

Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren

Andreas Voßkuhle*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	279
B. Antriebskräfte der Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts	279
I. Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts	280
1. Überformung nationaler Verfahrensstrukturen	281
2. Implementation »neuer« Verfahrenskonzepte	282
3. Neuartiger verfahrensrechtlicher Koordinierungsbedarf	282
II. Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der nationalen Modernisierungsdebatte	282
C. Die Notwendigkeit der Typenbildung im Verwaltungsverfahrensrecht	284
I. Die Typenarmut im Verwaltungsverfahrensrecht	285
II. Der Aufgabenbezug bei der Verfahrenstypenbildung	285
III. Drei verfahrensrechtliche Grundtypen als Ausgangsbefund	286
1. Verfahren der schlichten Gefahrenabwehr	287
a) Funktion: Abwehr konkreter Gefahren	287
b) Strukturelemente	287
2. Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung	288
a) Funktion: Abwehr abstrakter Gefahren	288
b) Strukturelemente	288
3. Verfahren der Anlagenzulassung	289
a) Funktion: Verhinderung unerwünschter Umweltauswirkungen und Bewältigung raumbezogener Nutzungskonflikte	289
b) Ausprägungen	289
c) Strukturelemente	290
D. »Neue« Verfahrenstypen	290
I. Verteilungsverfahren	290
1. Funktion: Gewährleistung der sachgerechten Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen	290
2. Die »grundrechtssichernde Funktion des Verteilungsverfahrens«	291
3. Typische Anwendungsbereiche	293
4. Kennzeichen herkömmlicher Regelungen	293
5. Exemplarische neuere Entwicklungen	295

* Für wertvolle Vorarbeiten und kritische Diskussionen danke ich meinen Mitarbeitern *Ann-Katrin Kaufhold* und *Dr. Franz Reimer*.

a)	Vergabe öffentlicher Aufträge	295
b)	Versteigerung von Lizenzen und Frequenzen nach dem TKG	302
6.	Strukturelemente	306
a)	Information aller potentiell interessierten und qualifizierten Personen	306
b)	Neutralitätssicherungen	307
c)	Unterrichtungspflicht zugunsten der Konkurrenten über die beabsichtigte Vergabeentscheidung	307
d)	Trennung von Eignungsprüfung und Auswahlentscheidung	308
e)	Rationale Auswahlkonzepte	308
II.	Qualitätssicherungsverfahren	309
1.	Funktion: Hoheitliche Gewährleistung der Einhaltung spezifischer Qualitätsstandards durch private Akteure	309
2.	Ausprägungen	310
a)	Zertifizierungsverfahren	310
(1)	Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht	310
(2)	Zertifizierung im Recht elektronischer Signaturen	314
(3)	Sonstige Zertifizierungsverfahren	317
b)	Akkreditierungsverfahren	318
c)	Audit-Verfahren	320
(1)	Umweltschutzaudit	321
(2)	Datenschutzaudit	325
3.	Strukturelemente	327
a)	»Freiwilliger Zwang«	327
b)	Externer Gutachter als Vollzugsorgan	328
c)	Verantwortungsdiversifizierung	328
d)	Verzahnung von Öffentlichem und Privatrecht	329
e)	Verfahrenspublizität (Qualitätssiegel, Registereintragung)	329
III.	Risikoverfahren	330
1.	Funktion: Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen	330
2.	Anwendungsfelder	332
a)	Überblick: Vielfalt der Risikoverfahren	332
b)	Ein Beispiel: Das Risikoverfahren nach dem Gentechnikrecht	333
3.	Strukturelemente	340
a)	Sachverhaltsaufbereitung durch den Risikoproduzenten	340
b)	Entscheidungsdominanz kollegialen externen Sachverständs	341
c)	Reversibilität der Entscheidung	341
d)	Kontinuierliche Risikokommunikation	342
e)	Zentrales Informationsmanagement	343
E.	Übergreifende Entwicklungstendenzen	343
I.	Prozeduralisierung, Verfahrensprivatisierung und Verantwortungs- teilung	343
II.	Indifferenzierung des Verwaltungsverfahrens	344
III.	Normative Verdichtung der Kommunikationsbeziehung zwischen den Beteiligten im und um das Verwaltungsverfahren	344

