver, 196.

82 So für „rules“ § 553(c): „required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing“. Ähnlich für „orders“ § 554(a). Weiter dazu → 3/119.

ne Vorschriften (Teile II-IV) als „Standardverfahren“ subsidiär überall dort Anwendung finden, wo das Fachrecht keine eigenen Regelungen getroffen hat.⁸³

3. Modell: „notice-and-comment“

39 Auch für die *Normsetzung* ist das formelle Verfahren der §§ 556 und 557 APA nicht zum Standardverfahren geworden.⁸⁴ Hier hatte der APA jedoch schon von Anfang an auch noch ein zweites Verfahrensmodell vorgesehen: das „notice-and-comment“ Verfahren. Die Anwendung der entsprechenden Regelungen in § 553(b)-(d) APA ist nicht davon abhängig, dass die Vorschriften fachgesetzlich besonders in Bezug genommen werden. Das Verfahren ist entgegen seiner Ausflaggung als „informal rulemaking“ allerdings alles andere als einfach und formlos. Zwar ist die Strenge des gerichtsähnlichen förmlichen Verfahrens gemildert; aber das Grundanliegen eines einsichtigen, neutralen und fairen Verfahrens ist erhalten geblieben und um Elemente einer breiten Öffentlichkeitsbeteiligung ergänzt worden. Die Ziele der Transparenz, der Partizipation und der Rationalität geben dem Verfahren sein Profil und machen es zu „dem“ Repräsentanten demokratischer Entscheidungsfindung. Es ist dieses Verfahren, das dem APA auch im Rechtsvergleich große Beachtung sichert (→ 3/89–92).

III. Die weitere Entwicklung

40 Nach dem Inkrafttreten des APA setzte zunächst eine Phase der Konsolidierung ein. Die Gerichte waren damit beschäftigt, eine Reihe von Streitfragen zu klären und die im Gesetz normierten Verfahrensbestimmungen weiter auszudifferenzieren. Seit den 1970er Jahren zeichneten sich auf den Gebieten des Sozialrechts, des Umweltrechts und der Bürgerrechte allerdings neue Entwicklungen ab, die auch auf das allgemeine Verfahrensrecht durchschlugen. Einerseits ging es um praktische Fragen: Bei der umweltrechtlichen Normsetzung etwa zeigte sich ein Bedürfnis nach Flexibilisierung der vorgesehenen Verfahrenstypen. Vor allem aber wurden Verände-

83 Zum Konzept des Standardverfahrens vgl. *J.-P. Schneider*, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: *GVwR II*, § 28 Rn. 14 ff.

84 *Schwartz*, § 4.11 (S. 193): „Trial-type procedures, with a requirement of basis on the record, are out of place in rulemaking“.

rungen in den gesellschaftlichen Vorstellungen deutlich, die grundsätzlicher ansetzten und allgemein eine Veränderung der Kommunikation der Verwaltung mit den Bürgern einforderten.

Eine Zeit der Novellierung setzte ein. Der Kern des APA blieb erhalten. Es 41 wurde jedoch eine Reihe ergänzender Gesetze geschaffen und in den APA integriert, mit denen der Kongress auf die skizzierten neuen Herausforderungen reagierte. Zwei im Jahre 1990 erlassene Gesetze, der „Negotiated Rulemaking Act“ und der „Administrative Dispute Resolution Act“, erweitern seither das Spektrum der verfügbaren Verfahren. Ihre praktische Relevanz wird allerdings heute eher gering eingeschätzt.⁸⁵ Wichtiger waren die Novellen, die sich dem großen Thema der Verwaltungskommunikation widmeten. Hier konnte an die allgemeine Informationspflicht in Sect. 3 der ursprünglichen Fassung des APA angeknüpft werden. Dieser Ansatz wurde durch den „Freedom of Information Act“ (FOIA) von 1967 zu einem eigenständigen Regelungssystem ausgebaut (§ 552 APA). Damit waren deutliche Veränderungen im Umgang der Verwaltung mit Informationen auf den Weg gebracht. In gewisser Weise das Widerlager dazu bildete der „Privacy Act“ von 1974 (§ 552a APA). So steht der APA heute für eine *zweigliedrige Systematik*, in der die klassischen entscheidungsbezogenen Verfahren und das allgemeine Verwaltungsinformationsrecht ihren Platz haben.⁸⁶

Mit diesen Regelungsgehalten hat der APA in der Verwaltungspraxis der 42 Bundesbehörden seinen festen Platz. Die insgesamt positive Einschätzung der Gesetzesentwicklung schließt es freilich nicht aus, dass der APA auch immer wieder scharfe Kritik erfahren hat und erfährt: „Rather, it emerges from the conception of government that prevailed in premodern times, and that survives in contemporary governance as the rationale for common law“.⁸⁷ Der Vorwurf, eher rückwärtsgewandt als innovativ zu sein, wird allerdings auch gegenüber dem deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz erhoben.⁸⁸ Er ist unter den heutigen Bedingungen langwährender Gesetzgebungs vorarbeiten und komplizierter Abstimmungsprozesse wahrscheinlich unvermeidlich. Der wichtigste Zugewinn eines Kodifikationsprojekts ist (neben der praktischen Konzentrationswirkung) die von ihm ausgelöste

85 In kodifizierter Form 5 U.S.C. §§ 561–570a und §§ 571–584.

86 Dazu → 5. Kap. 2. und 3. Abschnitt.

87 E. Rubin, It's Time to make the Administrative Procedure Act Administrative, 89 Cornell L. Rev. 95, 104 f. (2003).

88 Vgl. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, 6. Kap. Rn. 139–142.

umfassende Aktivierung des wissenschaftlichen und politischen Diskurses. In diesem Punkte hat der APA, wie der eindrucksvolle Schlussbericht des *Attorney General's Committee on Administrative Procedure* von 1941 beweist, früh Maßstäbe gesetzt.

C. Das Verfahrensrecht der Bundesstaaten und der Model State Administrative Procedure Act (MSAPA)

- 43 Das Verfahrensrecht der einzelstaatlichen Behörden ist noch vielfältiger als das der Bundesbehörden: Bundesrechtlich unmittelbar anwendbar sind nach dem XIV. Zusatzartikel vor allem die Due Process Klausel und die Garantien des IV. Zusatzartikels mit ihren Sicherungen z.B. gegen Durchsuchungen. Der APA des Bundes hat für die Verwaltungen der Staaten dagegen keine Geltung. Da die USA keine den Art. 84 und 85 GG vergleichbare Regelung der föderalen Vollzugsstruktur kennen (→ 2/81–88), ist auch eine Subsidiaritätsklausel, wie sie § 1 Abs. 2 BVwVfG enthält, undenkbar. Staaten oder Gemeinden können sich allerdings, z.B. bei der Durchführung finanzieller Bundesprogramme, freiwillig zur Einhaltung einfachrechtlichen Bundesverfahrensrechts verpflichten. Im Übrigen ergibt sich das Verfahrensrecht für die Staatenbehörden aus dem Recht des jeweiligen Staates unter Einschluss der jeweiligen Verfassung, deren Gewährleistungen oft den Garantien der Bundesverfassung nachgebildet sind, diese u.U. aber auch erweitern oder ganz neue Verfahrensrechte vorsehen.⁸⁹
- 44 Eine Vereinheitlichung des Staaten-Verfahrensrechts ist durch Kodifikationsinitiativen erreicht worden, die zeitgleich mit der Schaffung des APA des Bundes einsetzen. Diese Form der Selbstkoordination erfolgt im Rahmen der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.⁹⁰ Die *Uniform Law Commission* vereinigt Juristen unterschiedlicher Berufsfelder, die von den Staaten ernannt werden. Sie hat das Ziel, den Staaten parteiübergreifend erarbeitete Gesetzgebungsvorschläge in Form von Modellgesetzen zur Verfügung zu stellen. Die Staaten sind in ihrer Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang sie ihre Gesetzgebung nach den Modellvorschlägen ausrichten, vollkommen frei.

89 Vgl. allg. *Briffault/Reynolds*, Sect. D 3 g.

90 Vgl. R. A. Stein, Strengthening Federalism. The Uniform State Law Movement in the United States, in: 99 Minn. L. Rev. 2253 ff. (2015).

Auf dem Gebiete des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts hatte die 45 Kommission bereits 1946 einen ersten *Model State Administrative Procedure Act* (MSAPA) vorgelegt, der bis 1960 von zwölf Staaten übernommen wurde. In den Jahren 1961, 1981 und zuletzt 2010 folgten Neufassungen des Model Act.⁹¹ Die Kommission nimmt dabei auf die unterschiedlichen Traditionen und Vorstellungen, die gerade auf dem Gebiet der Verwaltung zwischen den Staaten bestehen, besondere Rücksicht. Zu viele Detailvorgaben reduzieren die Bereitschaft der Staaten, den Vorschlägen zu folgen. Den in dieser Hinsicht zurückhaltenden Entwurf von 1961 nahm immerhin mehr als die Hälfte der Staaten als Vorlage für ihre Verfahrensgesetze, während der sehr detaillierte Entwurf von 1981 Gefolgschaft nur bei zehn Staaten fand. Der MSAPA 2010 steuert einen mittleren Kurs. Er ist deutlich kürzer als sein Vorgänger, obwohl er sich neu mit der Rolle des Internet im Verwaltungsverfahren auseinandersetzen musste.

Die Arbeiten der *Uniform Law Commission* haben eine Grundstruktur in 46 das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht der Staaten gebracht, die die Orientierung und das Auffinden der wichtigsten Themen erleichtert. Im Zentrum stehen vier große Regelungsbereiche, in der Literatur auch als „major principles“ bezeichnet:⁹² einleitend eine allgemeine Informationsverpflichtung der Behörden gegenüber der Öffentlichkeit, sodann in zwei getrennten Abschnitten das Verfahrensrecht der beiden wichtigsten Handlungsformen der Verwaltung, schließlich Bestimmungen zum gerichtlichen Rechtsschutz. Mit diesem Aufbau kam der MSAPA von 1946 dem im selben Jahr erlassenen APA des Bundes sehr nahe. Zwischen den Verfassern beider Akte bestand in der Vorbereitungsphase ein reger Gedankenaustausch.⁹³ Die späteren Entwürfe des MSAPA hielten an dieser Grundstruktur fest. Die Verfahrensgesetzgebung der Staaten ist ihr weitgehend gefolgt.

Als Ziele der angestrebten Regelungen werden „fairness, efficiency, and ensuring public access to agency information“ genannt.⁹⁴ Nach wie vor bilden die Verfahrensregelungen für „rules“ und „orders“ den Kern des MSAPA. Die einzelnen Verfahrensphasen sind präziser gefasst als im APA, der in diesem Punkte gegenüber seiner ursprünglichen Fassung von 1946

91 Revised Model State Administrative Procedure Act, drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, 2010. Vgl. dort S. 1 ff. zu den folgenden Angaben; ferner Strauss, Justice, 369 ff.

92 Vgl. Cooper, State Administrative Law, I 13.

93 Dazu im Detail Cooper, ebd., 9 ff.

94 MSAPA 2010, Prefatory Note, 2 f.

kaum geändert worden ist. Die jüngeren Fassungen des MSAPA haben dazu die Erfahrungen, die mit dem bisherigen Recht gemacht worden sind, ausgewertet und nutzen den hier sichtbaren Variantenreichtum für ihre eigenen Vorschläge. Ihren Hauptzweck sehen sie darin, „best practices“ aufzuzeigen. Die Begründungen liefern viel Anschauungsmaterial auch für die Wandlungen und Wellenbewegungen der Verwaltungspolitik in Verfahrensfragen.

48 Das Verwaltungsinformationsrecht bleibt eigenständigen Gesetzen vorbehalten. 1980 legte die Uniform Law Commission 1980 einen „*Uniform State Information Practice Code*“ vor. Ausführlich wird darin der Grundkonflikt zwischen der Publizität von Verwaltungsinformationen einerseits und den Interessen des Datenschutzes andererseits thematisiert. Einige Staaten sind diesem integrativen Ansatz gefolgt, der die Ambivalenz des modernen Verwaltungsinformationsrechts besonders gut aufzeigt.⁹⁵ Der MSAPA 2010 lässt diese Vorschriften unberührt. Er konnte sich darauf beschränken, unter der Überschrift „Public Access to Agency Law and Policy“ die Pflichten der Behörden, über ihre Tätigkeit, ihre Vorhaben und ihre Entscheidungen öffentlich zu informieren, genauer zu fassen und die entsprechenden Vorgänge auf Internet-Kommunikation einzustellen (§ 201–203).

Die folgenden Erörterungen werden auf den MSAPA vor allem dort eingehen, wo er gegenüber dem APA eigenständige, innovative Lösungen anbietet.

D. Das von den Behörden selbst erlassene Verfahrensrecht

49 Noch umfangreicher als das Verfahrensrecht der Fachgesetze und des APA bzw. MSAPA sind die Vorschriften, die sich die Behörden zur Regelung ihres Verfahrens selbst geben.⁹⁶ Für Deutschland ist das eine ungewohnte Vorstellung. Soweit eine untergesetzliche Konkretisierung des Verfahrensrechts angezeigt ist, geschieht sie hier üblicherweise durch Rechtsverordnung der Regierung auf Grund entsprechender Ermächtigung im Gesetz,

95 So verfügt Hawaii seit 1988 über einen Uniform Information Practices Act. Treffend dort 92 F 2(2): „The policy of conducting government business as openly as possible must be tempered by a recognition of the right of the people to privacy, as embodied in section 6 and section 7 of Article I of the Constitution of the State of Hawaii“.

96 Strauss, Justice, 274.

eventuell auch durch Verwaltungsvorschriften vorgesetzter Behörden. Nach amerikanischem Verständnis besitzen die Behörden eine weit gefassste Befugnis, im Rahmen des einschlägigen Gesetzesrechts eigene Verfahrensregelungen zu treffen.

Oft verlangen die Gesetze eine solche *Selbstprogrammierung in Verfahrensangelegenheiten* ausdrücklich. Schon der APA in seiner ursprünglichen Fassung von 1946 verpflichtete die Behörden, im Federal Register den Verfahrensgang „including the nature and requirements of all formal and informal procedures“ zu veröffentlichen (sec. 3(a)(2)). Die Fachgesetze und das allgemeine Verwaltungsinformationsrecht haben diese Pflicht intensiviert und verfeinert.⁹⁷ Für das behördliche Verfahrensrecht der Staaten schafft § 205 MSAPA 2010 die Möglichkeit einer Vereinheitlichung. Dazu kann der Governor des Staates „standard procedural rules“ erlassen. Die Behörden müssen ihre Verfahrensregelungen dann daran ausrichten und dürfen nur abweichen, wenn sie Gründe dafür benennen können. Die Vorgabe von standardisiertem Verfahrensrecht hat auch den Zweck, gerade kleinere Behörden zu unterstützen. Neben dieser Möglichkeit halten die Regierungen vielfach Handbücher („manuals“) vor, in denen sich die Behörden bis ins Detail darüber informieren können, welche einzelnen Schritte sie zu vollziehen haben.⁹⁸

Die Rechtsetzungstätigkeit der Behörden in Verfahrensfragen bedient sich unterschiedlicher *Rechtsformen*: Teilweise werden Verfahrensregelungen in der Form einer Verordnung („regulation“) getroffen. Bei ihrem Erlass sind, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, die Vorschriften des APA über das „rulemaking“ einzuhalten. Sehr viel häufiger sind allerdings Normen, die dieses Maß an Verbindlichkeit nicht anstreben: norminterpretierende Vorschriften, Hinweise auf eine bestehende Verwaltungspraxis, Verlautbarungen über Beteiligungsmöglichkeiten, Merkblätter und Verfahrenshandbücher. Sie gehören zu den „guidance documents“, mit denen eine Behörde die Öffentlichkeit über ihre Politik und die Art ihres Vorgehens informiert (→ 3/102–107).

97 Vgl. für den Informationszugang § 552(a)(1)(B) und (C) APA.

98 Z. B. State of New York, State Department: Rule Making in New York (May 2012).

Zweiter Abschnitt Das Verfahrensrecht einzelner Handlungsformen

52 Die Ausrichtung auf bestimmte Handlungsformen der Verwaltung teilen APA und MSAPA mit kontinentalen Verfahrensrechtskodifikationen, während das englische Recht den Formen administrativen Handelns kaum Beachtung schenkt.⁹⁹ Eine so prominente Stellung, wie sie die Handlungsformen im deutschen Recht besitzen, ist damit allerdings nicht indiziert. Die Formen haben im APA vorrangig verfahrensrechtlichen Zuweisungsgehalt. Sie werden dazu zwar gesetzlich definiert. Eine klare Profilierung als Rechtsformen, wie sie das VwVfG für Verwaltungsakte und Verwaltungsverträge durch Einschluss der wichtigen Bestandskraftlehren bietet, erfahren sie nicht.

53 Lebendig ist dagegen die Einsicht, dass die Handlungsformen *Konstrukte* sind, die die Vielfalt des administrativen Handelns immer nur unvollständig erfassen können.¹⁰⁰ Otto Mayer sah die Situation ähnlich realistisch, als er davon sprach, dass der Rechtsstaat die „flutende Masse der Verwaltungstätigkeit“ nicht nur eingedämmt habe, sondern „auch noch mitten drin fort und fort feste Punkte auftauchen [lasse], welche dem Einzelnen Halt gewähren und ihn darüber sicherstellen, wohin es geht“.¹⁰¹ Die Formen sind „feste Punkte“; aber sie bilden nicht die gesamte Verwaltungsrealität ab. APA und MSAPA selbst nennen neben „rules“ und „orders“ als andere Handlungsweisen der Verwaltung („administrative actions“), u.a. noch „inspections“ und „sanctions“, die praktische Verbindungen von faktischen und rechtlichen Elementen darstellen und für die punktuelle Regelungen geboten werden, die auf bestimmte Gefährdungssituationen reagieren.¹⁰²

54 Schärfert als in Deutschland wird in den USA die *Bewirkungsdimension* der Handlungsformen herausgearbeitet.¹⁰³ Die Formen sind nicht nur die Wegweiser für das jeweils einschlägige Verfahrensrecht, sondern sie sind

99 Vgl. Jarass (Fn. 76), DÖV 1985, 377, 380; M. Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre, 2013, 106 ff. (zu England).

100 Strauss, Justice, 257 f.

101 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, 92 f.

102 Vgl. Gellhorn, 66 ff. Zur Bedeutung von „soft law“ Strauss, Justice, 207 f., 303 ff., 355 f.

103 Allg. zur Bedeutung dieser Dimension vgl. nur W. Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, GVwR II, § 33; Schmidt-Aßmann, Dogmatik, 82 ff.

Instrumente, mit denen Regulierungszwecke erreicht werden sollen. Bevor eine Behörde zu einer bestimmten Handlungsform greift, wird sie sich die Regelungssituation genau ansehen und überlegen, welche Optionen sie hat. „Regulatory choice“, das Ermessen der Formenwahl, ist ein integraler Bestandteil der Darstellung der Handlungsformen.¹⁰⁴ Die Abwägung von Vorteilen und Nachteilen des „rulemaking“ im Vergleich zur Praxis der Einzelfallentscheidung gehört daher zu den Standardthemen der Lehrbücher.¹⁰⁵ Dabei werden nicht nur die rechtsstaatlichen Effekte einer gleichmäßigen, transparenten Steuerung der Praxis, sondern auch Gesichtspunkte der Effizienz und Flexibilität in die Überlegungen eingestellt: Wann sollte eine Behörde zur Normsetzung greifen? Wann muss sie es sogar tun? Sind die vorgeschriebenen Rechtsetzungsverfahren zu kompliziert geworden? Haben der Kongress und die Gerichte die Anforderungen nicht immer weiter gesteigert und damit bewirkt, dass die Behörden heute in informelle Steuerungstechniken ausweichen?¹⁰⁶

A. „Rules“ und „rulemaking“

„Rules“ und „rulemaking“ sind heute der wichtigste Zugang zum Handlungssystem der Verwaltung im amerikanischen Recht.¹⁰⁷ Das war nicht immer so. Zunächst stellten wie in Deutschland auch in Amerika Einzelfallentscheidungen die vorherrschende Form administrativen Handelns dar. Mehr und mehr sind die Behörden jedoch dazu übergegangen, ihre Aktivitäten auf die Normsetzung auszurichten. Gern wird zur Bestätigung und Einordnung dieser Entwicklung ein Wort des späteren Richters des Supreme Court *Antonin Scalia* zitiert, der darin einen Strukturwandel des Verwaltungsrechts sehen wollte.¹⁰⁸

55

104 Dazu nur *Gellhorn*, 385 ff.; *Hickman/Pierce*, 417 ff.; ferner *Breyer/Stewart*, 14 ff.

105 Vgl. die Auflistung bei *Asimow/Levin*, 229–232; ferner die Erörterungen bei *Pierce*, Treatise, § 6.8 und 6.9.

106 Dazu nur *Pierce*, Process, § 6.4.6d: „disincentives to use rulemaking“. Dazu → unten 3/64.

107 Die Executive Orders des Präsidenten (dazu → 2/27–30) gehören nicht in diesen Kontext.

108 „The increased use of rulemaking has changed the whole structure of administrative law“; zitiert nach *Asimow/Levin*, § 5.1; ähnlich die Beobachtung von *Mashaw*, Administration and Democratic Legitimacy, 31: „a strategic agency shift of regulatory action“.

I. Abgrenzungsprobleme

56 Wenn die Formenbegriffe „rules“ und „orders“ ihre Zuweisungsfunktion erfüllen sollen, müssen sie voneinander (1) und von anderen Handlungsweisen der Verwaltung (2) abgegrenzt werden.

1. Die Grenzziehung zwischen „rules“ und „orders“

57 Ungeachtet der großen Bedeutung, die den „rules“ zugeschrieben wird, ist ihre Definition allerdings nach wie vor umstritten – auch zwischen den beiden einschlägigen Verfahrensgesetzen:¹⁰⁹ Der MSAPA stellt ähnlich wie das deutsche Recht auf das Kriterium der Allgemeinheit ab.¹¹⁰ Der APA definiert „rule“ dagegen als „statement of general or particular applicability and future effect“ (§ 551(4)). Erfasst werden sollen damit nicht nur generell-abstrakte Normen, sondern auch bestimmte, auf eine konkrete Situation bezogene Entscheidungen, sofern sie nur das zentrale Kriterium erfüllen, nämlich „future effect“ zu haben. Damit bezieht der APA eine Reihe von Entscheidungen in den Begriff „rules“ ein, die im Aufgabenbestand der großen Bundesbehörden eine besondere Rolle spielen: Entscheidungen auf dem Gebiete der Wirtschaftsregulierung (Tarifgenehmigungen, Preisfestsetzungen und Verfügungen, die Unternehmen zu finanzieller oder organisatorischer Restrukturierung verpflichten).

58 Die Definition des APA hat in der Literatur oft Kritik erfahren.¹¹¹ Trotzdem fragt es sich, ob das Kriterium „future effect“ das Wesen der administrativen Normsetzung nicht besser erfasst, als es die traditionellen Definitionen tun. Normen sind ein Instrument nicht des Vollzuges, sondern der Gestaltung komplexer Regelungssituationen. Sie haben einen spezifischen Auftrag, dessen Wirkungen sich erst in der Zukunft zeigen werden. Sie müssen Entwicklungen prognostizieren. Ihre im Vergleich zu Einzelfallentscheidungen größere Offenheit gegenüber der Zukunft lässt die Optio-

109 Erläuternd *Schwartz*, § 4.2: der „time test“, dem der APA folgt, und der „applicability test“, dem der MSAPA folgt.

110 § 102 MSAPA 2010 definiert „rule“ als „agency statement of general applicability“ (30) und „order“ als Verwaltungsentscheidung, die Rechte oder Interessen „of a specific person“ betrifft (23). In Grenzfällen soll jedoch auch im MSAPA darauf geschaut werden, „what the effect of the statement will be in future“ (so die Erläuterungen ebd.).

111 Vgl. etwa *Pierce*, Treatise, § 6.1 (S. 402 f.).

nenwahl deutlicher hervortreten. „Rules“ sind damit vor allem eine Ausdrucksform, in denen Behörden „policy“ formulieren.

Das deutsche Recht setzt die Akzente anders: Nicht die Norm, sondern die Einzelfallregelung, nicht die politische Gestaltung, sondern der Gesetzesvollzug ist das Zentrum der Handlungsformenlehre. Mit der Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 VwVfG) wird der Wirkungsbereich des Verwaltungsakts auch auf Zwischenformen erstreckt.¹¹² Tarifgenehmigungen und andere Regulierungentscheidungen sind danach als Verwaltungsakte einzustufen.¹¹³ Damit gewinnen sie zwar ein klares, auf Stabilität ausgerichtetes Formenprofil. Die Offenheit des zugrundeliegenden gesetzlichen Entscheidungsprogramms aber wird nicht angemessen erfasst. Die Rechtsform des Vollzugsaktes nährt die Vorstellung eines neutralen, eher technischen Vorgangs, die den gestalterischen Gehalt verdeckt.¹¹⁴

2. „Legislative rules“ und „nonlegislative rules“

In der Frage der Bindungswirkungen geht der APA von einem weiten Begriff der „rules“ aus.¹¹⁵ „The definition of rule is not limited to substantive rules, but embraces interpretative, organizational and procedural rules as well“¹¹⁶ Das verlangt allerdings im Folgenden Differenzierungen.¹¹⁷

Nur ein kleinerer Teil administrativer Normen hat die Kraft, Privatpersonen und Gerichte in einer dem parlamentarischen Gesetz vergleichbaren

112 Zur historischen Entwicklung des Instituts *Wandschneider*, Die Allgemeinverfügung in Rechtsdogmatik und Rechtspraxis, 2009.

113 *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 296 f.; ebenso Festbetragsfestsetzungen für Arzneimittel nach § 35 Abs. 5 SGB V, vgl. BVerfGE 106, 275, 305 f.

114 Zur Neigung der Praxis, auch andere politisch schwierige Entscheidungen in die Form der Allgemeinverfügung zu fassen, *F. Walla*, Kapitalmarktrechtliche Normsetzung durch Allgemeinverfügung?, DÖV 2010, 853 ff.

115 Anders dagegen der MSAPA 2010: Der Begriff „rules“ wird hier von vorneherein auf Normen begrenzt, die rechtliche Verbindlichkeit haben (§ 102(30): „has the force of law“). Normen des Innenrechts („which does not affect private rights“) werden ausgeklammert; → zu „guidance documents“ (§ 102(14)MSAPA) vgl. → 3/102–107.

116 So Attorney General's Manual, S. 12, mit dem Hinweis, dass allerdings nicht alle von ihnen den für das rulemaking in Sec. 4 vorgesehenen Verfahrensanforderungen unterliegen.

117 Zum Folgenden *Strauss, Justice*, 298 ff.

Weise zu binden („force of law“). Die Literatur bezeichnet sie als „legislative rules“ oder auch als „substantive rules“.¹¹⁸ Dafür steht die Form der Verordnung („regulation“) zur Verfügung. „Legislative rules“ müssen in dem vorgeschriebene Rechtsetzungsverfahren erlassen und im gesetzlich festgelegten Publikationsorgan veröffentlicht worden sein.¹¹⁹ Außerdem müssen sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die erkennen lässt, dass gerade Rechtsetzungsmacht übertragen ist.¹²⁰ Da den Anforderungen der „nondeliction“ Doktrin jedenfalls nach der bisher herrschenden Auffassung aber auch durch weit gefasste Klauseln genügt wird,¹²¹ ist die begrenzende Wirkung dieser Voraussetzung gering.¹²² „Legislative rules“ gestatten den Behörden folglich eine recht eigenständige Politikgestaltung. Dieser Effekt wird noch dadurch erhöht, dass Behörden in Fällen unbestimmter Gesetzesbegriffe nach der *Chevron* Doktrin eine Interpretationsprärogative besitzen, die gerichtlich zu respektieren ist (→ 2/67–68). Behörden können auf diese Weise auch Politikwechsel vollziehen, indem sie ihre bisherige Interpretation ändern. Sie müssen dazu die bisherige Verordnung in einem *actus contrarius* förmlich aufheben und durch eine neue ersetzen.¹²³ Dazu ist freilich erneut das vorgeschriebene Verfahren zu durchlaufen. Bremsend wirken weniger die Tatbestandsmerkmale der gesetzlichen Ermächtigung als das Verfahren, das auch dann, wenn es das „informal rulemaking“ ist, immer noch aufwändig ist.

62 Ebenso wie das deutsche kennt das amerikanische Verwaltungsrecht neben den soeben behandelten Normen behördliche Vorschriften und Verlautbarungen in großer Zahl, die nicht in der Form von Verordnungen erlassen werden, aber doch für das Entscheidungsverhalten der Behörde und oft mindestens mittelbar auch für das Bürger-Staat-Verhältnis Bedeutung ha-

118 Vgl. Schwartz, § 4.8; *Hickman/Pierce*, 417 f.

119 Für die „regulations“ der Bundesbehörden ist das das *Federal Register* (F. R.); kodifiziert im *Code of Federal Regulations* (CFR), der in der Abfolge seiner Titel parallel zum United States Code (U.S.C.) aufgebaut ist. Vgl. *Gellhorn*, 65.

120 Schwartz, § 4.3 (S. 169): „They [the agencies E. S.] have no inherent or common law powers“. „Without a statutory delegation, an agency does not have power to promulgate substantive rules and regulations“.

121 Vgl. 351 U.S. 192, 203 (1956) *United States v. Storer Broadcasting Co.*: „The Communications Act must be read as a whole and with appreciation of the responsibilities of the body charged with its fair and efficient operation.“. Ferner → 2/33–37.

122 Beispiele für entsprechende Klauseln bei *Hickman/Pierce*, 417 ff.; vgl. auch *Breyer/Stewart*, 478.

123 347 U.S. 260, 265 f. (1954) *United States ex rel. Accardi v. Shaughnessy*; 418 U.S. 683, 695 f. (1974) *United States v. Nixon*.

ben: „*nonlegislative rules*“. Hierher gehören „interpretative rules“, „rules of agency organization, procedure, or practice“, „general statements of policy“, „advice letters“, „circulars“ und „staff manuals“.¹²⁴ Das sind die Themen, die in Deutschland regelmäßig in Verwaltungsvorschriften behandelt werden.¹²⁵

Solche „*guidance documents*“ sind zunächst einmal Erscheinungsformen 63
legitimer Selbstprogrammierung und Selbstdarstellung der Behörden in einer Rechtsordnung, die gerade besonderen Wert darauf legt, dass Behörden die Öffentlichkeit über ihre Aufgaben, ihre Organisation und ihre Arbeitsabläufe informiert. Die Behörden bedürfen dazu keiner gesetzlichen Ermächtigung.¹²⁶ Vom notice-and-comment Verfahren sind sie ausgenommen.¹²⁷ Es fehlt ihnen deshalb aber auch die förmliche Bindungskraft der „*legislative rules*“. Die Gerichte respektieren die getroffenen behördlichen Festlegungen, etwa die behördliche Auslegung von Gesetzesbegriffen durch „*interpretative rules*“, aber als „a body of experience and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance“.¹²⁸ Entscheidend ist, dass die behördliche Auslegung von dem zugrundeliegenden Gesetzesbegriff begrifflich umfasst („fairly encompassed“) ist und Überzeugungskraft besitzt („persuasive weight“).¹²⁹ Dieser „*Skidmore respect*“ bildet gegenüber „*nonlegislative rules*“ das Minimum an richterlicher Zurückhaltung.¹³⁰

124 Zur verwaltungspolitischen Diskussion vgl. Office of Budget and Management (OMB), Final Bulletin for Agency Good Guidance Practices, Federal Register Vol. 72, No 16, Jan. 2007, S. 3432.

125 Zur Typologie (organisatorische, norminterpretierende, ermessenlenkende und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) F. Ossenbühl, Autonome Rechtssetzung der Verwaltung, in: HStR V, § 104 Rn. 18 ff.; Knauff, Regelungsverbund, 350 ff.; M. Möstl, in: Ehlers/Pünder, Verwaltungsrecht, § 20 Rn. 22.

126 Hickman/Pierce, 417.

127 § 553(b)(A) APA; zu diesen und weiteren Ausnahmen systematisch Breyer/Stewart, 534 ff.; Gellhorn, 178 ff.; Hickman/Pierce, 539 ff.

128 323 U.S. 134, 140 (1944) *Skidmore v. Swift & Co.*

129 Vgl. Gellhorn, 197 f. unter Bezug auf eine Formulierung des Court of Appeals D. C. Cir. in der Rechtssache *Paralyzed Veterans of America v. D. C. Arena*, 117 F.3d 579, 588 (1997).

130 In einigen jüngeren Urteilen deutete sich an, dass sich die Gerichte unter bestimmten Umständen noch weiter zurückhalten könnten. Vgl. die (allerdings auch untereinander divergierenden) Voten der die Minderheit bildenden Richter in 529 U.S. 576 (2000) *Christensen v. Harris County* und 533 U.S. 218, 230 (2001) *United States v. Mead Corp.*; dazu Pierce, Process, § 7.4; Strauss, Justice, 497 ff. Ob sich eine solche Tendenz fortsetzt, ist angesichts der gegenläufigen

64 Die Verwaltungspraxis bedient sich der „nonlegislative rules“ besonders gern.¹³¹ Das Bestreben, auf diese Weise größeren Verfahrensaufwand zu vermeiden, hat zu Ausweichstrategien geführt.¹³² Behörden sind bemüht, die Tatbestände ihrer „regulations“ bewusst weit und undeutlich abzufassen, um sich den Spielraum zu erhalten, sie später durch „interpretative rules“ oder „policy statements“ zu ergänzen und dabei gegebenenfalls auch zu verändern.¹³³ Jedenfalls gibt es immer wieder Rechtsstreitigkeiten, in denen Betroffene sich dagegen wehren, durch „nonlegislative rules“ mit Pflichten belegt zu werden, die nur durch „regulation“ hätten getroffen werden dürfen.¹³⁴ Die Gerichte müssen dann prüfen, ob sich die von der Behörde erlassene Vorschrift von ihrem Zuschnitt her im Rahmen der Ausnahmetatbestände des § 553(b)(A) APA hält oder aber darüber hinausgeht.¹³⁵ Will eine Behörde etwa mit einem „guidance document“ Unternehmen in Ermittlungsverfahren zu einem kooperativen Verhalten bewegen, so kommt es auf die Intensität der Sanktionen an, die sie im Fall einer Weigerung der Zusammenarbeit in Aussicht stellt.¹³⁶ Endgültig geklärt sind die Kriterien, nach denen die Unterscheidung vorzunehmen ist, nicht.

II. Das Standardmodell des notice-and-comment Verfahrens

65 Das wichtigste Verfahrensmodell der administrativen Rechtsetzung ist in den USA das notice-and-comment Verfahren des § 553 APA. Es bildet das Standardverfahren, das die Verwaltungen (vorbehaltlich fachrechtlicher Regelungen) einzuhalten haben, wenn sie verbindlich Recht setzen wol-

Entwicklung, die die Kontrollintensität in anderen Fällen von „deference“ (→ 4/111–113) in jüngster Zeit durchläuft, allerdings sehr zweifelhaft.

131 Empirische Untersuchungen dazu bei *C. Raso*, Agency Avoidance of Rulemaking Procedures, 67 Admin. L. Rev. 65 (2015), mit statistischen Angaben im Anhang S. 128 ff.

132 Dazu Lit. bei *Gellhorn*, 188 ff.

133 Kritisch dazu *Gellhorn*, 189 und 199: „promulgate mush“. Die jüngsten Einschränkungen zur „Auer deference“ (→ 4/112 und 6/35–36) machen diese Strategie allerdings für die Behörden künftig weniger attraktiv; so treffend *J. Mathews*, Presidential Administration in the Obama Era, in: *Kaiser/Petersen/Saurer* (eds.), The U.S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law, 67, 75 ff.

134 *Hickman/Pierce*, 523 ff.

135 Vgl. *Gellhorn*, 191 ff.; ausf. *Pierce*, Treatise, § 6.4 (Interpretative Rules) und § 6.5 (Procedural Rules).

136 174 F.3d 206 (D.C. Cir. 1999), *Chamber of Commerce of the USA v. U.S. Department of Labor*, zit. bei *Strauss*, Justice, 353.

len.¹³⁷ In ihm sind die demokratischen Wurzeln des amerikanischen Verwaltungsrechts besonders präsent. Seine Grundstruktur war bereits in der ursprünglichen Fassung des APA festgelegt worden und hat sich bis heute erhalten. Auch eine moderne Kodifikation wie der MSAPA 2010 modifiziert und exemplifiziert zwar Einzelheiten, hält aber am Grundmodell unverbrüchlich fest. Das notice-and-comment Verfahren ist *der Représentant* der amerikanischen Verwaltungskultur – empfohlener Kandidat für den Rechtsexport ebenso wie Kristallisierungspunkt mancher Kritik.¹³⁸ „The rule making process is construed around the fundamental belief that the people of this state have a right to participate in the development of its laws“¹³⁹ Ein solcher Satz ist in einer Darstellung der Verordnungsgebung in Deutschland schwerlich zu finden.

Die Grundstruktur des Verfahrens ist ein einfacher Dreischritt:¹⁴⁰ (1) Die Behörde kündigt ihre Regelungsabsicht öffentlich an. (2) Die Öffentlichkeit erhält die Möglichkeit zur Äußerung. (3) Die Behörde erlässt die Regelung unter exakt dokumentierter Berücksichtigung der beigebrachten Argumente. Was in der ursprünglichen Fassung des APA noch in wenigen relativ knappen Sätzen ausgedrückt werden konnte, ist unter dem Einfluss der Judikatur und zwischenzeitlich gewonnener Erfahrungen allerdings zu einem komplizierten Regelungsgefüge geworden, das den Behörden durch regierungsamtliche Handreichungen erläutert wird.¹⁴¹ Der MSAPA 2010 fängt es unter Wahrung des Grundmodells in nicht weniger als siebzehn Einzelbestimmungen ein.¹⁴²

66

137 Ausgenommen: militärische und außenpolitische Materien nach § 553(a)(1) APA; Management- und Personalangelegenheiten und verwandte Materien („public property, loans, grants, benefits, or contracts“) nach § 553(a)(2) APA. Zu weiteren Ausnahmen nach Maßgabe der „good cause“ Klausel des § 553(b) (B) vgl. *Pierce, Process*, § 6.4.7d (enge Interpretation, aber anerkannt u.a. für Notfälle).

138 *Strauss, Justice*, 300: „This is the procedure to which Americans generally refer when they speak of rulemaking“.

139 So *State of New York, State Department: Rule Making in New York*, Mai 2012, S. 5.

140 Zum Folgenden *Hickman/Pierce*, 458 ff.; vergleichend *Rose-Ackerman/Egidy/Foukes, Due Process of Lawmaking*, 77 ff. und 191 ff.; *Pünder*, Exekutive Normsetzung, 118 ff. und 140 ff.

141 *Gellhorn*, 119: „over the years the courts have added a quite significant gloss to the § 553's spare statutory terms“.

142 Dazu *R. Beal, Rulemaking: Procedure as it relates to Substance under the 2010 Model State Administrative Procedure Act*, in: 20 *Widener L. J.* 741 (2011); *R.*

1. Die drei prägenden Verfahrensschritte

67 Die drei prägenden Verfahrensschritte bilden nicht nur eine zeitliche Abfolge, sondern einen inneren Funktionszusammenhang, der der Idee nach durch eine Beteiligung der Öffentlichkeit zu einer qualitativ besseren Rechtsetzung führen soll.¹⁴³

a) „General notice“

68 Nach § 553(b) APA hat das Verfahren mit der öffentlichen Bekanntmachung („*general notice*“) des Rechtsetzungsvorhabens im Federal Register zu beginnen. Für die Bekanntmachung ist ein Mindestinhalt gesetzlich vorgegeben. Sie muss Zeit und Ort des Verfahrensablaufs angeben, die Ermächtigungsgrundlage der geplanten Verordnung nennen und den Verordnungsvorschlag enthalten, mindestens aber seinen Inhalt beschreiben. Die Angaben müssen so gefasst sein, dass sie der Öffentlichkeit eine gehaltvolle Partizipation ermöglichen. Dazu ist es notwendig, auch über die Regelungsabsichten, die zugrunde gelegten Methoden und gegebenenfalls über wissenschaftliche Gutachten und Expertenaussagen zu informieren, auf die sich die Behörde stützen will („*expanded notice doctrine*“).¹⁴⁴

69 Bereits früh wurde gegen die mit der Bekanntmachung beginnende erste Verfahrensphase eingewendet, sie setze zu spät ein; wenn die Behörde einen Entwurf der vorgesehenen Verordnung erarbeitet habe, sei sie gegenüber Anregungen und Bedenken nicht mehr aufgeschlossen.¹⁴⁵ Die Kritik hat dazu geführt, dass neuere Fassungen des Verfahrens der Bekanntmachung i.S.d. § 553(b) APA eine Phase vorschalten, in der ein erster Austausch zwischen Behörde und Öffentlichkeit über ein Verordnungsprojekt stattfindet, bevor ein Entwurf vorgelegt wird. Für die Bundesbehörden ist dieses im Fachrecht und in Executive Orders der Präsidenten vorgese-

M. Levin, Rulemaking under the Model State Administrative Procedure Act, dort 855.

143 Vgl. nur Schwartz, § 4.12 (S. 193): „Its purpose is to encourage ‚openness, explanation, and participatory democracy‘ in the rulemaking process and educate the agency, thereby helping to ensure informed rulemaking.“

144 Im Einzelnen Pierce, Process, § 6.4.6a.

145 Strauss, Justice, 302.

hen.¹⁴⁶ Mit vergleichbarem Ziel findet sich in § 303(a) MSAPA 2010 das Institut „advance notice of proposed rulemaking“.

b) „Comment“

Nach der Bekanntmachung muss die Behörde gem. § 553(c)(1) APA jeder interessierten Person Gelegenheit zur Äußerung („through submission of written data, views, or arguments“) geben. Eine Begrenzung des Kreises der Äußerungsberechtigten kennt das amerikanische Recht nicht. Dahinter steht ein pluralistisches Gemeinwohlkonzept: nicht nur bestimmte Gruppen, Verbände oder sonst von der Behörde herangezogene Repräsentanten, sondern *alle* sollen mit ihren Äußerungen zu einer guten Rechtsetzung beitragen können.¹⁴⁷ 70

Innerhalb welcher Frist die Äußerungen abzugeben sind, wird nicht gesagt.¹⁴⁸ Auch die Entscheidung darüber, ob eine Präsentation in Form einer Anhörung vorgesehen werden soll, überlässt der APA dem Ermessen der Behörde. Im Fachrecht und in den Verfahrensgesetzen der Bundesstaaten finden sich Beispiele für eine obligatorische Anhörung. Ein solches „hearing“ kann zwar die Qualität der Informationen verbessern, insbesondere dann, wenn es mit der Möglichkeit verbunden ist, Sachverständige zu befragen und sich mit ihnen kritisch auseinanderzusetzen. Es lässt aber die im APA gezogenen Grenzen zwischen „informal“ und „formal rule-making“ verschwimmen und führt zu einer neuen Art eines „hybrid rule-making“, das das notice-and-comment Verfahren unnötig verkompliziert.¹⁴⁹ 71

Heute zeichnet sich noch eine zweite ambivalente Entwicklung ab.¹⁵⁰ Unter dem Einfluss des E-Government Act von 2002 ist das Verfahren zu 72

146 Z. B. sec. 6(a)(1) der von Präsident Clinton erlassenen Executive Order 12866 „Regulatory Planning and Review“, F.R. Vol. 58, No. 190, 4. Oct. 1993; weiter dazu *Pierce, Process*, § 6.4.6c; *W. Funk, Public Participation and Transparency in Administrative Law*, 61 Admin. L. Rev. 171, 191 ff. (2009).