IV. Verfahrensperpetuierung	345
V. Optionalisierung	346
F. Ausblick	347

A. Einleitung

Das Verwaltungsverfahrenrecht sieht sich gegenwärtig mit einer Vielzahl neuartiger verfahrensrechtlicher Regelungen und Fachgesetze konfrontiert. Die bereits von Haus aus nicht sehr stark ausgeprägte vereinheitlichende und ordnungsbildende Kraft des Verwaltungsverfahrensgesetzes ist damit auf dem besten Weg, sich vollständig zu verflüchtigen. Um so drängender erscheint die Aufgabe, die verschiedenen verfahrensrechtlichen Spezialdiskurse zusammenzuführen und auf verallgemeinerungsfähige Strukturen hin zu untersuchen.¹ Die nachfolgenden Ausführungen wollen hierzu einen Beitrag leisten. Ausgehend von den zentralen Antriebskräften der Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts (B.) und einer kurzen methodisch reflektierten Bestandsaufnahme (C.) werden drei »neue« Verfahrenstypen näher herausgearbeitet (D.). Allgemeine Überlegungen zu übergreifenden Entwicklungstendenzen (E.) und ein kurzer Ausblick (F.) schließen die Ausführungen ab.

B. Antriebskräfte der Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts

Seit den 50er Jahren ist die juristische Auseinandersetzung um eine angemessene gesetzliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens nicht abgebrochen. Dabei lassen sich *verschiedene Phasen* der Diskussion unterscheiden: In der ersten Phase ging es um die Kodifikation der bis dahin auf gewohnheitsrechtlicher Basis anerkannten Verfahrensregelungen². Die zweite

- 1 So z.B. auch H. J. Bonk, 25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2001, S. 636 (642): »deutlicher normativer Systematisierungsbedarf«. Allgemein zur Notwendigkeit der Systembildung im Verwaltungsrecht E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 1 ff.
- 2 Übersichtlich dazu P. Stelkens, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, Einleitung, Rn. 9 ff. Freilich ist der Vereinheitlichungsprozeß nicht abgeschlossen, vgl. weiterführend etwa R. Wahl, Neues Verfahrensrecht für Planfeststellung und Anlagengenehmigung – Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens oder bereichsspezifische Sonderordnung?, in: W. Blümel/R. Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, S. 83 ff., sowie W. Kahl, in diesem Band. Allgemein zur Bedeutung der Kodifikationsidee für das Verwaltungsrecht auch A. Voßkuhle, Kodifikation als Prozeß, in: P. Schlosser (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch 1896–1996, 1997, S. 77 ff.

Phase³ war gekennzeichnet durch eine breite »Verfahrenseuphorie«⁴ und den Aufstieg des Verfahrensgedankens zum neuen »Paradigma« der Rechtswissenschaft⁵. Es setzte sich die Erkenntnis durch, daß dem Verwaltungsverfahren als »Verwirklichungsmodus« des materiellen Verwaltungsrechts⁶ eine zentrale Bedeutung für die Erfüllung des Funktionsauftrags der Verwaltung zukommt⁷. In dem Maße, in dem es aufgrund der Komplexität der Lebenssachverhalte immer schwieriger wird, durch inhaltliche Direktiven das Entscheidungsergebnis zu bestimmen, erlangt das Entscheidungsverfahren zunehmend größeres Gewicht⁸. Spätestens seit Anfang der neunziger Jahre befinden wir uns nun in einer dritten Phase. Sie ist geprägt von einem weitreichenden Umbau bestehender verfahrensrechtlicher Strukturen, der vornehmlich durch zwei Antriebskräfte motiviert ist:

1. Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts

An erster Stelle zu nennen sind die Einwirkungen des Europarechts. Der »Prozeß der Neuinterpretation, Inhaltsänderung und Substituierung selbstbestimmter Rechtssetzung durch gemeinschaftsdeterminierte Regelungen«⁹ hat auch das Verwaltungsverfahren erfaßt. Das Verwaltungsverfahren ist heute sogar »derjenige Bereich, in dem das EG-Recht die Systembildung am intensivsten beeinflusst.«¹⁰ Die Mechanismen und Folgen dieser Europäisie-