147 Zur Unterscheidung zwischen einem pluralistischen und einem neo-korporatischen Beteiligungsmodell *F. Bignami, From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law*, in: 59 Am. J. of Comp. L. 859, 885–887 (2011).

148 § 306 MSAPA 2010 nennt eine Frist von 30 Tagen.

149 So *Strauss, Justice*, 307; *Pierce, Process*, § 6.4.10a.

150 *Breyer/Stewart*, 508 ff.

einem öffentlichen Forum geworden, auf dem die Beteiligten die Argumente der Verwaltung Punkt für Punkt durchgehen und sich darüber auch untereinander austauschen können. Die vom Internet geförderte Intensität der Kommunikation kann positiv als Zeichen eines lebendigen demokratischen Prozesses gedeutet werden. Sie birgt aber auch Gefahren:¹⁵¹ Zum einen überfordert sie die Fähigkeit der Behörden, die massenhaft eingehenden Informationen in angemessener Zeit zu verarbeiten. Zum anderen kann sich eine Dynamik entwickeln, die das gesetzlich vorgesehene Verfahren der Informationsgewinnung in ein Referendum umschlagen lässt und dadurch den Verantwortungsbereich der zuständigen Behörde verkürzt.

c) „Consideration of the relevant matter“

- 73 Nach Abschluss der „comment“ Phase muss sich die Behörde mit den beigebrachten Argumenten auseinandersetzen und danach über die endgültige Fassung der Verordnung entscheiden.¹⁵² Dieses Auseinandersetzen ist der springende Punkt. Es soll der Öffentlichkeit zeigen, dass ihre Beiträge ernst genommen werden („meaningful opportunity to participate“), und es soll als Verfahrensergebnis einen Norminhalt garantieren, in dem alle verfügbaren Informationen umfassend und gründlich verarbeitet sind. § 553(c)(2) APA verlangt dazu, dass die Behörde in die Norm „a concise general statement of their basis and purpose“ inkorporiert. So einleuchtend diese Vorgabe ist, so hat gerade dieses Tatbestandsmerkmal die meisten und kompliziertesten Ausformungen in der Rechtsprechung erfahren.¹⁵³
- 74 Das gilt vor allem für die Rechtsetzung in technisch komplizierten und kontroversen Materien wie dem Umweltrecht. Es hat von diesen Gebieten des Fachverwaltungsrechts aber auch auf den Zuschnitt des Verfahrens allgemein ausgestrahlt. Das notice-and-comment Verfahren ist so ein gutes Beispiel, um den Einfluss der Referenzgebiete auf die Lehren des allgemeinen Verwaltungsrechts zu zeigen. Auch ein „rulemaking record“, in dem die

151 Strauss Justice, 319: „giving the process a plebiscitary air that is arguably inappropriate to its rationale“.

152 Entschließt sie sich zu Änderungen des ursprünglich veröffentlichten Entwurfs, so wird eine erneute Beteiligung der Öffentlichkeit notwendig, es sei denn, die beabsichtigte Änderung ist bereits im ursprünglichen Entwurf mit angelegt: „a logical outgrowth of the rule proposed in the notice“ (§ 308 MSAPA 2010).

153 Hickman/Pierce, 489 ff. Als Leitfall dient die Entscheidung *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.* 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977).

Behörden von Beginn an alle den Rechtssetzungsvorgang betreffenden Materialien dokumentieren und öffentlich zugänglich halten müssen, gehört in diesen Zusammenhang. Der APA erwähnt ihn nicht. Doch ist er heute ein unverzichtbarer Teil der Normsetzung und zugleich eine Grundlage für die gerichtliche Kontrolle (§ 302 und § 507(a) MSAPA 2010).¹⁵⁴

Zum „concise explanatory statement“, das der endgültigen Fassung der Norm beizufügen und mit dieser zu publizieren ist, zählen u.a. „the agency’s reasons for adopting the rule, including the agency’s reasons for not accepting substantial arguments made in testimony and comments“ (§ 313 MSAPA 2010). Gerade der zweite Halbsatz veranlasst die Behörden zu ausgreifender Darstellung und Erörterung.¹⁵⁵ Bei umstrittenen Rechtsetzungsakten kann allein die Präambel mehrere Dutzend dreispaltig bedruckter Seiten im Federal Register ausmachen. Das Ausmaß, ja *Übermaß* an verfahrensrechtlichem Aufwand, der in der Zwischenzeit das „informal rulemaking“ kennzeichnet, und die entsprechenden Strategien der Behörden, das Verfahren deshalb zu vermeiden, sind ein Dauerthema der Kritik.¹⁵⁶

2. Das Auf und Ab der Anforderungen

Der Aufschwung, den das „rulemaking“ der Bundesbehörden insbesondere in den Gebieten des Umwelt- und Gesundheitsrechts in den 60er und 70er Jahren nahm, aber auch manche Kritik an der Unabhängigkeit der Behörden haben dazu angeregt, die knappen Formulierungen des APA kreativ auszulegen und sie um Verfahrenselemente anzureichern, die nach überkommenem Verständnis nicht dazugehörten.¹⁵⁷ Für diese Tendenz stand besonders die Judikatur des Court of Appeals (D.C. Circuit).¹⁵⁸

154 Dazu Judikatur bei *Pierce, Process*, § 6.4.6b; vgl. auch *Hickman/Pierce*, 466 f.; *Mashaw*, Reasoned Administration and Democratic Legitimacy, 60 ff.

155 Vgl. *Hickman/Pierce*, 490; *Pierce, Process*, § 6.4.6d.

156 Vgl. nur *W. Wagner*, in: *Bignami/Zaring*, Comparative Law and Regulation, 109, 114 ff., dort auch der Vergleich mit der EU-Rechtsetzung, 120 ff.

157 Vgl. die Darstellung der vielschichtigen Entwicklung, an der auch der Kongress und die Präsidenten mit ihren Executive Orders beteiligt waren, und die in der Literatur als „transformation“ oder auch als „evolution of informal rulemaking“ bezeichnet wird, bei *Strauss, Justice*, 307 ff.; *Hickman/Pierce*, 465 ff.

158 Markant 486 F.2d 375 (1973) *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*; weitere Urteile bei *Hickman/Pierce*, 495 ff.

77 Richterliche Reaktionen dieser Art sind zumal dann nicht ungewöhnlich, wenn es um Verwaltungsentscheidungen geht, die politisch besonders umstritten sind. Hier liegt es nahe, die Anforderungen an die behördliche Aufbereitung des gesammelten Informationsstandes mit der Begründung zu steigern, den Gerichten müsste ein tragfähiger Ansatz für ihre Kontrollaufgaben geboten werden.¹⁵⁹ Ähnliche Rechtsprechungsentwicklungen hat es auch in Deutschland gegeben. Auch die Erfahrung, dass es dabei zu Überzeichnungen kommen kann, ist beiden Rechtsordnungen gemeinsam. In Deutschland haben die immer weiter verschärften Anforderungen, die Oberverwaltungsgerichte an das Verfahren der Bauleitplanung stellten, die Praxis der Gemeinden eine Zeit lang erheblich belastet. Für die USA lautet der Befund: „A typical major rulemaking requires five to ten years to complete and tens of thousands of hours of agency staff work. At the end of that process, courts remand approximately forty percent of agency rules“¹⁶⁰ In der Literatur ist von „ossification“ die Rede.¹⁶¹ Ob sie sich wirklich als Folge überzogener gerichtlicher Anforderungen deuten lässt, ist allerdings umstritten.¹⁶²

a) „Vermont Yankee v. NRDC“

78 Es ist die Aufgabe der höchstinstanzlichen Gerichte, solche Entwicklungen einzufangen und zu korrigieren. Das Bundesverwaltungsgericht sah sich seinerzeit zu der Bemerkung veranlasst, die Gerichte sollten sich nicht „gleichsam ungefragt“ auf Fehlersuche begeben.¹⁶³ In den USA war es die Entscheidung *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defence Council*, mit der der Supreme Court 1978 den Court of Appeals in den Arm fiel.¹⁶⁴ In § 553 APA habe der Kongress seinen Willen zum Ausdruck gebracht, für das „informal rulemaking“ das Höchstmaß dessen festzulegen, was die Gerichte an Verfahrensanforderungen von den Behörden

159 Vgl. *Pierce*, Process, § 6.4.6b.

160 *Pierce*, ebd., § 6.4.6d (S. 290) unter Bezugnahme auf eine empirische Studie von 1990.

161 Zu diesem Phänomen vgl. *Gellhorn*, 1006 ff.; *Hickman/Pierce*, 590 ff.

162 *C. Coglianese*, Empirical Analysis and Administrative Law, in: U. Ill. L. Rev. 1111, 1125 ff. (2002).

163 Vgl. die Nachweise in BVerwGE 116, 188, 196 f.

164 435 U.S. 519 (1978) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*; mit harschen Worten (549): the Court of Appeals should „not stray beyond the judicial province“.

verlangen könnten; die Behörden selbst seien zwar frei, den Beteiligten mehr Rechte einzuräumen; „but reviewing courts are generally not free to impose them if the agencies have not chosen to grant them“¹⁶⁵ An dieser Linie soll vor allem aus praktischen Gründen vorhersehbarer Verfahrensge-
staltung festgehalten werden.¹⁶⁶

Dass es sich im entschiedenen Falle um eine Verordnung handelte, die den Umgang mit radioaktiven Abfällen und damit ein höchst umstrittenes Thema betraf, genügte dem Supreme Court nicht, um einen solchen Sonderfall anzunehmen und verschärfte Verfahrensmaßstäbe anzulegen. Anders als in der in denselben Jahren ergangenen *Mülheim-Kärlich* Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts spielten auch grundrechtliche Erwägungen keine Rolle.¹⁶⁷ Eine schutzrechtliche Dimension der Grundrechte, die in Deutschland zu einer beträchtlichen Aufwertung des Verfahrensrechts geführt hatte, ist in den USA nicht anerkannt. Auch die Due Process Klausel des V. und des XIV. Zusatzartikels war nicht einschlägig, denn sie bezieht sich nach der *Bi-Metallic* Judikatur nur auf Einzelfälle, nicht aber auf die generell-abstrakte Rechtsetzung (→ 3/17). Die „Verfahrenseuphorie“ des Court of Appeals (D.C. Circuit) speiste sich allein aus funktionalen Argumenten des einfachen Rechts, und sie wurde in *Vermont Yankee* mit eben solchen Argumenten wieder eingefangen.

b) „Hard look“ Doktrin

Anerkannt sind dagegen Verschärfungen, die sich vorwirkend aus den Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle ergeben. Den Ausgangspunkt bildet der *arbitrary-and-capricious* Standard des § 706(2)(A) APA, der hier

165 435 U.S. 519, 524 und 543 (1978) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.* unter Bezugnahme auf ältere Judikatur, u.a. 423 U.S. 326, 333 (1976) *FPC v. Transcontinental Gas Pipe Line Corp.*

166 435 U.S. 519, 546 (1978) *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*: „If courts continually review agency proceeding to determine whether the agency employed procedures which were, in the court’s opinion, perfectly tailored to reach what the court perceives to be the ‚best‘ or ‚correct‘ result, judicial review would be totally unpredictable.“

167 BVerfGE 53, 30, 55 ff. und abw. Votum der Richter Simon und Heußner dort 69 ff.

nach Maßgabe eines „hard look“ angewandt wird. Die Leitentscheidung ist das Urteil des Supreme Court aus dem Jahre 1983 in *State Farm*.¹⁶⁸

81 Die Doktrin besteht aus zwei Komponenten:¹⁶⁹

- Zum einen müssen die *Behörden* selbst im Normsetzungsverfahren alle relevanten Faktoren in Erwägung ziehen, sie sorgfältig unter Berücksichtigung alternativer Lösungsmöglichkeiten abwägen und das Ergebnis dokumentieren. Das ist die verwaltungsverfahrensrechtliche Seite des „hard look“. Sie betrifft allerdings nicht die einzelnen Schritte des äußeren Verfahrensablaufs. Daher steht sie auch nicht in direktem Widerspruch zu *Vermont Yankee*.¹⁷⁰ Vielmehr ähnelt sie dem, was in der deutschen Literatur als „inneres“ Verfahren bezeichnet wird.¹⁷¹ Die Leitidee ist die einer „reasoned analysis“
- Zum andern haben sich auch die *Gerichte* die Erwägungen der Behörden genau anzusehen. Verlangt wird, dass sie sich mit den Tatsachen, die die Verwaltung ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat, und mit den Schlussfolgerungen, die sie daraus gezogen hat, sorgfältig auseinandersetzen. Schon in *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe* hieß es dazu:¹⁷² „To make this finding, the court must consider whether the decision was based on a consideration of the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment“. Das Gericht muss sich Punkt für Punkt mit den von der Behörde vorgelegten Unterlagen und vorgebrachten Erwägungen beschäftigen und sie auf ihre Konsistenz befragen. „Hard look“ zielt zwar nicht auf eigene Feststellungen des Gerichts in der Sache. Wohl aber ist verlangt, dass sich das Gericht in die Sachfragen, wie sie sich nach den Prozessunterlagen darstellen, umsichtig und intensiv einarbeitet; denn anders ist eine substantielle Analyse der behördlichen Begründungen nicht möglich. „This inquiry into the facts

168 463 U.S. 29 (1983) *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* Zur Entwicklung der Doktrin vgl. *Hickman/Pierce*, 560 ff. Ferner 556 U.S. 502, 517 (2009) *FCC v. Fox Television Station, Inc.*

169 *Breyer/Stewart*, 346 ff. mit der Unterscheidung von *procedural* und *substantive* „hard look“. Weiter → 4/107 und 127.

170 So sehr deutlich 463 U.S. 29, 50 (1983): „We do not require today any specific procedures“.

171 Dazu *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 61 ff.; ähnlich die Grundsätze der Umweltprüfungen: „Ermittlung, Beschreibung, Bewertung“ (§ 3 UVPG).

172 401 U.S. 402, 416 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*.

is to be searching and careful“.¹⁷³ *State Farm* zeigt, wie genau der Prozessstoff in allen Varianten durchzugehen ist.¹⁷⁴ Erst wenn es um die eigentliche Abwägung geht, ist Zurückhaltung angesagt: „the ultimate standard of review is a narrow one“. Die Gerichte sind nicht befugt, ihre Ansicht an die Stelle der Ansicht der Behörde zu setzen.¹⁷⁵ Sie sollen auch nicht versuchen, lückenhafte Feststellungen der Behörde ihrerseits aufzubessern.¹⁷⁶

Können die Erwägungen der Behörde das Gericht nicht überzeugen, so wird die Norm aufgehoben. Gründe, die nicht schon bei Erlass der Vorschrift vorlagen, kann die Behörde nicht mehr einführen; anders als eine Erläuterung der bisherigen Gründe ist „post hoc rationalization“ nicht gestattet.¹⁷⁷ Das amerikanische Recht ist hier strikter als die deutsche Lehre zur Zulässigkeit des „Nachschiebens von Gründen“. An dieser Stringenz scheiterte etwa jüngst der spektakuläre, höchst umstrittene Versuch der Trump Administration, zwei von der Obama Regierung auf den Weg gebrachte ausländerrechtliche Programme (DACA und DAPA) zurückzufahren: die Entscheidung des Department of Homeland Security wurde vom Supreme Court im Juni 2020 aufgehoben, denn sie litt an einem Ermessensdefizit und konnte durch beigebrachte neue Argumente nicht gerichtsfertigt werden.¹⁷⁸ Ein gerichtliches Aufhebungsurteil hindert die Behörde allerdings nicht daran, einen identischen Rechtsakt nach entsprechend gründlichen neuen Analysen und Erwägungen erneut zu erlassen.¹⁷⁹ Die „hard look“ Doktrin führt also nicht notwendig dazu, dass das Rechtssetzungsprojekt als solches scheitert. Dieses Ventil mäßigt den vom „hard look“ aufgebauten Druck. Mit erheblichem Verfahrensaufwand ist die Doktrin trotzdem verbunden.

82

173 Ebd.

174 463 U.S. 29, 46–57 (1983) *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*

175 401 U.S. 402, 416 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*: „The court is not empowered to substitute its judgment for that of the agency“.

176 Vgl. 463 U.S. 29, 50 f. (1983) *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*: „The reviewing court should not attempt itself to make up for such deficiencies; we may not supply a reasoned basis for the agency's action that the agency itself has not given“.

177 401 U.S. 402, 420 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*.

178 591 U.S. __ (2020)(slip. op. at 16) *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*.

179 Breyer/Stewart, 347.

c) Ambivalente Gesetzgebung

83 Es sind aber nicht nur die Gerichte, die zum Auf und Ab der Verfahrensanforderungen beitragen. Auch die Gesetzgebung hat immer wieder unterschiedliche Signale zur Bedeutung des Verfahrensrechts ausgesandt. Auf der einen Seite stand der Wunsch, das notice-and- comment Verfahren in politisch sensiblen Bereichen fachgesetzlich mit weiteren Verfahrensfinessen anzureichern. Auf der anderen Seite finden sich Versuche, die Bedeutung des Verfahrensrechts einzuschränken. Das zeigen die „harmless error doctrine“ (→ 4/101) und die folgenden Regelungstechniken.

84 Quantitativer Zuwachs an Vorschriften und Einschränkungen ihrer Wertigkeit können Hand in Hand gehen. Auf den Ausbau der Öffentlichkeitsbeteiligung in der kommunalen Planung folgten in Deutschland schnell die Sonderregelungen der §§ 214–215 BauGB. Auch die amerikanischen Gesetze kennen solche Regelungen, und sie bedienen sich ähnlicher Techniken:

- *Rügefrist*: Gerichtlicher Rechtsschutz gegen eine Norm wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften muss innerhalb einer Frist von 2 Jahren nach Erlass der Vorschrift nachgesucht werden. Verletzungen des materiellen Rechts können dagegen jederzeit gerügt werden.¹⁸⁰
- *Bagatellfehler*: Bei bestimmten Verfahrensvorschriften wird ausdrücklich vorgesehen, dass ihre Verletzung die Gültigkeit der Norm nicht beeinträchtigt.¹⁸¹
- *Ergänzendes Verfahren*: Die Gerichte sehen sich für befugt an, bei Feststellung eines Verfahrensfehlers die Norm (zunächst) nur als unwirksam zu behandeln und der Behörde Zeit zu geben, den Fehler in einem ergänzenden Verfahren zu beheben.¹⁸²

3. Das aktuelle Profil des Verfahrens: Art 3 MSAPA 2010

85 Auch *Vermont Yankee* hat keine Rückkehr zu einem einfachen, im Wesentlichen vom verfahrensleitenden Ermessen der Behörde bestimmten „infor

180 So § 503(a) MSAPA 2010; entsprechende Regelungen gab es schon in MSAPA 1961 und 1981.

181 Beispiele: § 305(f) MSAPA 2010, § 3–105(f) MSAPA 1981 (betr. Mängel der regulatory analysis); ein weiteres Beispiel ist § 3–113(a)(2) MSAPA 1981 (betr. fehlende Bekanntmachung des Normsetzungsvorhabens gegenüber einzelnen Personen), ähnlich § 214 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 BauGB.