- 3 Zur Bilanz nach 10 Jahren vgl. *H. J. Bonk*, Vereinheitlichung und Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts in Bund und Ländern, DVBl. 1986, S. 485 ff.; *P. Stelkens*, Bereinigung des Verwaltungsverfahrensrechts, NVwZ 1986, S. 541 ff. Zur Bilanz nach 15 Jahren *F. Schoch*, Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), S. 21 ff.
- 4 *F. Ossenbühl*, Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts, DÖV 1981, S. 1 (6).
- 5 *So H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 193 ff.
- 6 Begriffsprägend *R. Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (153).
- 7 Zutreffend *H.-W. Laubinger*, Der Verfahrensgedanke im Verwaltungsrecht, in: K. König/D. Merten (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 47 (55). Zu weiteren Funktionen des Verwaltungsverfahrens anschaulich *G. F. Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 794 ff. m.w.N.
- 8 Allgemein zur Bedeutung des Verfahrensgedankens im Öffentlichen Recht vgl. nur *P. Lerche/W. Schmitt Glaeser/E. Schmidt-Aßmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, und *H. Hill*, Verfahren (Fn. 5), S. 189-214.
- 9 *K.-P. Sommermann*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl. 1996, S. 889 (891), der das so gekennzeichnete »Phänomen der Europäisierung des Verwaltungsrechts« vom Begriff des »Europäischen Verwaltungsrechts« abgrenzt, das »die Summe aller Normen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts [...], welche die Verwaltungsorganisation und -tätigkeit auf supranationaler und nationaler Ebene unmittelbar regeln«, umfaßt.
- 10 *E. Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, Fn. 1, S. 295. Vgl. ferner an dieser Stelle nur *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 266-278; *G. Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens.

rung sind bereits eingehend beschrieben worden.¹¹ An dieser Stelle sollen daher nur drei Aspekte hervorgehoben werden.

1. Überformung nationaler Verfahrensstrukturen

Eine erste Dimension der Europäisierung offenbart sich in der Überformung nationaler Verfahrensstrukturen. Tradierte Verfahrenstypen bleiben insofern zwar im Ansatz erhalten, werden aber modifiziert und angereichert durch neue Bauelemente. Als Beispiel kann hier auf das Vergabeverfahren im öffentlichen Auftragswesen hingewiesen werden, das durch verschiedene Vergaberichtlinien im Sinne größerer Wettbewerbsorientierung neu ausgestaltet wurde.¹² Auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen der IVU-Richtlinie¹³ gehören in diesen Zusammenhang. Ihr zufolge müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen für eine vollständige Koordinierung umweltrechtlicher Genehmigungsverfahren treffen, um medienübergreifend die Einwirkungen eines Vorhabens auf die Umwelt zu prüfen (Art. 7 IVU-RL). Zwar bestehen im deutschen Recht seit jeher Möglichkeiten der horizontalen und vertikalen Koordinierung von Verfahren in Form von behördlichen Beteiligungsrechten, Sternverfahren, Einvernehmensregelungen und Aufsichtsmaßnahmen¹⁴, gleichwohl bedingt der Ansatz des integrierten Umweltschutzes weitreichende Einschnitte in die gewachsenen Strukturen des bestehenden Umweltgenehmigungsrechts.

rens, NVwZ 1998, S. 456 ff.; *M. Barth/C. Demmke/G. Ludwig*, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsorganisationsrechts im Bereich des Umweltrechts, NuR 2001, S. 133 ff.

- 11 Aus übergeordneter Perspektive vgl. nur *R. Wahl*, Die Zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), S. 495 ff. Die Literatur zu diesem Thema ist im übrigen kaum noch überschaubar, vgl. nur die Staatsrechtslehrerreferate von *M. Zuleeg* und *H.-W. Rengeling*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), S. 154 ff. bzw. 202 ff. mit den gleichnamigen Begleitaufsätzen von *E. Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1993, S. 924 ff., und *R. Mögele*, BayVBl. 1993, S. 552 ff., sowie die vier »im Nachgang« erschienenen Habilitationsschriften von *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System, Fn. 10; *M. Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996; *A. Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, und *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999. Vgl. ferner die Beiträge in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, sowie *F. Schoch*, Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung, VBIBW 1999, S. 241 ff.
- 12 Vgl. dazu unten DI. 5. a).
- 13 Richtlinie des Rates 96/61/EG vom 24.9.1996, ABl. EG 1996, Nr. L 257, S. 26. Vgl. dazu statt vieler *G. Lübke-Wolff*, Integrierter Umweltschutz – Brauchen die Behörden mehr Flexibilität?, NuR 1999, S. 241 ff.; *R. Wahl*, Materiell-integrative Anforderungen an die Vorhabenzulassung – Anwendung und Umsetzung der IVU-Richtlinie, NVwZ 2000, S. 502 ff.; *M. Schmidt-Preuß*, Integrative Anforderungen an das Verfahren der Vorhabenzulassung – Anwendung und Umsetzung der IVU-Richtlinie, NVwZ 2000, S. 252 ff. Krit. *J. Masing*, Kritik des integrierten Umweltschutzes, DVBl. 1998, 549 ff.; *U. Di Fabio*, Integratives Umweltrecht, NVwZ 1998, S. 329 (333 ff.).
- 14 Vgl. hierzu *M. Barth/C. Demmke/G. Ludwig*, Europäisierung (Fn. 10), S. 135-137.