182 *R. J. Pierce*, Making Sense of Procedural Injury, 62 Adm. L. Rev. 1, 11 (2010).

mal rulemaking“ gebracht. Die Transformation des notice-and-comment Konzepts zu einem ausdifferenzierten, komplexen und aufwändigen Verfahrensmodell ist vielmehr eine Entwicklung, die nicht auf die Bundesebene begrenzt ist. Sie lässt sich besonders gut im Verfahrensrecht der Staaten nachweisen. Schon der MSAPA 1961 konzentrierte sich auf dieses Verfahren, und der MSAPA 2010 folgt ihm darin. Er kennt nur ein *Standardverfahren* (a), dem für einige besondere Situationen, z.B. für Eilfalle, vereinfachende *Verfahrensvarianten* an die Seite gestellt sind (b).

a) Standardverfahren mit zusätzlichen Elementen

In die Grundstruktur des notice-and-comment Verfahrens sind einige Elemente eingeflochten worden, die das Modell abrunden, ihm aber ein so stark formalisiertes Gepräge geben, dass es zu Recht nicht mehr als „informal rulemaking“ bezeichnet wird: 86

- „Rulemaking docket“ (§ 301) und „rulemaking record“ (§ 302).
- „Advance notice of proposed rulemaking“ (§ 303).
- „Regulatory analysis“ (§ 305): Eine Kosten-Nutzen-Analyse für Rechtsetzungsakte, die größere ökonomische Auswirkungen haben.
- „Concise explanatory statement“ (§ 313): Es soll dokumentieren, dass die Behörde ihre Aufgabe, alle eingegangenen Informationen und Anregungen zu prüfen, ernst genommen hat.
- „Time limit on adoption of rule“ (§ 307(b)): Die Vorschrift muss innerhalb einer bestimmten Frist erlassen werden; eine nicht fristgerecht angenommene Norm ist ungültig (§ 307(d)).

b) Verfahrensvarianten

An drei Stellen bietet der MSAPA Verfahrensvarianten an, die das Standardverfahren vereinfachen und damit vor allem die Verfahrensdauer verkürzen sollen:¹⁸³ 87

- *Emergency rules* (§ 309): Sie können ohne notice-and-comment Verfahren erlassen werden, sind aber nur eine begrenzte Zeit gültig. Der Be-

183 Zum Folgenden vgl. R. M. Levin (Fn. 142), 20 Widener L. J. 855, 871 (2011).

griff „emergency“ ist weit gefasst.¹⁸⁴ Der APA enthält dagegen keine ausdrückliche Regelung dieser Verfahrensvariante. Bundesbehörden können „emergency rules“ nur auf die „good cause“ Ausnahme des § 553(b)(B) APA stützen. Sie müssen dazu in einem kurzen Statement darlegen, dass das normale notice-and-comment Verfahren im vorliegenden Fall „impractical, unnecessary, or contrary to the public interest“ wäre.¹⁸⁵

- *Direct final rules* (§ 310): Sie sind für unstreitige Fälle vorgesehen. Die Behörde hat dazu den Text der beabsichtigten Norm mit einer kurzen Begründung öffentlich bekannt zu machen. Dabei muss sie auch darauf hinweisen, dass sie von einem unstreitigen Fall ausgeht und die Norm in Kraft treten wird, wenn nicht innerhalb von 30 Tagen Einwendungen erhoben werden. Für Bundesbehörden gibt es auch insoweit nur den Weg über § 553(b)(B) APA.
- *Negotiated rulemaking* (§ 303(b)(c)): Ein Verfahren, in dem ein Kollegialgremium Vorschläge für eine einvernehmliche Regelung sucht, die die Behörde ihrem Vorschlag zugrundelegen kann. Bei der Bestellung des Gremiums muss die Behörde darauf sehen, dass alle betroffenen Interessen angemessen repräsentiert sind. Die Sitzungen des Gremiums sind öffentlich. Das Verfahren hat Vorbilder in den §§ 561–570 APA, die 1990 mit dem Negotiated Rulemaking Act eingeführt wurden.¹⁸⁶ Die Vorzüge des Verfahrens sind rechtspolitisch umstritten; seine praktische Bedeutung soll eher rückläufig sein.¹⁸⁷

4. Kritik, Konsolidierung und Bewährung

88 In Art. 3 MSAPA 2010 hat das notice-and-comment Verfahren seine gegenwärtige, konsolidierte Form gefunden. Dazu sind Erfahrungen aus der Behördenpraxis analysiert und Vorgaben der Judikatur eingearbeitet worden. Vieles war auch schon im MSAPA von 1981, manches bereits im MSAPA 1961 vorgesehen. Eine wichtige Referenz bildete nach wie vor die bundesrechtliche Ausgestaltung des Verfahrens im APA. Indem das alles erneut

184 Dazu gehören sollen „imminent peril to public health, safety or welfare“, aber auch „loss of federal funding for an agency program“.

185 Zur schwankenden Behandlung dieser Voraussetzungen in der Judikatur vgl. *Hickman/Pierce*, 524 ff.

186 Vgl. die Darstellung bei *Schnöckel*, Negotiated Rulemaking, 20 ff.

187 Vgl. dazu *Coglianese* (Fn. 162), in: U. Ill. L. Rev. 1111, 1131 ff. (2002); *Breyer/Stewart*, 572 ff.

durchdacht, abgewogen und normierungstechnisch auf den Begriff gebracht worden ist, kann Art. 3 MSAPA 2010 als repräsentativ gelten.

Das vorgesehene Verfahren ist alles andere als einfach.¹⁸⁸ Aber es ist in der Rechtspraxis akzeptiert – nicht nur für große Behörden, die über die erforderlichen Personalressourcen verfügen, sondern erkennbar auch für die sehr unterschiedlichen Verwaltungsverhältnisse in den Bundesstaaten. Das haben die Beratungen des MSAPA 2010 erneut gezeigt. „In many, perhaps most, respects the upshot of this reappraisal was the conclusion, that the dominant rulemaking model in this country, as exemplified by the federal system, furnished a satisfactory baseline, and there was no particular reason why the states should depart from it“¹⁸⁹ Die Bilanz fällt positiv aus und eröffnet eine Perspektive: The MSAPA’s 2010 rulemaking provisions „will enhance reasoned policymaking by state agencies in the twenty-first century“¹⁹⁰

5. Von Amerika lernen? – Zur Übertragbarkeit des notice-and-comment Verfahrens

Die Frage liegt nahe, ob und inwieweit sich die Grundstrukturen des notice-and-comment Verfahrens in die deutsche Rechtsordnung übertragen lassen. Das ist vor längerer Zeit für die umweltrechtliche Normsetzung empfohlen worden,¹⁹¹ hat dort allerdings nur eine verhaltene Aufnahme gefunden.¹⁹² Die bisherigen Diskussionen zum allgemeinen Verwaltungsrecht sind noch zurückhaltender.¹⁹³

188 Speziell zu Wegen und Verfahrensweisen, wie Behörden ihre bestehenden Rechtsvorschriften überprüfen und geänderten Situationen anpassen, W. Wagner/W. West/Th. McGarity/L. Peters, *Dynamic Rulemaking*, in: 92 N.Y.U. L. Rev. 183 (2017).

189 R. M. Levin (Fn. 142), in: 20 Widener L. J. 855, 886 (2011); ähnlich R. Beal, (Fn. 142) dort 799.

190 So R. Beal (Fn. 142), in: 20 Widener L. J. 741, 799 (2011).

191 Rose-Ackerman, Umweltrecht und -politik, 246 ff. (allerdings nicht pauschal, sondern differenzierend, z. B. für technische Anweisungen).

192 Zur Diskussion und zur Rezeption vgl. den Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch vom *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit* (Hrsg.), 1998, Text §§ 11–24, Begründung bes. 480.

193 Dazu Pünder, Exekutive Normsetzung, 202 ff., 232 ff. (mit differenziert zurückhaltenden Empfehlungen 293 f., 297); ders., *Democratic Legitimation of Delegated Legislation – a Comparative View on the American, British and German*

a) Die Ausgangslage in Deutschland

91 Vergleicht man die Verfahrensgesetze von Staaten mit unterschiedlicher politischen Systemen, so zeigt sich, dass die Rechtsetzung der Exekutive intensiver in Präsidialsystemen wie dem amerikanischen als in parlamentarischen Regierungssystemen durch prozedurale Vorschriften gebunden ist. Das wird in der Literatur darauf zurückgeführt, dass parlamentarische Systeme über stärkere *ex post* Kontrollen verfügen, so dass *ex ante* Kontrollen nicht so notwendig erscheinen.¹⁹⁴ Die Unterschiede in der verfassungsrechtlichen Rechtsstellung der Delegationsempfänger – in Deutschland dem Parlament verantwortliche Ministerien, in den USA Behörden mit einem unterschiedlich weit ausgeprägten Unabhängigkeitsstatus – weisen in eben diese Richtung.¹⁹⁵

92 Auf der anderen Seite ist unverkennbar, dass die Werte, für die das notice-and-comment Verfahren steht, Transparenz, Partizipation und Deliberation, in der jüngeren Verwaltungsrechtssentwicklung auf nationaler und internationaler Ebene auch sonst eine beachtliche Innovationskraft entfaltet haben. Im Rahmen dieses weit ausgreifenden Diskurses erscheint das Verfahren als ein wichtiger Kandidat des amerikanischen Rechtsexports.¹⁹⁶ Verwiesen sei auf den Musterentwurf eines EU-Verwaltungsverfahrensrechts, den das *Research Network on EU Administrative Law* 2014 vorgelegt

Law, in: 58 ICLQ 353–378 (2009); *M. C. Orlowski*, Der Erlass von Rechtsverordnungen nach amerikanischem Recht, DÖV 2005, 133, 142 (konsensuale Vorverfahren, nicht aber strenge Öffentlichkeitsbeteiligung zur Rezeption empfohlen); *Möllers*, Gewaltengliederung, 196 f. (restriktiv); *U. Stelkens*, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, VVDStRL 71, 2012, 369, 387 ff. (ablehnend).

194 *Chr. B. Jensen/R. J. McGrath*, Making Rules about Rulemaking: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems, in: 64 Political Research Quarterly 656–667 (2011); *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 13 ff.; *Cane*, Controlling, 316.

195 Vgl. *H. Pünder* (Fn. 193), in: 58 ICLQ 353, 359 f. (2009); ähnlich *Cane*, Controlling, 312 f. (in England „the elected executive“, in den USA „appointed bureaucrats“). Zu Unterschieden zwischen den europäischen Rechtsordnungen vgl. *C. Möllers*, Verwaltungsrecht und Politik, in: IPE V, § 93 Rn. 38.

196 *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 93 („a strength of the American legal system“; „these U.S. practices have lessons for executive rulemaking in parliamentary systems“).

hat und in dem für die Sekundärrechtsetzung der EU ein Verfahren vorgeschlagen wird, das sich bewusst an das US-Modell anlehnt.¹⁹⁷

In Deutschland hat die exekutive Rechtsetzung lange Zeit nicht im Zentrum öffentlicher Diskussionen gestanden. Das heißt zwar nicht, dass sie nicht immer wieder gründliche wissenschaftliche Behandlung erfahren hätte.¹⁹⁸ Aber zu einem politischen Willen, sie zum Gegenstand allgemeiner Regelungen zu machen, haben sich alle Aktivitäten nicht verdichten lassen. Vorhanden sind aber komplexe Verfahrensregelungen in wichtigen Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts. 93

- *Raumrelevante Normsetzung:* Das deutsche Verwaltungsrecht ist in besonderem Maße raumbezogen. Viele seiner Instrumente sind darauf ausgerichtet, räumlich definierte lokale und regionale Konflikte zu regeln. Bauleitpläne, Gebietsfestlegungen des Naturschutz- und des Wasserrechts und (funktional äquivalent) Planfeststellungen für Infrastrukturmaßnahmen teilen dieselbe Regelungssituation: Sie stoßen auf eine Vielzahl divergierender und konkurrierender Interessen, und sie müssen diese Interessen durch eine Abwägung zum Ausgleich bringen, die durch das einschlägige Fachrecht und seine „finale Programmierung“ nur weitläufig determiniert wird. Die kompensatorische Bedeutung von Verfahrensrecht ist auf diesem Felde anerkannt. Die EU-Richtlinien zur Umweltverträglichkeitsprüfung haben diese Entwicklung vertieft und vereinheitlicht. Heute existiert für die raumbezogene exekutive Normsetzung ein Verfahrensrecht, das ganz ähnliche Schritte wie das notice-and-comment Verfahren festlegt.
- *Sozialrechtliche Normsetzung:* Ein zweiter großer Bereich, in dem die exekutive Normsetzung eigenständige Strukturen ausgebildet hat, ist das Sozialversicherungsrecht.¹⁹⁹ Ein Beispiel bilden die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 SGB V. Das Verfahren sieht für Beteiligte je nach zu regelndem Sachbereich differenzierte Rechte der Stellungnahme vor, die auch eine mündliche Präsentation umfassen. Für das weitere Verfahren sind die Stellungnahmen und eingeholten Gutachten in einer zusammenfassenden Dokumentation dargelegt.

197 Schneider/Hofmann/Ziller, ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht, 2015, 31 ff., zum APA dort 40.

198 Vgl. aus jüngerer Zeit nur *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000; *Saurer*, Die Funktionen der Rechtsverordnung, 2005; *Sauerland*, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005.

199 *P. Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000.

stellt.²⁰⁰ Man mag einwenden, hier sei nur eine gruppenplurale, aber keine umfassende Öffentlichkeitsbeteiligung gewährleistet. Das breite Spektrum der Gruppenrepräsentanz wirkt jedoch darauf hin, dass sich faktisch jeder Interessierte Informationen über den Stand der Richtlinienerarbeitung verschaffen kann.

94 Die beiden untersuchten Bereiche repräsentieren zwei große und wichtige Felder gestaltender Verwaltung. Sie werfen ein Licht auch auf die verfahrensrechtliche Rechtslage allgemein.²⁰¹ Die exekutive Normsetzung hat auch in Deutschland anerkanntmaßen eine prozedurale Seite. Der Verfahrensgedanke ist auch hierzulande nicht auf Einzelakte beschränkt, sondern umgreift den Erlass von Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften und Plänen unterschiedlicher rechtsförmiger Gestalt. Das Verfahrensrecht der exekutiven Normsetzung verfügt über eigenständige Bauformen (Publizitäts-, Kommunikations-, Deliberations- und Begründungspflichten) und verfolgt Ziele rechtsstaatlicher und demokratischer Rationalität.²⁰²

95 Die Existenz eines solchen Verfahrensrechts auf einzelnen wichtigen Feldern der Verwaltungspolitik dürfte mit dafür ursächlich sein, dass sich ein großer rechtspolitischer Druck, ein solches Recht allgemein zu schaffen, in Deutschland bisher nicht aufgestaut hat. Konflikte, die eine hohe öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen, werden – wie die raumrelevante Planung und die sozialrechtliche Normsetzung zeigen – im Verfahrensrecht der Einzelgebiete abgearbeitet. Die Verordnungsgebung der Ministerien als solche steht dagegen nicht im Fokus verfahrensrechtlicher Diskussionen. Zahlreiche politisch konfliktträchtige Entscheidungen, z.B. im Umweltrecht und im Recht der technischen Sicherheit, sind zudem auf die EU-Ebene abgewandert und damit substantieller Regelung durch Rechtsverordnungen des nationalen Rechts nur noch in geringem Umfang zugänglich.

b) Impulse statt Rezeption

96 Trotzdem wird die Entwicklung weitergehen. Die kommunikative Grundsituation zwischen Bürger und Verwaltung hat sich gewandelt. Der freie

200 Verfahrensordnung vom 18. 12. 2008, abgdr. im BAnz 2009 Nr. 84a (Beilage).

201 Vgl. auch Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes, Due Process of Lawmaking, 195 ff.

202 Vgl. zum Folgenden *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, bes. 391 ff.

Informationszugang für jedermann bildet den Standard. Eine herausragende Rolle spielt das Internet. Seine Nutzung ist zur Normalität der Behördenpraxis geworden. Das gilt auch für die Verfahrensabläufe, in denen Normen heute erarbeitet werden. Das Verwaltungsrecht muss lernen, mit diesen Veränderungen umzugehen. Dieser durch endogene Entwicklungskräfte angestoßene Lernprozess wäre schlecht beraten, würde er nicht auch Beispiele aus anderen Rechtsordnungen einbeziehen. In eben diesem Rahmen ist das notice-and-comment Verfahren interessant. Dabei geht es nicht darum, ein in sich geschlossenes fremdes Modell *en bloc* in die deutsche Rechtsordnung zu übernehmen. Die positiven ebenso wie die negativen Erfahrungen, die sich in den USA mit diesem Verfahren seit seiner Einführung vor mehr als 70 Jahren verbunden haben, können die deutsche Diskussion aber bereichern. Aufgabe ist es, die Eigendynamik prozeduraler Arrangements besser zu verstehen. So bietet etwa die Verfahrensvariante des „negotiated rulemaking“ Anschauungsmaterial dafür, welche Probleme eine förmliche Beteiligung organisierter Interessen bereiten kann.²⁰³

Einzelne Verfahrenselemente vergleichend heranzuziehen bedeutet nicht, 97 automatisch auch die in den USA mit dem notice-and-comment Verfahren verbundene Vorstellung zu übernehmen, der schwachen Steuerung der exekutiven Normsetzung durch den Kongress mittels einer möglichst breiten Partizipation jedermanns aufzuhelfen. Für das deutsche Verfahrensrecht steht die Gewährleistung von Rationalität im Vordergrund, die gleichermaßen demokratisch *und* rechtsstaatlich begründet ist. Ohne die Unterschiede zwischen beiden Vorstellungen zu überzeichnen, wird damit doch ein anderer Akzent gesetzt als der einer Stärkung von „democratic legitimacy“²⁰⁴ Ziel ist es, das Verfahren der exekutiven Normsetzung in allen Gebieten auf eine Struktur festzulegen, die die Entscheidungsbildung der Verwaltung Schritt für Schritt nachvollziehbar macht.

Dazu sind aus dem amerikanischen Recht des notice-and-comment Verfahrens mindestens drei Regelungen interessant:²⁰⁵ die *öffentliche Bekanntgabe von Entwürfen* mit einer knappen Darstellung der Grundlagen und der Re-

203 Dazu *Schnöckel*, Negotiated Rulemaking, 104 ff. und 152 ff. Eine Orientierung an diesem Verfahren empfiehlt *Orłowski* (Fn. 193), DÖV 2005, 133, 142.

204 Mit diesem Ziel die allerdings sehr vorsichtig formulierten Vorschläge von *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 271 ff.; auch *Ziamou*, Rule-making, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe, dort 166 ff. zur Rolle der Gerichte.

205 Ähnlich *H. Pünder* (Fn. 193), in: 58 ICQL 353, 378 (2009); vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsdee, 6. Kap. Rn. 87.

gelungsabsichten (vgl. § 553(b) APA),²⁰⁶ die *Begründung der beschlossenen Norm*, die sich mit den Argumenten pro und contra substantiell auseinandersetzt (vgl. § 553(c)(2) APA)²⁰⁷ und die umfassende *Dokumentation des Normsetzungsprozesses* unter Einschluss der für die Entscheidungsbildung wichtigen Materialien (vgl. § 302 MSAPA 2010). Dagegen erscheint ein Einwendungsverfahren mit festen Fristen, wie es § 306(a) MSAPA 2010 vor sieht, nicht angezeigt. Der Prozess der Informationsgewinnung und der Verwaltungskommunikation sollte vielmehr so offen wie möglich gehalten werden. Auch eine Erweiterung gerichtlicher Verfahrenskontrollen sollte kein Ziel einer Reform sein;²⁰⁸ denn anders als in den USA bleiben Rechtsnormen auch nach dem Abschluss eines aufwändigen administrativen Verfahrens einer intensiven Gerichtskontrolle in der Sache unterworfen.

99 Nach wie vor divergieren die Vorstellungen über die Aufgaben des Normsetzungsverfahrens diesseits und jenseits des Atlantiks. „The European institutional tradition tends to rely on the administration to ensure that policy-making is informed by a balanced representation of interests, while the American one places more trust in market-style free competition between interest groups to achieve fair representation“²⁰⁹ Aber die Unterschiede werden in der Informationsgesellschaft geringer.

III. Ansprüche auf Rechtsetzung

100 Zur Frage, inwieweit Ansprüche auf Normsetzung existieren und wie sie durchgesetzt werden können, bietet das amerikanische Recht nur wenige weiterführende Erkenntnisse.²¹⁰ Der APA verpflichtet die Behörden zwar, jeder interessierten Person das Recht zuzugestehen, den Erlass, die Ergänzung oder Aufhebung einer Norm zu beantragen. Eine solche „petition for adoption of a rule“ (heute § 553(e) APA) war schon in der ersten Fassung

206 Ansätze dazu finden sich in §§ 47 Abs. 3, 48 i. V. m. § 62 Abs. 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien 2011. Kritik allerdings am engen Kreis der Beteiligten bei *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 407 f. Zur gebotenen Einbeziehung der Vorbereitung von Normsetzungsakten in den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 IFG *Schoch*, IFG, § 1 Rn. 122.

207 Schon heute gehören Begründungen in zahlreichen Rechtsgebieten zur Normsetzung; auch im Unionsrecht sind sie gem. Art. 296 Abs. 2 AEUV Pflicht.

208 Anders *Rose-Ackerman/Egidy/Fowkes*, Due Process of Lawmaking, 267 ff.

209 So *S. Smismans*, Regulatory procedure and participation in the European Union, in: *Bignami/ Zaring*, Comparative Law and Regulation, 129 (153).

210 Zum Folgenden *Asimow/Levin*, § 6.3.

des APA von 1946 vorgesehen, sollte aber gerichtlich nicht durchsetzbar sein.²¹¹ Heute ist eine Klage zwar statthaft, führt aber nur zum Erfolg, wenn der Kläger eine in der Sache begründete Klagebefugnis besitzt, z.B. dartun kann, dass ihm das Unterlassen der Normsetzung einen Schaden zufügt. In *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* hat der Supreme Court die Klagebefugnis, von der EPA ein Einschreiten gegen bestimmte Schadstoffemissionen zu verlangen, anerkannt – allerdings nur in einer knappen 5:4 Entscheidung und unter Würdigung der besonderen Stellung des klagenden Staates.²¹² Ein breites Normsetzungsermessen der Behörden ist in Rechnung zu stellen, dem gegenüber die Gerichte größte Zurückhaltung üben.²¹³ Auf keinen Fall können sie den Inhalt von Vorschriften detailliert vorgeben. Sie können die ablehnende Entscheidung der Behörde nur aufheben. Es ist dann deren Sache, über den Antrag auf Normerlass unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu befinden.