2. Implementation »neuer« Verfahrenskonzepte

Noch nachhaltiger sind die Modernisierungsimpulse des Gemeinschaftsrechts in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, völlig neue Verfahrenskonzepte in die eigene Verfahrensrechtsordnung zu integrieren. Zu denken ist hier etwa an die UVP-Richtlinie¹⁵, die ein vor das Genehmigungsverfahren gezogenes Prüfungsverfahren vorsieht, um die Umweltauswirkungen eines Vorhabens abzuschätzen, oder das Qualitätssicherungsverfahren nach der Öko-Audit-Verordnung¹⁶; beide Konzepte haben im nationalen Verwaltungsverfahrenrecht jeweils kein Vorbild.

3. Neuartiger verfahrensrechtlicher Koordinierungsbedarf

Ein dritte Dimension der Europäisierung offenbart sich schließlich dort, wo verschiedene nationale Verwaltungsverfahren auf europäischer Ebene harmonisiert und koordiniert werden müssen. Die Neuartigkeit der Aufgabe zwingt hier teilweise dazu, ganz neue verfahrensrechtliche Wege zu gehen. Das läßt sich etwa anschaulich an den Beispielen des Produktsicherheitsrechts¹⁷ und der Produktzulassung nach der Novel-Food-Verordnung¹⁸ demonstrieren.

II. Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der nationalen Modernisierungsdebatte

Auch im Rahmen der nationalen Modernisierungsdebatte¹⁹ mißt man der Reform des Verwaltungsverfahrens oberste Priorität bei. Zentrale Stichworte lauten in diesem Zusammenhang: Effizienz, Beschleunigung und Privatisierung. Seit Mitte der 90er Jahre brachte der Gesetzgeber in kurzen Abständen zahlreiche Novellen auf den Weg²⁰. Der Reigen der verabschiedeten Neue-

15 Richtlinie des Rates 85/337/EWG vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EG 1985, Nr. L 175, S. 17.

16 Dazu noch eingehend unten D II. 2. c) (1).

17 Dazu unten D II. 2. a) (1).

18 Vgl. dazu R. Wahl/D. Groß, Die Europäisierung des Genehmigungsrechts am Beispiel der Novel-Food-Verordnung, DVBl. 1998, S. 2 ff.; D. Groß, Die Produktzulassung von Novel Food, 2001; A. Meier, Risikosteuerung im Lebensmittel- und Gentechnikrecht, 2000, S. 100 ff.

19 Vgl. dazu A. Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch. 42 (2001), S. 184 (188-190).

20 Wichtige Etappen stellen hier das Verkehrswegeplanungsgesetz vom 16.12.1991 (BGBl. I, S. 2174), das Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz vom 22.4.1993 (BGBl. I, S. 466), das Planungsvereinfachungsgesetz vom 17.12.1993 (BGBl. I, S. 2123), das Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 2.5.1996 (BGBl. I, S. 656), das Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschlG) vom 12.9.1996 (BGBl. I, S. 1354), das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immis-

rungen reicht von vielfältigen Verfahrenserleichterungen, insbesondere bei Genehmigungs-²¹ und Massenverfahren²² über die Einführung neuer, teilweise optional wählbarer Verfahrenstypen²³ (Plangenehmigung²⁴, Anzeige- und Genehmigungsfreistellungsverfahren²⁵) bis hin zur Ausweitung von Unbeachtlichkeits-²⁶, Heilungs-²⁷ und Präklusionsvorschriften²⁸. Vorrangiges Ziel dieser im Schrifttum zu Recht stark kritisierten Regelungen²⁹, die von ihrer Gesamttendenz quer liegen zum prozeduralen Steuerungsansatz des

sionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 15.10.1996 (BGBl. I, S. 1498), das 6. VwGO-Änderungsgesetz vom 1.11.1996 (BGBl. I, S. 1626) und das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 6.8.1998 (BGBl. I, S. 2022) dar. Vgl. dazu die informative Übersicht bei A. Guckelberger, Maßnahmen zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – eine Zwischenbilanz, in: J. Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 17 ff.; R. Sparwasser, Das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, AnwBl 2000, S. 658 ff.; G. Püttner/A. Guckelberger, Beschleunigung von Verwaltungsverfahren, JuS 2001, S. 218 ff., jeweils m.w.N.