Das deutsche Recht ist in dieser Frage traditionell noch restriktiver. Ansprüche auf Rechtsetzung sollen allenfalls in Ausnahmefällen existieren.²¹⁴ In einzelnen Gebieten sind sie sogar ausdrücklich ausgeschlossen.²¹⁵ Breiter erörtert werden die Probleme im prozessrechtlichen Gewande als Frage nach der richtigen Verfahrensart für eine „Normerlassklage“²¹⁶ Anerkannt ist, dass auch das normsetzende Handeln der Exekutive Ausübung öffentlicher Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG ist, gegen die das Prozessrecht geeignete Rechtsschutzformen zur Verfügung stellen muss.²¹⁷ Unter dem Einfluss des EU-Rechts haben die Ansprüche auf Normsetzung zugenommen und werden das künftig noch stärker tun.²¹⁸

101

211 So Attorney General's Manual, S. 39. In § 318 MSAPA 2010 ist diese Möglichkeit zwar weiter ausgebaut worden: Die Behörde muss innerhalb einer [60 Tage]-Frist den Antrag begründet zurückweisen oder ein entsprechendes Verfahren einleiten. Ein Anspruch auf den Erlass einer Norm mit bestimmtem Inhalt folgt daraus nicht.

212 549 U.S. 497, 510 (2007) *Massachusetts v. EPA*: „It is of considerable relevance that the party seeking review here is a sovereign State and not, as in Lujan, a private individual“. Noch restriktiver die dissentierenden Richter, dort 520.

213 Strauss, Justice, 349: „highly permissive, yet still operative“.

214 Vgl. F. Ossenbühl, in: HStr V, § 103 Rn. 52.

215 So in § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB für einen Anspruch auf Aufstellung von Bauleitplänen.

216 Vgl. BVerwG NVwZ 2010, 1300 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 20.

217 BVerfGE 115, 81, 92 f.

218 Richtungsweisend EuGH Urt. vom 25. 7. 2008, Rs. C-237/07, NVwZ 2008, 984 Janecek/Freistaat Bayern (Luftreinhalteplanung); BVerwGE 128, 278, 284 ff.; zur

IV. Ein Konzept für „guidance documents“ (§ 311 MSAPA 2010)

102 Klarer als in Deutschland werden in den USA der Wandel der Verwaltungskommunikation und seine Konsequenzen erfasst. Das traditionelle Konzept des „Innenrechts“, das der internen Steuerung des Verwaltungspersonals dient und erst auf diesem Wege mittelbar gewisse Bedeutung für das „Außenrecht“ erhält, wird mehr und mehr ergänzt um eine Sichtweise, die die Informationsfunktion betont, die diese Normen für die Öffentlichkeit besitzen. § 311 MSAPA 2010 unternimmt es, die wichtigsten Rechtsprobleme der „guidance documents“ im Zusammenhang zu behandeln.²¹⁹

103 „Guidance document means a record of general applicability developed by an agency which lacks the force of law but states agency’s current approach to, or interpretation of, law, or describes how and when the agency will exercise discretionary functions“. Der MSAPA 2010 legt mit dieser Legaldefinition in § 102(14) einen zwar weiten, aber keinen grenzenlosen Begriff zu grunde. Regelungen für das interne Behördenmanagement sind ausdrücklich ausgeklammert. Auch rein berichtende Verlautbarungen gehören nicht dazu. Es geht vielmehr um Dokumente, die das Publikum über künftiges Behördenhandeln informieren und so Orientierung für eigenes Verhalten bieten. Auf die äußere Erscheinungsform und Bezeichnung kommt es nicht an.

104 Was eine Behörde dazu zählen will, bleibt letztlich ihr selbst überlassen. Wenn sie aber die Steuerungseffekte anstrebt, wie sie mit dieser Handlungsform verbunden sind, dann kann sie das nur erreichen, wenn sie den Plakativvorschriften des § 202(a)(6) und § 311(e) MSAPA nachkommt: sie muss einen aktuellen Index aller ihrer „guidance documents“ auf ihrer Internet-Website vorhalten und alle darin aufgeführten Dokumente der Öffentlichkeit zugänglich machen. Ohne entsprechende Publikation kann sie ein „guidance document“ Dritten nicht entgegenhalten.²²⁰ Der indirekten Art der Steuerung, die „guidance documents“ eignet, entspricht die indirekte Art, in der die Behörden zu einem auf Plakativität und auf Überschaubarkeit angelegten Informationsverhalten veranlasst werden. In diesem Zu-

weiteren Entwicklung vgl. *W. Kahl/F. Gärditz*, Umweltrecht, 11. Aufl. 2019, § 7 Rn. 178 ff.; *S. Schlacke*, Umweltrecht, 7. Aufl. 2019, § 9 Rn. 33 ff.

219 Vgl. dazu *R. M. Levin* (Fn. 142), in: *20 Widener L. J.* 855, 875 ff. (2011).

220 § 311 (e) MSAPA 2010: „The agency may not rely on a guidance document, or cite it as precedent against any party to a proceeding, unless the guidance document is published on its Internet website“. Die Begründung zu dieser Vorschrift verweist auf § 552(a)(2) APA.

sammenhang hat die Indizierung besondere Bedeutung. Sie erleichtert der Öffentlichkeit das Auffinden von Dokumenten, und sie zeigt, welche Dokumente aus der großen Zahl behördlicher Verlautbarungen die herausgehobene Relevanz von „guidance documents“ haben. Damit wird auf das Übermaß behördlicher Verlautbarungen reagiert, die das Internet heute ermöglicht.²²¹

„Guidance documents“ sind gleicherweise für die Bediensteten der Behörde *und* für das Publikum bestimmt. Die Begründung des MSAPA 2010 sagt deutlich: „both its employees and the public“²²² Beide Steuerungsmodi sind zwar miteinander verzahnt, verlangen aber doch jeweils eigene Regelungen: Die *Weisungssteuerung* drückt sich in der in § 311(c) festgelegten Bindung der normalen Verwaltungsbediensteten innerhalb der Behördenhierarchie („mandatory instructions to agency staff“) und in der Relativierung dieser Bindung für ganz bestimmte Amtsträger in § 311(f) aus.²²³ Die *Informationssteuerung* zeigt sich zum einen an den genannten Publizitätspflichten der § 202(a)(6) und § 311(e) und zum andern an der Pflicht der Behörde, ihr Vorgehen in einem Bericht darzustellen und diesen zu öffentlicher Einsichtnahme bereitzuhalten. „Guidance documents“ sind in § 311(a) zwar vom notice-and-comment Verfahren, nicht aber von den Anforderungen des „rulemaking docket“ (§ 301) und des „rulemaking record“ (§ 302(a) MSAPA 2010) freigestellt.

Wichtig sind die Rechtsvorkehrungen, die § 311 MSAPA 2010 speziell für die Auswirkungen von „guidance documents“ auf die Rechtssphäre Dritter („rely on a guidance document to the detriment of a person“) festlegt:

- An erster Stelle steht die Pflicht der Behörde, dem Betroffenen die Möglichkeit einzuräumen, die Rechtmäßigkeit oder die Sinnhaftigkeit („legality or wisdom“) der getroffenen Regelung streitig zu stellen (§ 311(b)). Die Verwaltung darf sich nicht bedingungslos auf eine einmal begründete Praxis berufen. Sie muss sich bewusst sein, dass sie durch das „guidance document“ nicht wie an „legislative rules“ gebun-

221 Für Bundesbehörden ähnlich Office of Budget and Management (OMB) Final Bulletin for Agency Good Guidance Practices, Federal Register Vol 72, No 16, Jan. 2007, S. 3433: „Moreover, GCP clarify what does and what does not constitute a guidance document to provide greater clarity to the public“.

222 MSAPA 2010, Comment S. 44; ebenso OMB Final Bulletin, S. 3432: „to inform the public and to provide direction to their staffs“.

223 § 311(f) lautet: „A guidance document may be considered by a presiding officer or final decision maker in an agency adjudication, but it does not bind the presiding officer or the final decision maker in the exercise of discretion“.

105

106

den ist, sondern abweichen kann. Wie die Möglichkeit einer Gegenvorstellung im Einzelnen beschaffen ist, bleibt zu entscheiden der Behörde überlassen.²²⁴

- Klar formuliert sind auch Pflichten der Behörde in Situationen, in denen sie aus eigenen Stücken im Einzelfall von einer im „guidance document“ festgelegten Position abweichen will. § 311(d) verlangt eine verünftige Erklärung für die Abweichung. Wenn sich ein Dritter berechtigter Weise auf die festgelegte Position verlassen hat, müssen auch die Gründe dafür angeben werden, warum das öffentliche Interesse an einer Abweichung das private Vertrauensinteresse überwiegt. Der hier eingeflochtene Gedanke des Vertrauensschutzes wird auf die Judikatur zu rückwirkenden Rechtsänderungen gestützt. Über einen Entschädigungsausgleich ist nichts gesagt.²²⁵

107 Nicht alle der vorgeschlagenen Regelungen sind neu. § 311 MSAPA 2010 schöpft vielmehr aus dem Verfahrensrecht der Bundesstaaten, aus der Judikatur und aus einer reichen verwaltungspolitischen Diskussion.²²⁶ Entstanden ist so ein Regelungsgefüge, das „guidance documents“ neben „legislative rules“ als eine weitere administrative Handlungsform mit einem eigenen Profil ausweist und den Behörden zeigt, welche rechtlichen Konsequenzen sie bei ihrem Einsatz in Rechnung stellen müssen.

B. „Orders“ und „adjudication“

108 Die zweite administrative Handlungsform, auf die sich APA und MSAPA konzentrieren, sind die Einzelfallentscheidungen („orders“). Zum Verständnis der Gesetzesystematik sind zunächst einige Weichenstellungen wichtig (I). Für das amerikanische Rechtsdenken repräsentativ ist die Ausrichtung am Modell der „trial-type procedures“ (II). Das Alltagsgeschäft der Verwaltung wird von diesen stark formalisierenden Regelungen jedoch nicht erfasst. Das dafür einschlägige Verfahrensrecht muss vielmehr außerhalb des APA aus dem Fachrecht, aus der Due Process Garantie und aus den von der Behörde selbst erlassenen Verfahrensregeln zusammengestellt

224 Vgl. im Einzelnen MSAPA 2010, Comment S. 46.

225 Vgl. MSAPA 2010, Comment S. 47.

226 Vgl. ACUS Recommendation 92-2 Agency Policy Statements, 57 F. R. 30103 (July 8, 1992); ferner ACUS Recommendation 2014-3 Guidance in Rule Making Process sowie OMB, Final Bulletin, S. 3432.

werden (III). Daneben existieren zahlreiche Zwischenformen und Varianten der Grundmodelle, vor allem für „licences“ (IV).

I. Definitionen und Weichenstellungen

Der Begriff der Einzelfallentscheidung („order“) ist zwar weit gefasst (1). 109 Eng sind dagegen die Anwendungsbedingungen für die besonderen Verfahrensvorschriften. Die „gateway provisions“, die darüber entscheiden, welche „order“ welchem Verfahrensmodell unterfällt, sind im APA und im MSAPA unterschiedlich weit (2 und 3).

1. Der Begriff „order“

Nach § 551(6) APA ist „order“ ex negativo jede abschließende Behördenentscheidung „in a matter other than rulemaking but including licensing“. Über die Gründe dieser Definition ist bereits oben gesprochen worden (→ 3/57–59). Leichter fassbar ist der Charakter der Einzelfallentscheidung in § 102(23) MSAPA umschrieben. „Order“ ist danach „an agency decision that determines or declares the rights, duties, privileges, immunities, or other interests of a specific person“. In der Begründung heißt es zu den Adressaten noch genauer: „particular, identified persons in particular circumstances“.²²⁷ Der Regelungsgehalt ist etwa so gefasst wie in § 35 VwVfG. „Order“ und „Verwaltungsakt“ haben jedenfalls ganz ähnliche Einsatzfelder. Sie sind die klassische Rechtsform, in der die Verwaltung verbindliche Entscheidungen über Einzelfälle trifft. Belastende Verfügungen gehören ebenso dazu wie die Erteilung, Versagung und Entziehung von Genehmigungen oder Entscheidungen über die Gewährung von Geld- oder Sachleistungen in der Sozialverwaltung. Keine „orders“ im diesem Sinne sind die „Executive Orders“ des Präsidenten (→ 2/27–30).

227 MSAPA Comment S. 15.

2. Enger Anwendungsbereich des APA: „formal adjudication“

111 Anders als das VwVfG erfasst der APA in seinen Kernbestimmungen nur eine geringe Zahl von Einzelfallentscheidungen.²²⁸ Die §§ 556 und 557, die ein gerichtsähnliches Verfahren vorschreiben, sind nach § 553(c) nur anwendbar, wenn in einer anderen Rechtsvorschrift vorgesehen ist, dass die Entscheidung „on the record after opportunity for an agency hearing“ getroffen werden muss. Hier ist auf die Fachgesetze, vor allem auf die Gründungsgesetze („organic statutes“) der jeweiligen Behörde, rückverwiesen, die in ihrer Wortwahl allerdings oft nicht hinreichend präzise sind, sondern nur allgemein ein „hearing“ vorsehen, ohne über den „record“ etwas auszusagen.²²⁹ Das führt in schwierige Auslegungsprobleme, zu deren Lösung vor allem die gesetzgeberische Regelungsabsicht zu ermitteln ist. Auch die Intensität der Rechtsbeeinträchtigung, die mit der vorgesehenen Entscheidung verbunden ist, z.B. die Auferlegung einer Sanktion, kann ein Indiz für die Notwendigkeit eines förmlichen Verfahrens sein.²³⁰ Die Auffassung, ein solches Verfahren sei immer dann geboten, wenn der Fall unter die Due Process Klausel falle,²³¹ hat sich allerdings nicht durchgesetzt. Schon die einführenden Erläuterungen zum APA von 1946 wollten das ausgeschlossen wissen.²³²

112 Die Gerichte neigen dazu, der Auffassung der Behörde zu folgen, wenn nicht eindeutig erkennbar ist, dass der Gesetzgeber das förmliche Verfahren hat vorsehen wollen.²³³ Das schränkt den Anwendungsbereich der besonderen Verfahrenssicherungen, die §§ 556 und 557 APA bieten sollen, erheblich ein. Verwaltungspraktisch mag das willkommen sein; rechtspolitisch ist es unbefriedigend. In diesen Zusammenhang gehört der Vorschlag der American Bar Association, den APA um eine weniger aufwändige, dafür aber breiter anwendbare Verfahrensvariante zu ergänzen („Type B“).²³⁴ Die tiefgreifende Spannung, die das gesamte Recht der Einzelfallentscheidungen durchzieht, wird hier besonders deutlich: „Finally, structuring ad-

228 Strauss, Justice, 287: „Perhaps the most striking aspect of the APA’s provisions on adjudication is their basic failure to specify procedures for the great bulk of administrative adjudications, those for which an on-the-record hearing is not statutorily required“.

229 Vgl. Hickman/Pierce, 343; Aman, 204 ff.

230 Breyer/Stewart, 467 ff.

231 So 339 U.S. 33, 49–51 (1950) *Wong Yang Sung v. McGrath*.

232 Attorney General’s Manual, S. 41.

233 Hickman/Pierce, 349 f.; Gellhorn, 274 ff.

234 Hickman/Pierce, ebd.

ministrative adjudication confronts a crucial competition between bureaucratic management and individualized justice“²³⁵

3. Breiterer Anwendungsbereich der MSAPA: „contested case procedure“

Das einzelstaatliche Verfahrensrecht ist nicht ganz so restriktiv wie der 113 APA. Die unterschiedlichen Fassungen des MSAPA zeigen, wie sehr um einen Mittelweg zwischen Formalität und Flexibilität über Jahre hin gerungen worden ist.

a) Der MSAPA 1981

Am stärksten war der MSAPA 1981 von dem Bestreben bestimmt, kodifizierte 114 Verfahrensrechte auf einen möglichst großen Kreis von Einzelfallentscheidungen anzuwenden. Festgelegt war deshalb, dass eine Behörde vor dem Erlass einer „order“ grundsätzlich ein Verwaltungsverfahren durchzuführen habe (§ 4–101). Eine besondere Anwendungsanordnung war nicht notwendig. Um den erforderlichen Verwaltungsaufwand in Grenzen zu halten, wurden die Behörden aber nicht auf einen einzigen Verfahrenstyp festgelegt. Das förmliche Verfahren mit seinen besonderen Sicherungen sollte zwar das Regelverfahren bleiben (§ 4–201). Es wurden aber einige Verfahrensvarianten zur Verfügung gestellt, die nicht so aufwändig ausgestaltet sein sollten: zum einen das „conference adjudicative hearing“ für einfachere Fälle, insbesondere für Fälle, in denen die Tatsachen unbestritten sind (§ 4–401), und zum andern die „summary adjudicative proceedings“, z.B. für den Erlass von Verwarnungen, ferner für Vergabeangelegenheiten und überhaupt für Maßnahmen mit nur geringem Belastungsgehalt (§ 4–502). Für notwendige Eilmaßnahmen waren zudem die vereinfachten „emergency adjudicative proceedings“ vorgesehen (§ 4–501).

Mit diesem Konzept eines umfassenden, aber typenvariablen Verfahrensrechts 115 wich der MSAPA 1981 zwar vom APA und von dem MSAPA 1961 ab. Doch waren seine Vorschläge nicht ohne Vorbild im Verfahrensrecht einzelner Bundesstaaten, auf die sich der Entwurf in den Begründungen beziehen konnte. So gut durchdacht das Konzept auch erscheinen mag, es

235 Mashaw/Merrill/Shane, 315; vgl. ferner Funk/Shapiro/Weaver, 194 ff.

fand jedoch kaum Zustimmung und trug dazu bei, dass der MSAPA 1981 insgesamt nur von wenigen Staaten rezipiert wurde.²³⁶

b) Der MSAPA 2010

116 Der MSAPA 2010 hat dieses Konzept deshalb wieder aufgegeben. Seine Verfahrensregelungen sollen nicht für alle, sondern – ähnlich wie im APA – nur für bestimmte Einzelakte gelten, die in einem „contested case“ getroffen werden.²³⁷ Diesen Schlüsselbegriff definiert § 102(7) als „an adjudication in which an opportunity for an evidentiary hearing is required by the federal constitution, a federal statute, or the constitution or a statute of this state“. Das wiederum lässt fragen, was ein „*evidentiary hearing*“ sein soll. § 102(11) nennt es „a hearing for the receipt of evidence on issues on which a decision of the presiding officer may be made in a contested case“. Die leicht zirkuläre Definition entlastet den Rechtsanwender auch künftig nicht davon, die einschlägigen Rechtsvorschriften daraufhin durchzugehen, ob sie der Sache nach ein Hearing verlangen, das als „*evidentiary hearing*“ eingestuft werden kann. Nicht alle Anhörungsmöglichkeiten, die im Fachrecht vorgesehen sind, erfüllen die dazu erforderlichen Voraussetzungen. Die Literatur will darauf abstellen, ob die Anhörung in einem klar strukturierten Verfahren stattfindet und von einem Beamten durchgeführt wird, der in den Verwaltungsvorgang sonst nicht involviert ist.²³⁸ Die Auslegungsprobleme, die ähnlich aus der Anwendung des APA bekannt sind, werden sich auch im Rahmen des MSAPA 2010 nicht umgehen lassen.

117 Was den MSAPA 2010 vom APA unterscheidet, ist die Anerkennung eines breiteren Kreises von Rechtsgrundlagen, aus denen sich die Pflicht zu einem „*evidentiary hearing*“ ergeben kann. Vor allem die (ausdrückliche) Einbeziehung des Verfassungsrechts ist folgenreich. Auf diese Weise erhält vor allem die Due Process-Klausel Einfluss auf die Anwendung des MSAPA

236 M. Asimow, Contested Issues in Contested Cases: Adjudication under the 2010 Model State Administrative Procedure Act, in: 20 Widener L. J. 707, 710 (2010–2011) („overambitious“).