- 21 Vgl. § 71b VwVfG (Zügigkeitsgebot), § 71c VwVfG (Beratungs- und Auskunftspflicht), § 71d VwVfG (Sternverfahren), § 71e VwVfG (Antragskonferenz).
- 22 Die Richtzahl von Massenverfahren ist von 3000 auf 50 Personen vermindert worden (§§ 17 Abs. 4 S. 2, 67 Abs. 1 S. 4, 69 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2, 73 Abs. 5 S. 2 Nr. 4 und Abs. 6 S. 4, 74 Abs. 5 S. 1 VwVfG). Die Bekanntgabe durch Einzelbenachrichtigung kann dadurch häufiger durch öffentliche Bekanntgabe ersetzt werden, § 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG.
- 23 Vgl. den Überblick bei H. Schmitz, Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahren, NVwZ 2000, S. 1238 (1239 f.).
- 24 Vgl. § 74 Abs. 6 VwVfG.
- 25 Zum Genehmigungsfreistellungsverfahren und zum Anzeige- bzw. Kenntnisgabeverfahren in den einzelnen Landesbauordnungen vgl. nur V. Kreuziger, Das Genehmigungsfreistellungsverfahren im Baurecht: rechtliche und praktische Auswirkungen, untersucht anhand des neuen Art. 70 BayBO, 1997; K. Krohn, Die Genehmigungserleichterungen für »Wohngebäude« im Bauordnungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelung des § 64 LBauO MV, 1997; M. Bonifacio, Das Genehmigungsfreistellungsverfahren nach § 67 BauO NW, 1998; K. Kruhl, Nachbarschutz und Rechtssicherheit im baurechtlichen Anzeigeverfahren, 1999. Zum Anzeigeverfahren im Immissionsschutzrecht vgl. F.-J. Moormann, Die Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes durch das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren, UPR 1996, S. 408 (413 ff.); K. Hansmann, Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren, NVwZ 1997, S. 105 ff.; J. Fluck, Änderungen genehmigungsbedürftiger Anlagen nach §§ 15, 16 BImSchG i.d.F. der Beschleunigungsnovelle, VerwArch. 88 (1997), S. 265 (283 ff.).
- 26 Vgl. §§ 46, 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG.
- 27 Vgl. § 45 Abs. 2 VwVfG, § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG, § 215a BauGB, § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 VwGO, § 114 S. 2 VwGO.
- 28 Vgl. insbes. § 71d Abs. 2, § 73 Abs. 3a, Abs. 4 S. 3, Abs. 6 VwVfG. Zu den unterschiedlichen Präklusionskategorien vgl. K. Brandt, Präklusion im Verwaltungsverfahren, NVwZ 1997, S. 233 ff. Krit. zum Beschleunigungseffekt T. v. Danwitz, Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie, UPR 1996, S. 323 ff.; D. Solveen, Zur materiellen Präklusion im Fernstraßenrecht, DVBl. 1997, S. 803 (804 ff., 809); F.-J. Peine, Die Präklusion öffentlicher Belange, in: J. Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung (Fn. 20), S. 249 (269). Differenziert und grundsätzlich zur Problematik H. Chr. Röhl/C. Ladenburger, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997.
- 29 Zur Kritik vgl. statt vieler den Überblick der Argumente bei A. Voßkuhle, »Ökonomisierung« des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), S. 347 (349-353) m.w.N.

europäischen Rechts³⁰, ist die »nachfragegerechte« Beschleunigung von Genehmigungs- und Planungsverfahren³¹. Der schwerfällige Rhythmus der Verwaltung soll zur Stärkung des Standorts Deutschland dem der global gewordenen Weltwirtschaft angepaßt werden, die rasch und flexibel auf die Signale des Marktes reagieren muß³².

C. Die Notwendigkeit der Typenbildung im Verwaltungsverfahrensrecht

Die hier nur kurz skizzierten verschiedenartigen Einflüsse haben zu einem bunten Arsenal nicht aufeinander abgestimmter verfahrensrechtlicher Sonderregelungen geführt.³³ Es zeigt sich, daß insbesondere für die spezialgesetzliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrensrechts berechenbare, einheitliche und plausible Maßstäbe weitgehend fehlen.³⁴ Eine gewisse Orientierung im Hinblick auf die zukünftige Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts könnte insofern die Ausbildung verschiedener Verfahrenstypen mit einem bestimmten Set von Bauelementen schaffen. Mit ihrer Hilfe lassen sich gleichzeitig die über eine Vielzahl von Spezialgesetzen verstreuten verfahrensrechtlichen Neuerungen sinnvoll systematisieren.

30 Zum prozeduralen Steuerungsanliegen des Verwaltungsverfahrensrechts aus europäischer Sicht statt vieler E. Schmidt-Aßmann/C. Ladenburger, Umweltverfahrensrecht, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum Europäischen und Deutschen Umweltrecht, Bd. 1, 1998, § 18, Rn. 1-3; F. Schoch, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 (296 f.), jeweils m.w.N.