237 § 401 MSAPA 2010: „This [article] applies to an adjudication made by an agency in a contested case.“

238 M. Asimow (Fn. 236), in: 20 Widener L. J. 707, 718 (2010–2011) (in Abgrenzung zu „conferences“ und „public hearings“, in denen allgemeine Einwendungen erhoben werden können, ohne dass die Beteiligten feste Rechte bei der Beweisaufnahme haben).

und führt dazu, dass deutlich mehr Einzelfallentscheidungen der Verwaltung von dem in Art. 4 MSAPA 2010 normierten Verfahrensmodell erfasst werden.²³⁹ Dem deutschen Betrachter erscheint diese Aktivierung des Verfassungsrechts für die Handhabung des einfachen Rechts eigentlich selbstverständlich: Bei der Auslegung der Verfahrensrechte der §§ 28, 29 und 39 VwVfG sind natürlich gegebenenfalls auch grundrechtliche Schutzinteressen zu berücksichtigen. Für das amerikanische Recht stellt sich die Einbeziehung des Verfassungsrechts und vor allem der Due Process Garantien jedoch komplizierter dar:²⁴⁰ Hier ist das Standardmodell (Art. 4 MSAPA 2010) nicht ein einfaches, sondern ein förmliches Verfahren. Wird es durch verfassungsrechtliche Vorgaben ausgelöst, so ist das mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Ein solcher Aufwand erscheint jedoch dort nicht angemessen, wo es sich um Fälle handelt, die in der einen oder anderen Weise zwar grundrechtlich relevant sein mögen, insgesamt aber nur einen geringen Belastungsgehalt aufweisen. Das Bemühen, diese Sachverhalte durch die Aktivierung des Verfassungsrechts nicht automatisch an die Verfahrensstandards des Art. 4 zu binden, durchzieht folglich alle Auslegungsüberlegungen zum Begriff „*contested case*“ bzw. „*evidentiary hearing*“. „It would be a mistake to attempt to prescribe procedures for the infinite range of relatively trivial interaction between government and the people“.²⁴¹

Die Einbeziehung des Verfassungsrechts – so richtig sie in der Sache ist – macht die notwendige abwägende Bestimmung des Anwendungsbereichs des MSAPA 2010 nicht einfacher. 118

- Die „Due Process Revolution“ nach *Goldberg v. Kelly* führte zunächst zu einer Ausweitung möglicherweise erfasster Fälle, die später durch einen Rückgriff auf den Bilanzierungstest nach *Mathews v. Eldridge* wieder eingefangen werden musste (→3/21–24). Die Due Process Klausel verlangt „some kind of a hearing“. Nicht jedes Hearing muss ein „*evidentiary hearing*“ sein. Die in diesem Punkte bestehenden verfassungsrechtlichen Konkretisierungsschwierigkeiten strahlen notwendig auf die De-

239 Vgl. MSAPA 2010, Comment S. 54: „Hearings that are required by procedural due process guarantees serve to protect life, liberty and property *interests* (kursiv im Original), which arise where a statute creates a justified expectation or legitimate entitlement.“

240 Zum Folgenden *M. Asimow* (Fn. 236), in: 20 Widener L. J. 707, 720 f. (2010–2011).

241 Ebd., 716.

finition des § 102(11) MSAPA 2010 aus, ohne dass dafür im Gesetz hinreichende Klärungshilfen gegeben würden.

- Größere Klarheit bringt die Neuregelung dagegen bei den Rechtsfolgen: Geht es um eine Einzelfallregelung, die als „*contested case*“ einzustufen ist, dann unterfällt sie grundsätzlich allen Verfahrensvorschriften, die in Art. 4 MSAPA 2010 vorgesehen sind. Eine weitere Erörterung, welche Sicherungsvorkehrungen das Verfassungsrecht mit seiner Due Process Klausel im Detail verlangt, erübrigts sich. Das kann die Verwaltungspraxis spürbar entlasten.

II. „Formal Adjudication“ – selten genutzt, aber repräsentativ

119 „Formal adjudication“ im Sinne der §§ 556, 557 APA ist das klassische Modell des „trial-type procedure“ (→ 3/36–38).²⁴² Die Behörden müssen ihm allerdings nur folgen, wenn es durch Rechtsvorschrift eigens angeordnet ist. Dass es auf Bundesebene allenfalls 10 % der zu entscheidenden Fälle erfasst, nimmt dem Verfahren nicht seine Position, dasjenige Verfahren zu sein, das am besten die Vorstellungen des amerikanischen Rechts ausdrückt, wie Einzelfälle zu einer für alle Beteiligten fairen und akzeptablen Verwaltungsentscheidung geführt werden können. In ihm lebt die Vorbildfunktion des gerichtlichen Prozesses als des klassischen Verfahrens zur verbindlichen Entscheidung von Einzelfällen.²⁴³ Das gilt für den APA ebenso wie für den MSAPA. Es gilt aber auch für das Fachrecht, das oft zwar nicht das Modell als solches, aber doch seine wichtigsten Elemente, vor allem die Formalitäten des „hearing“ und den „administrative law judge“, übernommen hat.

Die folgende Darstellung orientiert sich am MSAPA 2010, weil seine Vorschriften das ausformulieren, was (auch unter Verarbeitung von Judikatur und verwaltungspraktischer Erfahrung) „formal adjudication“ nach aktuellem Stand ausmacht.

242 Zum Folgenden *Breyer/Stewart*, 469 ff.; *Gellhorn*, 261 ff.; *Pierce*, *Process*, § 6.4.3; *Strauss*, *Justice*, 278 ff.; vergleichend *Jarass* (Fn. 76), DÖV 1985, 377, 380 ff.; *Erath*, *Verwaltungsverfahren*, 146 ff.; *Fehling*, *Verwaltung*, 100 ff.

243 Vgl. nur *Mashaw/Merrill/Shane*, 314 f.; ähnlich *Erath*, *Verwaltungsverfahren*, 55 ff.

1. Das Ziel: Schaffung von Distanz

Art. 4 MSAPA widmet dem förmlichen Verfahren insgesamt 18 Bestimmungen, die dies als ein hoch formalisiertes Verfahren gerichtsähnlichen Zuschnitts ausweisen.²⁴⁴ „Specifically, a party to a formal adjudication is entitled to an unbiased decisionmaker, notice of the proposed action and the basis for that action, right to counsel, opportunity to present evidence orally and to make arguments, opportunity to know the opposing evidence and to cross-examine opposing witnesses, resolution of factual issues based exclusively on evidence admitted at trial, and written findings and conclusions“²⁴⁵ Die Behörde ist gezwungen, den gesamten von ihr ermittelten Sachverhalt vor einer unabhängigen Stelle auszubreiten und in der Auseinandersetzung mit den Argumenten und Beweismitteln der anderen Verfahrensbeteiligten seine Stichhaltigkeit darzutun.²⁴⁶ Was dabei nicht zur Sprache gekommen und im „record“ dokumentiert worden ist, kann nicht Grundlage für die Entscheidung sein (§ 406).²⁴⁷ Das bedeutet nicht, dass sich das förmliche Verfahren in jedem Fall lange hinziehen muss. Das kann so sein. Denkbar ist es aber auch, dass ein solches Verfahren kurz und komprimiert durchgeführt wird, indem die Beteiligten mit ihren Beiständen und dem „presiding officer“ in dessen Diensträumen um den Tisch herum sitzen und die Angelegenheit in einem Zuge erledigen. Nach § 403(e) sind auch Telefon- und Videokonferenzen zulässige Formen, das „hearing“ durchzuführen.

Im förmlichen Verwaltungsverfahren der §§ 63–71 VwVfG finden sich zwar einige ähnliche Ansätze, so die vorgeschriebene mündliche Verhandlung (§ 67) und das Recht auf Ablehnung befangener Amtsträger (§ 71 Abs. 3). Speziell das Planfeststellungsrecht kennt außerdem auch eine instantielle Trennung zwischen Anhörungsbehörde (§ 73) und Planfeststellungsbehörde (§ 74 VwVfG).²⁴⁸ Das alles ist aber weit weniger stringent durchgeformt. In einer Rechtsordnung, die wie die deutsche von der Vorstellung einer

244 Vgl. Schwartz, § 7.1: („the virtual equivalent of the courtroom trial“); Breyer/Stewart, 469: („They establish an administrative approximation of a civil trial“).

245 Pierce, Process, § 6.4.3 (S. 269); Erath, Verwaltungsverfahren, 62 ff.

246 Pierce, Process, § 6.4.3b (S. 271): „Again, the analogy to a judicial trial is nearly perfect. The agency files a pleading in the nature of the complaint, and the respondent files a pleading in the nature of an answer.“

247 § 406(c) MSAPA 2010: „The hearing record constitutes the exclusive basis for agency action in a contested case“. Zu diesem „exclusiveness of the record principle“ vgl. Schwartz, § 7.15, S. 401.

248 Verfassungsrechtlich geboten soll sie nicht sein; so BVerwGE 120, 87, 99.

120

121

Weisungshierarchie und der Untersuchungsmaxime (§ 24 VwVfG) bestimmt ist, kann sich das nicht entfalten, was für „formal adjudications“ des amerikanischen Rechts den Zentralpunkt bildet: der *Gedanke distanzierter Entscheidungsfindung*.

2. Einzelne Regelungselemente

122 An welchen verfahrensrechtlichen Regelungen dieser Gedanke im MSAPA besonders deutlich wird, sollen drei Institute zeigen: der „administrative law judge“ (a), die Regelung für „ex parte“ Kontakte (b) und das Verhältnis der endgültigen Entscheidung zu ihren Vorformen (c-d). Sie sind Ausdruck verwaltungsinterner Machtbegrenzung, die zum Konzept des „administrative state“ gehört. Deutlich wird allerdings auch, dass kein Maximum an Entkoppelung verlangt wird, sondern auch Gesichtspunkte praktischer Verwaltungsführung bei der Ausformung der Verfahrensregeln zu berücksichtigen sind.²⁴⁹

3. Administrative Law Judge

123 Die zentrale Funktion im Verfahren hat der „administrative law judge“ (ALJ) inne.²⁵⁰ Er ist im Regelfall der „presiding officer“, der für den Gang des Verfahrens verantwortlich ist, die Beweisaufnahme leitet, den Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung gibt, auf die Erstellung eines umfassenden record (§ 406) achtet und schließlich einen Entscheidungsvorschlag macht. Organisationsrechtlich gehört der „judge“ nicht zur Dritten Gewalt, sondern ist Teil der Exekutive (→ 4/27–33). Hier genießt er jedoch einen herausgehobenen Unabhängigkeitsstatus. In zahlreichen Staaten sind die ALJ's aus den Fachbehörden herausgelöst und zu einer zentralen Behörde („central panel agency“) zusammengefasst worden. Der MSAPA sieht dazu

249 Zu den Zusammenhängen von „internal divisions and checks on administrative decisionmaking“ und „effective government“ im Konzept des „administrative state“ Metzger, 1930s Redux: The Administrative State under Siege, in: 131 Harv. L. Rev. 1, 78–87 (2017).

250 Pierce, Process, § 6.4.3a; Strauss, Justice, 184 ff. Zur Bedeutung der innerbehördlichen „separation of functions“ für das amerikanische Verfahrensverständnis vgl. Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure, 1941, S. 203–209 (ergänzende Vorschläge der Kommissionsmitglieder McFarland, Stason und Vanderbilt).

die Schaffung eines eigenen Office of Administrative Hearings vor, das von einem Chief Administrative Law Judge geleitet wird und die Aufgabenverteilung und Kontrolle der Richter selbstverwaltend wahrnimmt (Art. VI). Dadurch soll die Trennung der Entscheidungsfunktion von den investigativen Aufgaben der Behörden im Sinne einer inneradministrativen Gewaltenteilung noch stärker hervorgehoben werden.²⁵¹

Besonderer Wert wird auf die Neutralität des ALJ gelegt (§ 402 MSAPA): 124 Wer in der Behörde mit dem Fall schon in anderer Funktion befasst war, z. B. Voruntersuchungen geleitet hat, kann nicht „presiding officer“ in derselben Sache sein. Sieht er Gründe, die Zweifel an seiner Unbefangenheit aufkommen lassen könnten, so hat er sie offen zu legen. Den Verfahrensbeteiligten steht ein Ablehnungsrecht zu, wenn sie die Befangenheit durch Tatsachen belegen können.

So wichtig die Unabhängigkeit der ALJ's für eine distanzierte Entscheidungsfindung ist, so birgt sie doch auch Probleme.²⁵² Wenn jede Form der Einwirkung der Behördenleitung auf die Amtsführung entfällt, wie ist dann etwa einer schleppenden oder bewusst nachlässigen Amtsführung zu begegnen? Hinter solchen Fragen mögen Einzelfälle stehen, die überall vorkommen können. Aber die Weisungsfreiheit führt auch im normalen Geschäftsgang zu Befunden, die schwer zu rechtfertigen sind. Untersuchungen zur Sozialverwaltung haben ergeben, dass die Anwendung derselben Vorschriften bei *einem* ALJ in 90 % der Fälle zu einer stattgebenden, bei einem *anderen* Richter in 90 % der Fälle zu einer ablehnenden Entscheidung führt.²⁵³ Solche Fälle von „interdecisional inconsistency“ verletzen die Gleichheit vor dem Gesetz oder (im Wertekanon der „formal adjudication“ ausgedrückt) das elementare Gebot der Fairness. In der Literatur wird daher in Zweifel gezogen, ob das gerichtsähnliche Verfahren überhaupt zum „mass character of modern government“ passe.²⁵⁴ Mit dem Hinweis, Diskrepanzen und Inkonsistenzen seien in jedem auf richterlicher Unabhängigkeit basierten Justizsystem unvermeidlich, mag man sich nicht zufrieden geben. § 604 MSAPA 2010 geht die Problematik dadurch

251 Vgl. MSAPA 2010, Comment S. 98.

252 Hickman/Pierce, 366 ff. („interdecisional inconsistency“); auch → 2/54 und 60.

253 Vgl. die Angaben bei Breyer/Stewart, 721 ff.

254 Mashaw/Merrill/Shane, 426: „the superimposition of trial-type procedures on the process of bureaucratic implementation produces some discordant notes, for the techniques of trial are borrowed from a different institutional context“.

an, dass er dem Chief Administrative Law Judge eine Reihe von Koordinierungs- und Aufsichtsbefugnissen gibt.²⁵⁵

4. Ex parte Kontakte

126 Ein weiteres Element, eine distanzierte und unparteiische Entscheidungsfindung zu sichern, ist die Einschränkung einseitiger Kontakte der entscheidenden Amtsträger zu Beteiligten oder zu Dritten. Geheime Vorgespräche und andere Formen selektiver Einflussgabe widersprechen den Zielen der Transparenz und Fairness. Schon in seiner ursprünglichen Fassung verbot der APA dem „presiding officer“ daher, die Parteien oder andere Personen „on a fact in issue“ zu konsultieren.²⁵⁶ Heute untersagt § 557(d)(1) APA solche Kontakte „relevant to the merits of the proceeding“. Verstöße gegen das Verbot, die wissentlich begangen werden, können mit strengen Sanktionen, z. B. mit der Zurückweisung eines Antrages in der Sache, belegt werden. Ausgeschlossen sind auch Kontakte zu anderen staatlichen Stellen – eben zu allen Personen „outside the agency“. Kongressausschüsse sind davon ebenso erfasst wie vorgesetzte Behörden.²⁵⁷

127 In den Beratungen zum MSAPA 2010 spielten „ex parte“ Kontakte ebenfalls eine wichtige Rolle und führten zu außerordentlich detaillierten Regelungen, die einen Kompromiss darstellen.²⁵⁸ Festgelegt wird in § 408(b) zunächst eine weitgefasste Grundregel, die dem „presiding officer“ und demjenigen, der die endgültige Entscheidung zu treffen hat, ex parte Kontakte zu allen Personen („any person“) und damit auch zu anderen Amtsträgern *derselben* Behörde untersagt.²⁵⁹ An diesem Punkte setzen dann allerdings mehrere Ausnahmen an, die „staff advice“ in gewissem Rahmen ermöglichen (§ 408(d) und (e)): So sind solche Kontakte u.a. dann zulässig, wenn es um Rechtsberatung durch eine dazu befugte Person, z. B. aus der

255 Darunter: „adopting a code of conduct for administrative law judges“ (7); „monitoring the quality of adjudications conducted by ALJ’s“ (8); „disciplining [pursuant to the state merit system law] ALJ’s who do not meet appropriate standards of conduct and competence“ (9).

256 Strauss, Justice, 281 ff. und 380 ff.

257 Ob auch Einflussnahmen des Weißen Hauses dazu zählen, ist nicht endgültig geklärt; dazu Breyer/Stewart, 606 f.; Gellhorn, 702 ff.

258 Ausführlich M. Asimow (Fn. 236), in: 20 Widener L. J. 707, 730 ff. (2010–2011).

259 „[He] may not make to or receive from any person any communication concerning the case without notice and opportunity for all parties to participate in the communication“.

Rechtsabteilung der Behörde, geht. Ist der Behördenleiter selbst der „presiding officer or final decision maker“, so kann er unter einschränkenden Kautelen auch sonst mit den Bediensteten seiner Behörde kommunizieren, wenn es um wissenschaftlich-technische Fragen oder um verfahrensspezifische Probleme geht.

In der Literatur wird kritisch gefragt, ob die Maßstäbe, die eigentlich für richterliche Entscheidungen gelten, wirklich in so weitem Umfang auf administrative Entscheidungen übertragen werden können, ohne den notwendigen inter- und intra-behördlichen Informationsfluss unangemessen zu unterbinden.²⁶⁰ Das sind verständliche Einwände – gerade auch aus der Sicht des deutschen Rechts, das ein ausdrückliches Verbot von „ex parte“ Kontakten weder im förmlichen noch im normalen Verwaltungsverfahren kennt, sondern krasse Fälle einseitiger Kommunikation als einen Tatbestand behandelt, der im Einzelfalle gem. § 21 VwVfG die Besorgnis der Befangenheit begründen kann.²⁶¹ Behörden sind auch in formalisierten Verwaltungsverfahren keine Gerichte, sondern Entscheidungsträger, die in einen ganz anderen organisatorischen Kontext eingebunden sind. Besonders die Einschränkungen behördeninterner Kontakte wirken überzogen.

Auf der anderen Seite zeigen die Beratungen des MSAPA 2010 aber auch, dass das Verbot von „ex parte“ Kontakten als solches ein anerkanntes Institut darstellt, das aus dem förmlichen Verwaltungsverfahren nicht wegzudenken ist. Gerade seine Bestätigung in einer Verfahrenskodifikation wie dem MSAPA, die sich an Verwaltungen in den Einzelstaaten und damit auch an kleinere Behörden richtet, zeigt, dass es Normalität ausdrückt. Die Kritik an ihm sollte daher nicht davon abhalten, die amerikanischen Vorschriften als Denkanstöße zu nutzen, auch das deutsche verfahrensrechtliche Denken gegenüber Vorfestlegungen und einseitiger Verhandlungsführung zu sensibilisieren.²⁶² Dass ein Minister, der im Wege der sog. Ministererlaubnis (§ 42 GWB) über eine Ausnahme von einem Kartellverbot zu entscheiden hat, sich mit einigen der am Verfahren beteiligten Unternehmen zu geheimen „Sechs-Augen-Gesprächen“ trifft, ist als ein Verstoß gegen die Gebote der Neutralität und der Verfahrensfairness einzustufen, die

260 Vgl. etwa Strauss, Justice, 281 f.

261 Vgl. K. Ritgen, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl. 2019, § 21 Rn. 18: (Einflussnahme Dritter auf Verfahren, Vorgespräche kein Grund für Besorgnis der Befangenheit).

262 Ähnlich Fehling, Verwaltung, 198 ff.

sich in einem so herausgehobenen Fall zu einem Verbot von „ex parte“ Kontakten verdichten.²⁶³

5. „Initial“, „recommended“ und „final orders“

130 Hat der Behördenleiter selbst die Beweisaufnahme geleitet, so trifft er nach deren Abschluss auch eine endgültige Entscheidung. Hat aber ein ALJ diese Tätigkeit wahrgenommen, so ergeht zunächst eine vorläufige („*initial order*“) bzw. eine empfehlende („*recommended order*“) Entscheidung.²⁶⁴ Dieses Gefüge von Entscheidungsvarianten nimmt den Gedanken distanzierter Entscheidungsfindung auf, stellt für die Schlussphase aber klar, dass die Gesamtverantwortung bei der Behörde liegt. Diese verfügt über die volle Entscheidungskompetenz, die sie auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts in Auseinandersetzung mit den Annahmen und Wertungen des ALJ eigenständig wahrzunehmen hat. Abweichungen müssen genau benannt und begründet werden.

131 Im deutschen Recht findet sich eine vergleichbare Stufung nur selten. So sieht das Planfeststellungsrecht vor, dass die Anhörungsbehörde zum Ergebnis des förmlichen Anhörungsverfahrens eine Stellungnahme abgibt und diese dann mit den sonstigen Unterlagen der Planfeststellungsbehörde zuleitet (§ 73 Abs. 9 VwVfG); Rechtswirkungen hat diese Stellungnahme aber nicht. Für das amerikanische Recht ist ein Stufenmodell dagegen konsequent. Es indiziert die große Bedeutung der Faktenbasis. Schon der APA idF 1946 legte die Stufung in sect. 8 fest; heute ist sie in § 557(a)-(b) APA normiert. Der MSAPA 2010 folgt demselben Modell, formuliert die einzelnen Schritte aber noch genauer aus: „*Initial orders*“ werden automatisch zur endgültigen Entscheidung, wenn der Behördenleiter nicht innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist von Amts wegen oder auf Antrag ein Überprüfungsverfahren einleitet (§ 413(b) und § 414(c)). „*Recommended orders*“ müssen dagegen auf jeden Fall vom Behördenleiter überprüft werden; am Ende der Prüfung ergeht entweder eine endgültige Entscheidung oder die Sache wird an den „*presiding officer*“ zurückverwiesen (§ 415(c)).

263 Dazu OLG Düsseldorf ECLI:DE:OLGD:2016:0712.VI.KART3.16V.0: „grobe Verletzung des rechtlichen Gehörs“ (Rn. 80).

264 Für sie stehen nach § 413(b) MSAPA 2010 zwei Formen zur Verfügung: Ist der *presiding officer* mit Entscheidungsgewalt ausgestattet, so kann er *initial orders* erlassen; fehlt es ihm daran, so kann er nur *recommended orders* erlassen.

Welche Verfahrensvariante auch immer einschlägig ist, auf jeden Fall müssen alle Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit haben, zum gesamten Streitstoff in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht Stellung zu nehmen. Gegen endgültige Entscheidungen können die Parteien nach § 416 MSAPA 2010 fristgebunden einen Antrag auf Überdenken stellen („petition for reconsideration“). Rechtsmittelfristen laufen nicht, solange die Behörde über diesen Antrag nicht entschieden hat. 132

6. Publizität getroffener Entscheidungen und Wirkung als „precedents“

„Orders“ bedürfen einer Begründung, die die Einzelergebnisse der Tatsachenermittlung und die rechtlichen Schlussfolgerungen getrennt darstellt (§ 413(d) MSAPA 2010). Der Entscheidung dürfen nur solche Tatsachen zugrundegelegt werden, die in der Anhörung behandelt und im Protokoll vermerkt sind. Notwendig ist auch eine Rechtsbehelfsbelehrung. Rechtliche Existenz erlangt eine Entscheidung, sobald sie vom zuständigen Beamten unterzeichnet ist. In Kraft tritt sie aber erst, nachdem sie allen Beteiligten bekannt gemacht worden ist (§ 413(g)(h) MSAPA 2010). 133

Vorschriften über die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten, die im deutschen Verfahrensrecht traditionell zu den Standardthemen gehören (§§ 48–50 VwVfG), sind im APA und im MSAPA 2010 nur rudimentär ausgebildet.²⁶⁵ Gesichtspunkte des Vertrauenschutzes und der Rechtssicherheit haben zwar durchaus Gewicht. Aber sie sind nicht in eigenen Tatbeständen ausgeformt, sondern fließen erst über die Ermessenslehre und den Gedanken der Konsistenz in das Verwaltungsrecht ein.²⁶⁶ 134

Vorrangig gilt das Interesse des amerikanischen Rechts der *Publizität* des Verwaltungshandelns. Entsprechend ist mit § 418 MSAPA 2010 eine Bestimmung aufgenommen worden, die die Behörde verpflichtet, alle von ihr erlassenen endgültigen Entscheidungen in einem Index zu erfassen und zu öffentlicher Einsichtnahme bereit zu halten. Als „precedent“ für künftige Entscheidungen kann die Behörde auf ergangene „orders“ nur zurück-

265 § 558(c)(2) APA, § 419(b) MSAPA 2010 betreffen nur Zulassungsentscheidungen („licenses“) und sind prozeduraler Natur: Die Behörde muss den Genehmigungsinhaber über ihre Absicht einer Aufhebung informieren und ihm die Möglichkeit einer Gegendarstellung geben.

266 Dazu → 4/123. Systematisch zum Gedanken der Konsistenz und ihrer Bedeutung für den Vertrauenschutz *L. H. Levinson*, The Legitimate Expectation that Public Officials Will Act Consistently, 46 Am. J. of Comp. L. 549 (1998).

greifen, wenn sie diese entsprechend ausgewiesen, indiziert und öffentlich zugänglich gemacht hat. Auf diese Weise kann eine Behörde auch ihre Einzelfallentscheidungen dazu nutzen, um für die Zukunft eine verbindliche Interpretationslinie vorzugeben und diese auch mit belastender Wirkung gegenüber Dritten anzuwenden.²⁶⁷

III. Informal Adjudication und informal Orders

137 „Informal adjudication“ und „informal orders“ sind negativ dadurch bestimmt, dass sie nicht den besonderen Verfahrensvorschriften der §§ 556, 557 APA bzw. der §§ 401–419 MSAPA 2010 unterfallen. Im Übrigen aber erfüllen sie alle Definitionsmerkmale, die den Begriff „order“ ausmachen. Sie treffen verbindliche Aussagen über Rechts- und Interessenpositionen, sind also Entscheidungen mit Regelungscharakter.²⁶⁸ Systematisch gehören sie folglich zu den formbestimmten Verwaltungsentscheidungen und nicht zu dem, was in Deutschland als informelles Verwaltungshandeln bezeichnet wird.²⁶⁹

1. Ein Mosaik von Verfahrensrechtsquellen

138 Das Verfahrensrecht der „informal orders“ muss aus mehreren Rechtsquellen jeweils konkret zusammengestellt werden.²⁷⁰ Vorrangig zuzugreifen ist auf die Fachgesetze und die von den Behörden selbst erlassenen Verfahrensvorschriften. Aus dem APA anwendbar sind §§ 552, 555 und vor allem die Vorschriften über den gerichtlichen Rechtsschutz nach §§ 701–706.²⁷¹ Wenn „informal orders“ Regelungen enthalten, die sich als „deprivation“

267 Vorbild dieser Regelung ist das kalifornische Verfahrensrecht; dazu *M. D. Jacobs, Illuminating a Bureaucratic Shadow World: Precedent Decisions under California's Revised Administrative Procedure Act*, 21 *J. Nat'l Ass'n Admin. L. Judicaria* 247 (2001). Vgl. zur Bedeutung von Entscheidungen der Verwaltung als „precedents“ (mit Hinweis auf die Entscheidungen des Gerichts) auch schon *Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, 1941, S. 29 ff.

268 § 551(6) APA: „a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form.“

269 Zum informellen Handeln → 3/163–166.

270 Vgl. *Pierce, Process*, § 6.4.11; *Strauss, Justice*, 287 ff.

271 Dazu 401 U.S. 402, 410 (1971) *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe; Hickman/Pierce*, 350 ff.

darstellen, sind außerdem die Verfahrensanforderungen der Due Process Klausel zu erfüllen.²⁷² Damit ist allerdings kein fest fixierter Bestand von Regeln, sondern ein breites Spektrum von Verfahrensvorkehrungen aufgerufen, das von der einfachen Kenntnisgabe einer beabsichtigten Regelung bis zum vollen Sicherungsstandard eines „evidentiary hearing“ reicht und nach Maßgabe der *Mathews v. Eldridge* Judikatur im Einzelfall zu ermitteln ist (→ 3/21–24).

2. Grundelemente eines allgemeinen Verfahrensrechts

Den damit verbundenen Unsicherheiten lässt sich jedenfalls teilweise dadurch entgegenwirken, dass im Fachrecht oder in dem von der Behörde selbst geschaffenen Verfahrensrecht für bestimmte Typen von Entscheidungen ein *prozeduraler Grundstandard* festgelegt wird, der die Due Process Anforderungen typisierend auffängt. Eine Analyse der gesetzlichen und administrativen Praxis zeigt bei allen Unterschieden vier *Basiselemente*:²⁷³

- „notice of issues presented“;
- „an opportunity to present data and arguments in either oral or written form“;
- „a decision by a neutral decisionmaker“;
- „a statement of reasons for the decision“.

Das sind die Kernbestandteile, die auch das Standardverfahren der § 9 ff. 140 VwVfG für alle Verwaltungsakte prägen. Ihre Kodifikation könnte, selbst wenn sie knapp gehalten wäre, für Betroffene ebenso wie für die Verwaltungspraxis hilfreich sein. Das gilt insbesondere dann, wenn man berücksichtigt, dass „informal orders“ weit mehr als förmliche Entscheidungen die Alltagserfahrung breiter Bevölkerungskreise im Umgang mit der Exekutive repräsentieren. Dem wird entgegengehalten, dass es angesichts der großen Vielfalt administrativer Handlungen kaum möglich sei, für alle Arten von „orders“ einen einheitlichen Bestand von Verfahrensregeln festzulegen – eine Einsicht, die die Ausarbeitung des APA von Anfang an begleit

272 Pierce, Process, § 6.4.11; Erath, Verwaltungsverfahren, 88 und 92 ff.

273 Hickman/Pierce, 357 unter Bezugnahme auf P. Verkuil, A Study of Informal Adjudication Procedures, in: 43 U. Chi. L. Rev. 739 (1976); ferner P. Verkuil, A Study of Immigration Procedures, in: 31 UCLA L. Rev. 1141 (1984); restriktiver die rechtsvergleichenden Feststellungen von Fehling (Fn. 45), VVDStRL 70, 2011, 278, 290 Fn. 41 (betr. Anhörungsrecht) und 292 Fn. 44 (betr. Begründungspflicht).

tete.²⁷⁴ Das deutsche Verfahrensrecht zeigt jedoch, dass Vielfalt die Allgemeinheit eines Grundbestandes an elementaren Regelungen nicht ausschließen muss.²⁷⁵ Das amerikanische Recht hat zwar mit den zusätzlichen Schwierigkeiten zu ringen, die sich aus der Due Process Klausel ergeben. Doch muss auch das deutsche Verfahrensrecht die Einwirkungen des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechte, stets im Blick behalten. Das gelingt jedoch leichter, wenn diese Anforderungen in einen vorhandenen Gesetzestext im Wege verfassungskonformer Auslegung inkorporiert werden können und nicht freischwebend als eigenes Regelungsgeflecht konstruiert werden müssen. Der MSAPA 2010 ist immerhin ein Stück dieses Weges gegangen, indem er die „contested cases“ unter Einbeziehung der Due Process Klausel definiert und für den erweiterten Anwendungsbereich ein ausformuliertes gesetzliches Regelwerk bietet.

IV. Speziell: Zulassungsentscheidungen („licenses“)

141 „Formal adjudication“ und „informal adjudication“ sind Grundmodelle. Die Gesetzespraxis kennt zahlreiche Zwischenformen, die die hohen Anforderungen des förmlichen Verfahrens reduzieren oder umgekehrt das informale Verfahren mit zusätzlichen Sicherungen ausstatten.

1. Der Standardfall

142 Die Ausbildung von Zwischenformen ist vor allem ein Feld des Fachrechts. Aber auch die beiden Verfahrenskodifikationen selbst kennen sie. Ein Beispiel bildet das Verfahrensrecht, das die Erteilung bzw. die Aufhebung von Genehmigungen, Erlaubnissen und anderen Zulassungen („licenses“) regelt. Der Begriff ist in § 551(8) APA und in § 102(19) MSAPA 2010 breit definiert. Erfasst sind personenbezogene und sachbezogene Regelungen, die im Umwelt-, Wirtschaftsverwaltungs- und Baurecht in den USA wie in Deutschland zu den Standardinstrumenten gehören.²⁷⁶ Ebenso weit sind

274 Vgl. Strauss, Justice, 288.

275 Zur Bedeutung vgl. J.-P. Schneider (Fn. 83), in: GVwR II, § 28 Rn. 14: „Das Standardverfahren der §§ 9 ff VwVfG bildet den Ausgangspunkt der heutigen verwaltungsrechtlichen Systembildung.“

276 Anders die Genehmigung von Tarifen und ähnlichen breitenwirksamen Entscheidungen, die im APA dem „rulemaking“ zugeordnet werden → 3/57–59.

die Verwaltungsbefugnisse definiert, die diese Akte betreffen. Zum „licensing“ gehören die Gewährung und Erneuerung, aber auch die Versagung, der Entzug und die Suspension (§ 551(9) APA bzw. § 102(20) MSAPA).

Dass Zulassungsentscheidungen dieser Art oft Vorgänge der Massenverwaltung sind und daher nicht schematisch dem förmlichen Verfahren zu unterstellen seien, sondern flexibler geregelt werden sollten, war schon bei den Vorarbeiten zum APA im Gesetzgebungsverfahren herausgestellt worden.²⁷⁷ Die Abweichungen vom strengen „on the record“ Verfahren, die der APA den Behörden ermöglicht, sind so weitreichend, dass von einem eigenständigen Verfahrenstypus gesprochen werden kann:²⁷⁸ So darf die Behörde die Beweisaufnahme ohne mündliche Verhandlung durchführen. Sie ist außerdem befugt, die endgültige Entscheidung auch durch einen Bediensteten treffen zu lassen, der im Verfahren vorher investigative Aufgaben wahrgenommen hat. Die klassische „trial“ Vorstellung tritt hier hinter die Interessen des Antragstellers an einer schnellen Entscheidung zurück.²⁷⁹ Zudem hat der Gesetzgeber berücksichtigt, dass Behörden angesichts der vorrangig technischen Fragestellungen vieler Zulassungsentscheidungen nicht über genug fachkundiges Personal verfügen, um die im förmlichen Verfahren geforderte innerbehördliche Funktionentrennung durchzuhalten.

2. Mehrpolige Regelungssituationen

Auf der anderen Seite muss gesehen werden, dass gerade Genehmigungen, z. B. im Umweltrecht, oft mehrpolige Konflikte betreffen.²⁸⁰ Die wissenschaftliche Diskussion benutzt dafür dieselben Topoi wie in Deutschland („bi-polar“, „polycentric“). Für sie mag die zweipolige Prozesskonstellation eines gerichtsähnlichen Verfahrens nicht geeignet sein. Aber die Gewährung von Möglichkeiten, *alle* Interessenten im Verfahren zu Wort kommen zu lassen, bleibt eine wichtige Aufgabe, um eine Befriedung der Situation zu erreichen. „Procedure here is more a means of achieving ‘voice’ than an

²⁷⁷ Final Report of Attorney General’s Committee on Administrative Procedure, 1941, S. 39 f.

²⁷⁸ Vgl. Strauss, Justice, 277, 284 ff.: § 556(d), § 554(d)(A) APA.

²⁷⁹ § 558(c) APA spricht ausdrücklich von einer Entscheidung „within a reasonable time“.

²⁸⁰ Strauss, Justice, 286.

apt reflection of the trial analogy".²⁸¹ Trotzdem ist es mit einer Reduktion der Anforderungen des förmlichen Verfahrens nicht getan.

145 In beiden Rechtsordnungen geht es vielmehr darum, der Breitenwirkung von Einzelentscheidungen schon in frühen Verfahrensstadien Rechnung zu tragen. Lösungen werden in einer Vorverlagerung von Beteiligungsmöglichkeiten in eine Phase gesucht, in der die Interessenpositionen und Rollen noch nicht so festgelegt sind, wie das nach der Antragstellung der Fall ist.²⁸² Anleihen beim „informal rulemaking“ und dem dort vorgesehenen „advance notice“ Erfordernis (§ 303 MSAPA) bieten sich an. Es geht darum, ein den Formendualismus von „rules“ und „orders“ übergreifendes Verfahren zu entwickeln, das einen strukturierten, aber offenen, nicht schon von festen Parteirollen beherrschten Diskurs ermöglicht.

C. Public Contracts

146 Verträge der Verwaltung sind kein Gegenstand des APA oder des MSAPA. In den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts werden sie selten ausführlicher behandelt; oft fehlen sie ganz.²⁸³ Dieser erste Eindruck darf jedoch nicht zu der Ansicht verleiten, Verträge spielen in der Verwaltungspraxis und im Verwaltungsrecht der USA allenfalls eine geringe Rolle. Das Gegenteil ist der Fall. „Public contracts“ sind eine viel genutzte Handlungsform: „procurement contracts“, „grant agreements“, „cooperative agreements“, Verträge über „interlocal relationships“. Der U.S.C. enthält einen eigenen „Public Contracts“ überschriebenen Titel, der zwar keine umfassende Regelung des Rechts der Verwaltungsverträge bietet, aber immerhin eine Reihe einschlägiger Regelungen (41 U.S.C.). Rechtsprechung und Fachliteratur sind

281 Ebd.

282 Vgl. § 25 Abs. 3 VwVfG („frühe Öffentlichkeitsbeteiligung“); enger in das Verfahren eingebunden die prehearing conference nach § 403 MSAPA 2010.

283 Vgl. Strauss, Justice, 531 f. und 252 f.: „‘Government contracts’ is a speciality, neither administrative law nor contract law, but combining of some of the characteristics of each“. Einzelne Fragen erörtern z. B. Asimow/Levin, 60 (Due Process Anforderungen in Fällen von Vertragsänderungen aus öffentlichem Interesse); zu letzterem Problem auch Gellhorn, 886 f., dort ferner der Verweis auf das Thema „Privatization“. Briffault/Reynolds, 245 ff. und 581 ff. (zwischengemeindliche Verträge), 875 ff. (Langzeitverträge in der kommunalen Leistungsverwaltung).

ebenfalls vorhanden.²⁸⁴ Nur im allgemein-verwaltungsrechtlichen Diskurs herrscht weitgehend Schweigen.

I. Eigenständiges Verwaltungsvertragsrecht

Nun könnte man annehmen, dieses geringe Interesse folge daraus, dass Verwaltungsverträge eben Verträge seien, für die im Großen und Ganzen das für jedermann geltende allgemeine Vertragsrecht gelte und es daher an einem hinreichend herausgehobenen Gegenstand mangle, der wissenschaftliche Aufmerksamkeit verdiene. Doch auch eine solche Ansicht wäre unzutreffend. In den USA ist das Vertragsrecht der Verwaltung von Anfang an vom privaten Vertragsrecht getrennt entwickelt worden.²⁸⁵

Grund dafür ist die US-Verfassung. Sie sagt zwar nicht direkt etwas über die Vertragsschlussbefugnisse des Staates.²⁸⁶ Es gilt aber auch für das Vertragshandeln die Grundannahme des amerikanischen Verfassungsdenkens, dass alles Handeln staatlicher Amtsträger vom Volk abgeleitet sein muss. Die Befugnis der Verwaltung, Verträge als Gestaltungsmittel zu nutzen, folgt nicht aus einer ihr wie Privatpersonen zukommenden Vertragsfreiheit, sondern aus der Souveränität des Volkes.²⁸⁷ Damit wiederum verbindet sich die Annahme, die Regierung könne sich Privaten gegenüber nicht binden, und die normalen Gerichte könnten Klagen Privater gegen den Staat folglich nicht stattgeben. Das ist die vertragsrechtliche Variante der „sovereign immunity“ Doktrin.²⁸⁸ Auf die Immunität kann allerdings ver-

147

148

284 Eine eigene Sektion der American Bar Association und die von dieser Sektion herausgegebene Zeitschrift *Public Contract Law Journal* unterstreichen die große Bedeutung dieser administrativen Handlungsform für die Praxis.

285 Cane, *Controlling*, 405–414.

286 Zum Sonderfall stellt die Contracts Clause (Art. 1 sect. 10 cl. 1 U.S.-Verf.), die es den Staaten verbietet, durch Gesetz auf Verträge einzuwirken, vgl. Nowak/Rotunda, § 11.8 (S. 515 f.).

287 Vgl. 518 U.S. 839, 884 Fn. 28 (1996) *United States v. Winstar Corp.* unter Bezugnahme auf 294 U.S. 330, 353 (1935) *Perry v. United States*; ferner Cane, *Controlling*, 409 Fn. 114 (unter Bezugnahme auf E.W. Massangale, *Fundamentals of Federal Contract Law*, 1991, 11): „Thus, in US law, the government's contractual capacity is an incident of sovereignty not of personhood“.

288 Zur schadensersatzrechtlichen Variante → 4/143–147.

zichtet werden. Die Kompetenz dazu hat der Kongress, nicht der Präsident. Der Verzicht muss unmissverständlich ausgedrückt sein.²⁸⁹

149 Auf dieser Grundlage hat sich ein eigenständiges öffentliches Vertragsrecht entwickelt, das eigene, typisch öffentlich-rechtliche Ziele verfolgt. „Public power, whether contracting power, Constitutional power or statutory power, needs to be controlled in a way that private power is not“.²⁹⁰ Seine Ausgestaltung ist freilich eine Gratwanderung.²⁹¹ Einerseits soll auch die Verwaltung, wenn sie Verträge schließt, an das allgemeine Vertragsrecht, wie es sonst unter Privaten gilt, gebunden sein. Andererseits muss sie sich aber von einem Vertrag lossagen können, um auf Situationsänderungen (einschließlich Rechtsänderungen) reagieren zu können. Ob sie ihrem Vertragspartner in einem solchen Falle eine Entschädigung zu leisten hat, ist ähnlich umstritten wie beim Sonderkündigungsrecht nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG.

Zwei wichtige Einsatzfelder der „government contracts“ sollen hier wenigstens in den Grundzügen vorgestellt werden: das Vergaberecht (II) und das „Outsourcing“ (III).

II. Vergaberecht („public procurement law“)

150 Das Vergaberecht hat in den USA eine lange Tradition.²⁹² Eine erste gesetzliche Regelung geht auf das Jahr 1809 zurück. Wichtige Neuerungen erfolgten 1948 und sodann mit dem Federal Procurement Policy Act von 1979, dem Competition in Contracting Act (CICA) von 1984 und dem Federal Acquisition Streamlining Act von 1994.²⁹³

289 Zur Bedeutung und Reichweite der „unmistakability doctrine“ als Auslegungsregel für Verwaltungsverträge vgl. die unterschiedlichen Voten in 518 U.S. 839 (1996): für die Mehrheit Souter, J. 871–890, Breyer, J. con. 910–912, Scalia, J. con. 919–922; Rehnquist C. J., diss. 924–931.

290 Cane, *Controlling*, 412.

291 Strauss, *Justice*, 532.

292 Dazu die Nachweise bei *Summann*, *Vergabe*, 22 f. und 145 ff.

293 Eine umfassende Darstellung des Vergabewesens einschließlich des Vergaberechtsschutzes bietet das *Contract Attorneys Deskbook*, 2014, herausgegeben von *The Judge Advocate General's School*, einer Einrichtung der US Army, Vol. 1. Zur Einführung K. M. Manuel, *Competition in Federal Contracting* (Congressional Research Service), 2011.