31 Vgl. BT-Drucks. 13/445, S. 1, 6; BT-Drucks. 13/3993, S. 1; BT-Drucks. 13/3995, S. 1; BT-Drucks. 13/3996, S. 1. Wegweisend war der Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, vgl. Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, 1994, Rn. 207 ff.

32 Grundlegend aus historischer und rechtsvergleichender Sicht zur Bedeutung des Zeitelements im Genehmigungsverfahren M. Bullinger, Verwaltung im Rhythmus von Wirtschaft und Gesellschaft, JZ 1991, S. 53 ff. Vgl. ferner W. Brohm, Beschleunigung der Verwaltungsverfahren, NVwZ 1991, S. 1025 ff., sowie ausführlich P. Rombach, Der Faktor Zeit in umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1994, S. 147 ff. m.w.N.

33 Statt vieler vgl. J. Ziekow, Modernisierung des Verfahrensrechts, in: K. König/D. Merten (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69 (71): »konzeptionsloser Mix«.

34 Krit. zuletzt wieder H. J. Bonk, Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 1), S. 642.

I. Die Typenarmut im Verwaltungsverfahrensrecht

Das Verwaltungsverfahrensgesetz selbst ist trotz seiner Funktion als kodifizierte Modellregelung³⁵ ausgesprochen »typenarm«³⁶. Neben dem allgemeinen (nichtförmlichen) Verwaltungsverfahren als Standardverfahren sticht lediglich das konturenstark ausgebildete Planfeststellungsverfahren hervor (§§ 72-78 VwVfG).³⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Formgebung, aber auch von ihrer praktischen Relevanz her eher blaß geblieben sind dagegen die Vorschriften über das förmliche Verwaltungsverfahren (§§ 63-71 VwVfG)³⁸ und das Massenverfahren³⁹. Die Notwendigkeit einer Verfahrenstypenlehre sticht hier einmal mehr ins Auge.

II. Der Aufgabenbezug bei der Verfahrenstypenbildung

An welchen Kriterien sich eine solche Verfahrenstypenbildung orientieren soll, ist bisher ungeklärt. Insofern fehlt es nicht an Systematisierungsoptionen. Denkbare Anknüpfungspunkte für Unterscheidungen sind etwa: der Verfahrensgegenstand⁴⁰, der Grad der Gesetzesbindung⁴¹, die Beteiligten- oder Be-

35 Betonung der beschränkten Vorbildwirkung des VwVfG bei *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 70, Rn. 9-11.

36 So zutreffend *R. Wahl*, Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im VwVfG, NVwZ 2002, i.E. 1. 1. Siehe ferner *P. Stelkens/H. Schmitz*, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, (Fn. 2), Rn. 87: »kein numerus clausus des Verwaltungsverfahrens«. Anders offensichtlich *F. Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 321 ff., der zwölf Verfahrensarten unterscheidet.

37 Die großen Linien der Entwicklung sind z.B. präzise nachgezeichnet bei *R. Wahl/J. Dreier*, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1999, S. 606 ff.

38 Zu recht krit. *R. Wahl*, Vereinheitlichung oder bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrenrecht?, in: W. Blümel (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984, S. 19 (24 ff.). Positivere Würdigung bei *H. Dürr*, in: H.- J. Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, vor § 63, Rn. 7.

39 Übersichtlich dazu *C. H. Ule/H.-W. Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995, S. 441-465.

40 Man kann unterscheiden zwischen primären Verfahren (Vollzug i.e.S. bzw. Verfahren mit einer »kommunikativen Prägung« und sonstige Verwaltungstätigkeit) und sekundären Verfahren (z.B. Änderungsverfahren [z.B. §§ 48 ff. VwVfG] oder Kontrollverfahren wie die Finanzkontrolle, das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB oder das Widerspruchsverfahren). – Vgl. dazu *E. Schmidt-Aßmann*, Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, S. 131 (133).

41 Man kann Verfahren der gesetzesabhängigen Verwaltung (gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung) von Verfahren der »gesetzesfreien« Verwaltung unterscheiden, sofern sich noch sinnvoll von Gesetzesfreiheit sprechen läßt.

troffenenzahl⁴², die Art des Verfahrensbeginns (vgl. § 22 VwVfG)⁴³ oder die Handlungs- bzw. Rechtsform des Verwaltungshandelns⁴⁴.