1. Rechtsgrundlagen und Ziele

Heute sind für Beschaffungsverträge der Bundesverwaltung vor allem die 151 Vorschriften einschlägig, die sich in kodifizierter Fassung in Title 41 U.S.C. §§ 101–4712 („Federal Procurement Policy“) finden. Diese schon für sich genommen außerordentlich detaillierten Vorschriften werden durch eine Rechtsverordnung weiter verfeinert, die Federal Acquisition Regulation (FAR) – ein Regelwerk, das in 53 Teilen die Voraussetzungen von Vergaben, das Verfahren und die Vertragsgestaltung in allen Einzelheiten zu erfassen versucht.²⁹⁴ Beeindruckend ist dabei die enorme Zahl ausformulierter *Vertragsklauseln*, die die FAR den Verwaltungen an die Hand gibt und die im Code of Federal Regulations (CFR) allein gut 460 Seiten füllen. Wie im amerikanischen Verwaltungsverfahrensrecht auch sonst sind hier außerdem die Vorschriften zu beachten, die die Behörden selbst erlassen.²⁹⁵

In 152 41 U.S.C. § 111 werden als Vergabe definiert „all stages of the process of acquiring property or services, beginning with the process for determining a need for property or services and ending with contract completion and closeout“. Dieser Kreis von Tätigkeiten wird einem „*procurement system*“ unterstellt, das klassische Verfahrensvorschriften mit Organisations- und Managementregelungen verbindet (§ 112). Ein im Office for Management and Budget (OMB) eingerichtetes Office of Federal Procurement Policy ist für die Gewährleistung eines einheitlichen Vollzuges zuständig (§ 1101). Planung und Durchführung des einzelnen Beschaffungsvorgangs obliegen der jeweiligen Behörde, die einen Chief Acquisition Officer (§ 1702) und einen Advocate for Competition (§ 1705) zu bestellen hat. Auch sonst haben die Behörden darauf zu sehen, dass sie über einen in Vergabeangelegenheiten kompetenten Personalbestand verfügen (§ 1704). Hohes Gewicht wird neben den eigentlichen Vergabevorgängen dem „*contract management*“ zugemessen.²⁹⁶

Ziel des Vergaberechts ist es, eine kostengerechte Beschaffung („*best value*“) durch einen fairen Wettbewerbs sicherzustellen.²⁹⁷ Transparenz spielt eine große Rolle. Daneben werden aber auch allgemein-politische Ziele

294 FAR in der Fassung von 2005 kodifiziert in Title 48 *Code of Federal Regulations (CFR)* Chap. 1. Die folgenden Kapitel enthalten dann weitere Regelungen, für einzelne Sektoren (Militär, Gesundheitswesen, Landwirtschaft).

295 Vgl. FAR Part 1.3. Außerdem können „Executive Orders“ des Präsidenten auf das Vergaberecht einwirken; dazu Strauss, Justice, 148 f.

296 Dazu FAR Part 42–51.

297 Im Einzelnen Summann, Vergabe, 38 ff.

wie die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen verfolgt.²⁹⁸ In ihrer Grundausrichtung sind das amerikanische und das deutsche Vergaberecht heute durchaus vergleichbar, selbst wenn sich letzteres erst unter dem Druck des EU-Rechts von seinen haushaltrechtlichen Wurzeln verabschiedet und zu einer breiteren Definition seiner Ziele gefunden hat (§ 97 GWB).²⁹⁹

2. Verfahrenstypen

154 Eine vorgelagerte Phase des amerikanischen Vergabeverfahrens ist die Markterkundung, zu der die Behörden nach 41 U.S.C. § 3306(a)(1), § 3307 und FRA Part 10 verpflichtet sind. In diesem Rahmen ist auch darüber zu befinden, ob der festgestellte Bedarf nicht mit verwaltungseigenen Mitteln gedeckt werden kann bzw. gedeckt werden muss („make or buy“). Die Ergebnisse sind zu dokumentieren. Dieses ist auch eine Schaltstelle für Privatisierungsentscheidungen (→ 3/157).

298 Vgl. FAR Part 19, 22–23.

299 Auch in den USA waren Klagerichte von Konkurrenten zunächst nicht anerkannt; vgl. 310 U.S. 113, 125–132 (1940) *Perkins v. Lukens Steel Co.* Einen Durchbruch zugunsten des Drittschutzes brachte erst die Entscheidung *Scanwell Lab., Inc. v. Shaffer*, 424 F.2d 859 (D.C. Cir. 1970). Zur Entwicklung F. W. Claybrook Jr., The Initial Experience of The Court of Federal Claims in Applying the Administrative Procedure Act in Bid Protest Actions, 29 Pub. Cont. L. J. 1, 4–7 (1999). Weiter zum Rechtsschutz → 4/170.

Für die Vergabe selbst stehen grundsätzlich zwei Verfahrensarten zur Verfügung.³⁰⁰ 155

- „Sealed bidding“ ist ein stark formalisiertes Verfahren, an dessen Beginn die Behörde ihren Bedarf sehr genau beschreibt und zur Abgabe von Angeboten öffentlich auffordert (FAR Part 14). Die verschlossen eingegangenen Angebote werden vor den Augen der Öffentlichkeit geöffnet. Den Zuschlag erhält, wer das preislich günstigste Angebot abgegeben hat. Die Bieter, die nicht zum Zuge gekommen sind, müssen innerhalb von drei Tage nach Vertragsschluss benachrichtigt werden.³⁰¹ Das Verfahren entspricht in den Grundzügen der offenen Vergabe nach § 119 Abs. 3 GWB, während die Variante des „two-step sealed bidding“ dem nicht offenen Verfahren des § 119 Abs. 4 GWB nahekommt.³⁰²
- „Contracting by negotiation“ ist ein mehrstufiges Verfahren, das damit beginnt, dass die Behörde ihren Bedarf artikuliert und zur Abgabe von Vorschlägen auffordert.³⁰³ Die von Bieter eingereichten Vorschläge werden dann zunächst daraufhin durchgesehen, ob sie wettbewerbsfähig sind. Über diejenigen Vorschläge, für die festgestellt wird, kann die Behörde dann mit den Bieter in Verhandlungen eintreten. Entschließt sich die Behörde zu Verhandlungen, so muss sie solche mit allen Bieter, die wettbewerbsfähige Vorschläge gemacht haben, führen. Das kann mündlich oder schriftlich geschehen. Die Verhandlungen können alle Aspekte des Vorhabens betreffen und dienen dazu, die Vorschläge mit dem Ziel optimaler Leistungserbringung zu verbessern. Dem besten Angebot wird dann der Zuschlag erteilt. Die sehr detaillierten Regelungen der Verhandlungsphase, die § 15.306(d)(e) FAR trifft, zeigen, wie sehr das Verfahren eine Gratwanderung zwischen Flexibilität und Gleichbehandlung ist. Das deutsche Recht kennt vergleichbar das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog nach § 119 Abs. 5 und 6 GWB i.V.m. §§ 17 und 18 VgV. „Stets gilt es, eine rationale Mischung aus Distanz und verhandlungsfördernder Nähe zu bewahren“³⁰⁴

300 Zum Folgenden *Summann*, Vergabe, 156 ff. Neben diesen beiden Verfahren existiert eine Reihe vereinfachter Verfahren für Vergaben unterhalb bestimmter Schwellenwerte, vgl. FAR Part. 13 und *Summann*, Vergabe, 189 ff.

301 FAR § 14.409 – 1(a)(1).

302 Zu den Verfahren des deutschen Rechts vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 13 Rn. 12 ff.

303 FAR Part 15, ausführlich *Summann*, Vergabe, 160 ff.

304 So treffend *Burgi*, Vergaberecht, § 13 Rn. 24.

156 In den verfügbaren Verfahrenstypen ähneln sich das amerikanische und das deutsche Recht. Zur Angleichung dürfte auch die Internationalisierung des Vergaberechts beigetragen haben.³⁰⁵ Unterschiede sind aber bei den Verfahrenspräferenzen festzustellen:³⁰⁶ In den USA ist heute „contracting by negotiation“ der bevorzugte Verfahrenstyp. Der Befund unterstreicht die generelle Tendenz zu mehr Flexibilität, die das amerikanische Vergaberecht seit den 90er Jahren bestimmt.³⁰⁷ In Deutschland ist dagegen das offene Verfahren das am meisten angewandte Verfahren.³⁰⁸ Verfahren mit Verhandlungselementen dürfen nur benutzt werden, wenn dies im Gesetz gestattet ist (§ 119 Abs. 2 GWB).

III. „Outsourcing“ und Privatisierungsfolgenrecht

157 In ihrem Kern gehen die Auseinandersetzungen um das „Outsourcing“ nicht um das Rechtsinstitut des Vertrages, sondern die Sachentscheidungen der Politik, bestimmte Aufgaben, die bisher von der Verwaltung erbracht wurden, künftig durch Private erbringen zu lassen. „Outsourcing“ wird als ein Teil des großen Themas der Privatisierung behandelt. Dies ist das Feld der ideologischen und der pragmatischen Argumente, die die Diskussionen im amerikanischen noch stärker als im deutschen öffentlichen Recht beherrschen. Hier werden die ökonomischen und sozialen Vor- und Nachteile von Privatisierungen abgewogen. Hier werden die Sorgen formuliert, denen Privatisierungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive begegnen: Sorgen um „public values“, um Einbußen an demokratischer Verantwortlichkeit, an Transparenz und Verfahrensfairness (→ 2/114–115).

158 Verträge erscheinen in diesem Rahmen in einer instrumentellen Funktion. Sie sind das Mittel, mit dem Privatisierungsentscheidungen umgesetzt werden: „Government by Contract“.³⁰⁹ Folglich muss gefragt werden, inwieweit den befürchteten Einbußen und Gefahren, die im Gefolge von Privatisie-

305 Dazu *Audit/Schill*, Transnational Law of Public Contracts, dort bes. *L. Mastromatteo*, Internationalizing Public Contracts through Model Laws, 407–435.

306 Zum Folgenden *Summann*, Vergabe, 210 ff. (allerdings noch ohne Berücksichtigung der GWB-Novelle von 2016).

307 Vgl. dazu *Manuel*, Competition in Federal Contracting (Fn. 293), 5 ff.

308 *Burgi*, Vergaberecht, § 13 Rn. 21.

309 Vgl. *Freeman/Minow*, Government by Contract.

rungen eintreten können, durch sensible Vertragsgestaltungen entgegengewirkt werden kann: Vertragsrecht als Privatisierungsfolgenrecht.

1. Der Vorschlag: „publicization“

Überlegungen dieser Art lassen sich an Einzelpunkten festmachen:³¹⁰ So kann etwa untersucht werden, wie die Vorschriften des APA und des FOIA, die nur Verwaltungen, nicht aber Privatpersonen verpflichten, auch für private Unternehmen verbindlich gemacht werden können, die im Zuge von Privatisierungen Aufgaben der Daseinsvorsorge übernommen haben.

Wie bereits bei der Behandlung von Privatisierungen im Rahmen einer modifizierten „delegation doctrine“ deutlich geworden ist,³¹¹ hat das Thema aber auch eine noch weiter ausgreifende strukturelle Dimension. Systematisch hat *Jody Freeman* dazu Vorschläge entwickelt.³¹² Ihr geht es nicht darum, Privatisierungen aus Rücksicht auf Gemeinwohlgründe so weit wie möglich einzuschränken. Sie möchte vielmehr die gegensätzlichen Argumente von Ökonomen und Verfassungsrechtler und die unterschiedlichen Rationalitäten, die administratives und privates Handeln bestimmen, in einem Konzept zum Ausgleich bringen, das sie „publicization“ nennt. Dazu untersucht sie nacheinander die Beiträge, die die Legislative und die Justiz, aber auch die Verwaltung selbst zu einem solchen Konzept leisten können:³¹³ Als gesetzgeberische Schritte werden etwa die Erstreckung des allgemeinen Verfahrensrechts auf private Vertragspartner, die Festlegung eindeutiger Maßstäbe für die zu privatisierenden Leistungen und die Anerkennung von Klagerechten der Nutzer privatisierter Dienste vorgeschlagen.³¹⁴ Den Gerichten wird nahegelegt, ihre Zurückhaltung gegenüber der Kontrolle des Vertragshandelns der Verwaltung aufzugeben und „common law contract principles“ zu entwickeln. Die Exekutive wird ermutigt, z. B.

310 Dazu Beispiele bei *N. Mendelson*, Six Simple Steps to Increase Contractor Accountability, in: *Freeman/Minow*, Government by Contract, 241 ff.

311 *G. E. Metzger*, Private Delegations, Due Process and the Duty to Supervise, in: *Freeman/Minow*, Government by Contract, 291 ff.

312 *J. Freeman*, Extending Public Law Norms through Privatization, 116 Harv. L Rev. 1285 (2003); systematisch auch *D. Barak-Erez*, in: *Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson*, Comparative Administrative Law, 533, 541 ff.

313 Ebd., 1314 ff.

314 Vgl. zu solchen Elementen auch *A. C. Aman, Jr.*, Privatization and Democracy, in: *Freeman/Minow*, Government by Contract, 261, 271 ff. (zum Recht der Einzelstaaten).

159

160

ihre Einflussmöglichkeiten bei der Vergabe öffentlicher Fördermittel („spending power“) zu nutzen, um sich Kontrollrechte auszubedingen.

161 Die traditionellen Vorstellungen von „accountability“, die die bisherige Privatisierungsdiskussion beherrschen, hält *Freeman* für zu hierarchisch und zu formalistisch. Sie möchte die Gemeinwohlziele bei der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen durch ein ganzes Bündel von Maßnahmen sichern, das auch solche Management-Instrumente einschließt, die private Unternehmen längst selbst nutzen.³¹⁵ Eine entsprechende Ausformung der Privatisierungsverträge bildet in einem solchen Konzept zwar den Kern, erschöpft die „publicization“ aber nicht. Es geht vielmehr auch um die Rahmenbedingungen und die Akteure aus dem Umfeld. Neben der institutionellen Seite wird die kommunikative Seite des Vertragsrechts herausgearbeitet und mit ihren Ressourcen zur Sicherung von Gemeinwohlzielen genutzt.

2. Zum Vergleich: Kooperationsverträge im deutschen Recht

162 Auch die deutsche Diskussion um ein Privatisierungsfolgenrecht schöpft ihre Argumente aus unterschiedlichen Rechtsquellen. Verträge bilden dabei einen zentralen Bezugspunkt.³¹⁶ Die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes, die sich mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag beschäftigen (§§ 54–62), tragen in ihrer derzeitigen Fassung zur Diskussion allerdings nur wenig bei. Vorschläge, die Regelungen um das Institut eines Kooperationsvertrages zu ergänzen, sind bisher nicht verwirklicht worden.³¹⁷ Immerhin hat die Literatur eine Reihe von Elementen zusammengetragen, die zu einem Recht der Privatisierungsverträge gehören sollten: Im Mittelpunkt steht die Verpflichtung der Behörde, sich in den Verträgen Einfluss auf die ordnungsgemäße Erfüllung vorzubehalten. Weitere Elemente sind die genaue Fixierung der Vertragsleistungen (mit Klauseln über nachträgliche Erweiterungen), ferner Regelungen zur Preisgestaltung, Vergütungsregelungen mit Anpassungsklauseln, Haftungsregelungen sowie Rückholoptionen und besondere Kündigungsrechte der Verwaltung.³¹⁸ Einige „com-

315 *Freeman* (Fn. 312), 116 *Harv. L Rev.* 1285, 1326 ff.: audits, monitoring, total quality management.

316 *H. Bauer*, Verwaltungsverträge, in: *GVwR II*, § 36 Rn. 122 ff.

317 Vgl. *Bonk/Neumann/Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, § 54 Rn. 7 ff.

318 *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 445 ff.; *Bauer* (Fn. 316), *GVwR II*, § 36 Rn. 126 ff.

mon law contract principles“, wie sie *Freeman* in Erinnerung ruft, lassen sich aus dem Gedanken der Verfahrensfairness gewinnen. Amerikanische Vorschläge aufgreifend, könnte man ferner daran denken, Transparenz und Publizität des dem Vertragsschluss voraufgehenden Verfahrens auszubauen.³¹⁹ Beide Rechtsordnungen greifen hier auf ähnliche Rechtsfiguren zurück, um Privatisierungsverträge an einen Grundbestand an rechtsstaatlich-demokratischen Verwaltungsstandards rückzubinden.

D. Handlungen ohne festes Formenprofil („schlichtes Verwaltungshandeln“)

Neben den rechtsförmigen Handlungen der „rules“, „orders“ und „contracts“ beschäftigt sich das amerikanische Verwaltungsrecht auch mit Handlungsweisen der Verwaltung, die weniger stark rechtlich durchgebildet sind, sondern vor allem als Realablauf Aufmerksamkeit verlangen. Dass das Recht immer nur einen schmalen Ausschnitt aus der Fülle administrativer Aktionen in feste Formen fassen kann, ist eine Einsicht, die den Kodifikationsprozess des APA begleitet hat und die auch heute lebendig ist.³²⁰ Die Speicherfunktionen der Formen sind geringer als im deutschen Recht. Die Zäsur zwischen rechtsförmig-formalem und schlichtem Verwaltungshandeln ist weniger ausgeprägt. Die Behörden sind aufgerufen, einvernehmliche Lösungen anzustreben und dazu eigene Verfahrensregelungen zu entwickeln.³²¹

Auf der anderen Seite wird die Notwendigkeit, auch schlichtes Verwaltungshandeln nicht gänzlich im gesetzesfreien Bereich zu belassen, sondern es in den Sicherungsauftrag des allgemeinen Rechts einzubeziehen, durchaus gesehen. Anders als das deutsche Recht, das dieses Problem im VwVfG nicht aufgreift, sondern es der Rechtsprechung und der Literatur überlässt, finden sich im APA jedenfalls Ansätze einer gesetzlichen Regelung. Das zeigt der Begriff der „agency action“, der nach der Definition in § 551(13) neben rechtsförmigen Akten auch „sanctions“ einbezieht. „Sanc-

163

164

319 Vgl. die vergaberechtlichen Vorschriften für Konzessionsverträge nach §§ 101,105 GWB.

320 Dazu → 3/52–54. Vgl. die anschauliche Schilderung des Instrumenteneinsatzes in einzelnen Feldern des Besonderen Verwaltungsrechts bei *Strauss, Justice*, 209–255.

321 So ausdrücklich § 1–106 MSAPA 1981, mit dem Kommentar: „This section expressly encourages informal settlements of controversies that would otherwise end in more formal proceedings.“

tions“ werden weit verstanden und umfassen nach § 551(10) APA ein Spektrum eingreifender Verwaltungsmaßnahmen, von denen einige förmliche Entscheidungen, andere aber schlichtes Verwaltungshandeln darstellen.³²²

165 Für die rechtsstaatliche Einhegung all dieser Maßnahmen hat das zwei Konsequenzen: Zum einen werden sie den Gerichtsschutzstandards der §§ 701–706 APA unterworfen, die den Rechtsweg nicht nur gegen rechtsförmige Akte, sondern allgemein gegen *agency actions* im Sinne von § 551(13) eröffnen.³²³ Und zum anderen statuiert § 558(b) APA: „A sanction may not be imposed or a substantive rule or order issued except within jurisdiction delegated to the agency and as authorized by law“. Die Formulierung „by law“ ist bei der Abfassung des APA bewusst gewählt worden, um neben Gesetzen auch das Gewohnheitsrecht als eine geeignete Ermächtigungsgrundlage für die genannten Maßnahmen auszuweisen.³²⁴ § 558(b) APA normiert also keinen strengen Gesetzesvorbehalt.

166 Er stellt aber trotzdem eine Disziplinierung (auch) des schlichten Verwaltungshandelns dar, insofern er es den Behörden versagt, sich ad hoc selbst zu ermächtigen.³²⁵ Die Grundlinien, die die deutsche Dogmatik dazu entwickelt hat, wirken auf den ersten Blick strenger, wenn grundsätzlich für jede Art schlichten Verwaltungshandelns, das zu „faktischen Grundrechteingriffen“ führt, eine gesetzliche Ermächtigung verlangt wird. Dabei muss allerdings in Rechnung gestellt werden, dass sich dieses Handeln oft nur schwer in einigermaßen feste Typen fassen lässt, so dass an die Präzision der Ermächtigungsgrundlagen praktisch keine hohen Anforderungen zu stellen sind.³²⁶ Dass schlichtes Verwaltungshandeln an elementare rechtsstaatliche Standards rückgebunden werden muss, dass dieses aber ange-

322 Vgl. auch § 102(4)(C) MSAPA 2010: agency action: „an agency’s performing or failing to perform a duty, function, or activity or to make a determination required by law“.

323 So § 701(b)(2) APA. Zu Restriktionen der Kontrolldichte vgl. *Gellhorn*, 933 f.

324 Attorney General’s Manual S. 88: „commonly recognized administrative practices“.

325 Attorney General’s Manual S. 88: „that agencies will not appropriate to themselves powers Congress has not intended them to exercise“. Im Übrigen müssen Verwaltungsmaßnahmen den Anforderungen entsprechen, die in den einzelnen Schutzklauseln der Verfassung festgelegt sind und die nicht notwendig darauf abheben, dass die Verwaltung rechtsförmig handelt. So sind für Durchsuchungsmaßnahmen im Rahmen von „inspections“ die Schranken des IV. Zusatzartikels („unreasonable searches and seizures“) zu beachten; dazu *Strauss, Justice*, 208 i. V. m. 66 ff. und → 5/9–14.

326 Vgl. G. *Hermes*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: *GVwR* II, § 39 Rn. 81 ff.

sichts der Vielfalt seiner Erscheinungsformen und seiner differenzierten Steuerungswirkungen nur sehr behutsam geschehen darf, seien beide Rechtsordnungen ähnlich.