In Anbetracht ihrer Abstraktionshöhe bieten diese Klassifikationsansätze indes weder für den Gesetzgeber im Rahmen zukünftiger Reformen und Novellierungen wesentliche Orientierung, noch werfen sie für die praktische dogmatische Arbeit größeren Ertrag ab.⁴⁵ Ausgangspunkt der Typenbildung sollte daher vielmehr die Eigenart der durch das Verfahren zu bewältigenden Aufgabe sein, deren strukturgebende Funktion aufgrund der traditionellen Fixierung der Verwaltungsrechtswissenschaft auf Handlungsformen und Rechtmäßigkeitsanfordernisse lange Zeit unterschätzt wurde.⁴⁶ Dabei kann nicht deduktiv von der Aufgabe auf bestimmte Verfahrenselemente geschlossen werden, sondern der Gesetzgeber hat hier Hand in Hand mit der Verwaltungspraxis prozedurale Arrangements entwickelt, die sich spezifischen Aufgaben zuordnen lassen.

III. *Drei verfahrensrechtliche Grundtypen als Ausgangsbefund*

Um Eigenarten und Konturen »neuer« Verfahrenstypen angemessen zu erfassen, erscheint es sinnvoll, sich in einem ersten Schritt der bestehenden verfahrensrechtlichen Grundtypen im Verwaltungsrecht zu versichern. Sieht man von der gebietsbezogenen Gesamtplanung⁴⁷ sowie von Besonderheiten der

42 Insofern kann man zwischen bilateralen/-polaren und multilateralen/-polaren Verfahren differenzieren. – Vgl. W. Hoffmann-Riem, Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionermessen, DVBl. 1994, S. 605 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 1), S. 152 f.; F. Schoch, Verfahrensgedanke (Fn. 3), S. 34 f.; M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Rechtsverhältniss, 1992, insbes. S. 495 ff.

43 Man kann unterscheiden zwischen einem Verfahrensbeginn nach Ermessen, von Amts wegen und auf Antrag. – Überblick bei R. Pitschas, Verantwortlichkeit und Verwaltungsverfahren. Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990, S. 691 f.

44 Man kann insoweit VA, Verwaltungsvertrag und schlichtes Verwaltungshandeln unterscheiden. Vgl. U. Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1997, S. 119; E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 1), S. 251 ff.; die zentrale Bedeutung der Handlungsformen für die Systembildung betont F. Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 199 (205).

45 Zur Kritik an der Präponderanz deskriptiv-typologischer Betrachtungsweisen A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 83–86.

46 Vgl. nur R. Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 177 ff., sowie z.B. G. F. Schuppert, Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch. 71 (1980), S. 309 ff., und E. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 1), S. 138 ff. m.w.N.

47 Vgl. hierzu etwa W. Hoppe, Grundfragen des Planungsrechts – Ausgewählte Veröffentlichungen, 1998; U. Battis, Öffentliches Baurecht und Raumordnungsrecht, 1999, insbes. S. 13 ff., sowie die Beiträge im vierten Teil der Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, W. Erbguth (Hrsg.), 2000, insbes. U. Battis, Das System der räumlichen Gesamtplanung, a.a.O., S. 303 ff.

Leistungsgewährung etwa im Sozialhilferecht⁴⁸ ab, so lassen sich die meisten Verwaltungsverfahren auf drei verfahrensrechtliche Grundtypen zurückführen, die ihrerseits weiter ausdifferenziert werden können: 1. Verfahren zur schlichten Gefahrenabwehr, 2. Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung und 3. Verfahren der raumbezogenen Anlagenzulassung.

1. *Verfahren der schlichten Gefahrenabwehr*

a) *Funktion: Abwehr konkreter Gefahren*

Das Verfahren der Eingriffsabwehr zielt auf die effektive Abwehr konkreter Gefahren. Klassisches Beispiel ist die Polizeiverfügung nach den Landespolizeigesetzen.

b) *Strukturelemente*

Als Strukturelemente sind hervorzuheben:

- Die Entscheidungssituation innerhalb des Verfahrens ist geprägt durch *Bipolarität*. Adressat der Maßnahme (Realakt, Verwaltungsakt) ist der »Störer«; ihm gegenüber hat sie verhältnismäßig zu sein.
- Der Verfahrensablauf weist zum einen die Besonderheiten auf, daß die *Initiative der Einleitung* des Verfahrens allein bei der *Behörde* liegt⁴⁹, die innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs bei jeder Gefahr einschreiten muß. Die Verfahrensphase der Problemerkennung und Sachverhaltsermittlung bindet hier ganz erhebliche Verwaltungsressourcen. Zum anderen führt der Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr zu einer *Relativierung rechtsstaatlicher Verfahrensanforderungen* (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).
- Die materiell-rechtliche Determinierung des Verfahrens ist eher gering. Verfahren und materielles Prüfungsprogramm sind getrennt. Es besteht aufgrund der polizeilichen Generalklausel ein relativ offenes *flexibles Handlungsprogramm*.
- Das Verfahren der schlichten Eingriffsabwehr endet i.d.R. mit einer *punktuellen Entscheidung*, die sich zum Zeitpunkt der rechtlichen Überprüfung durch ein Gericht nicht selten bereits erledigt hat. Die Folgenverantwortung der Behörde ist folglich eher gering ausgeprägt.

48 Vgl. hierzu *D. Schoch*, Sozialhilfe, 2001, zu verfahrensrechtlichen Fragen insbes. S. 537 ff.; *R. Rothkegel*, Die Strukturprinzipien des Sozialhilferechts, 2000; *R. Klinger/P.-C. Kunkel*, Sozialhilferecht, 1997, zum Verfahren insbes. S. 17 ff.

49 Ausnahme: Anspruch auf polizeiliches Einschreiten gegenüber Dritten, vgl. dazu nur *T. Würtenberger/D. Heckmann/R. Riggert*, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 4. Auflage 1999, Rn. 324 ff. m.w.N.

2. Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung

a) Funktion

Von der schlichten Gefahrenabwehr zu unterscheiden sind Verfahren der Betätigungskontrolle, die der präventiven Abwehr abstrakter Gefahren durch private Freiheitsbetätigung dienen, gleichzeitig aber auch die Feststellung und Einräumung von Rechtspositionen bezwecken. Das Spektrum der Einsatzfelder ist hier relativ breit. Es reicht vom Asylverfahren über die Erteilung gewerberechtlicher Personalgenehmigungen (GastG, GewO, HandwerksO) und Konzessionen zur unternehmerischen Nutzung öffentlich verwalteter Güter⁵⁰ bis hin zur Einräumung von Erlaubnissen und Bewilligungen im Wasserrecht (§§ 7 ff. WHG).

b) Strukturelemente

Die Struktur des Kontrollverfahrens kann seine polizeirechtliche Herkunft zwar teilweise nicht verleugnen, es bestehen aber auch deutliche Abweichungen gegenüber dem Verfahren der schlichten Gefahrenabwehr:

- Das Verfahrensrechtsverhältnis ist bei der Betätigungskontrolle ebenfalls i.d.R. *bipolar*, gerade in Konkurrenzsituationen, etwa bei der Entscheidung über knappe Bedarfskonzessionen, wird diese Bipolarität aber durchbrochen. Hier wandelt sich die Betätigungskontrolle nicht selten in ein Verteilungsverfahren⁵¹.
- Anders als bei der schlichten Gefahrenabwehr wird die Behörde i.d.R. lediglich auf *Antrag* und im Interesse des Bürgers tätig.
- Es besteht ein *typisiertes Handlungsprogramm* (Anzeige, Anmeldung, präventive Kontrollerlaubnis, repressive Ausnahmebewilligung⁵²).
- Das Verfahren schließt mit einer *punktuellen Entscheidung*. Vor allem durch Befristungen⁵³ und Widerrufsmöglichkeiten⁵⁴ wird aber meistens eine beschränkte *Reversibilität* der Entscheidung sichergestellt.

50 Vgl. dazu J. Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 126 ff.; C. Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 109 ff.; U. M. Gassner, Kriterienlose Genehmigungsvorbehalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1994, S. 40.

51 Vgl. hierzu unten D I.

52 Zu den verschiedenen Typen der Eröffnungskontrolle vgl. etwa R. Wahl, Erlaubnis, in: HdUR, Bd. 1, 1994, Sp. 528 f.

53 Vgl. z.B. § 7 Abs. 1 WHG, §§ 13 Abs. 5 S. 5, 16 Abs. 2 PBefG, § 28 Abs. 2 AuslG.

54 Vgl. z.B. §§ 12, 19c WHG, § 15 Abs. 2 und 3 GastG, § 73 Abs. 1 AsylVfG.

3. Verfahren der Anlagenzulassung

a) Funktion

Den dritten und komplexesten Verfahrensgrundtyp stellt die Anlagenzulassung dar. Ihr Hauptzweck besteht in der Verhinderung unerwünschter Auswirkungen einer Anlage auf die Umwelt und der Bewältigung durch sie hervorgerufener raumbezogener Nutzungskonflikte. Auch insoweit können private Rechtspositionen festgestellt (z.B. bei der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung) bzw. eingeräumt werden (z.B. bei der privatnützigen Planfeststellung⁵⁵). Im Verfahren der Anlagenzulassung wird aber ebenso über staatliche Infrastrukturvorhaben entschieden (gemeinnützige Planfeststellung). Speziell der Raumbezug weist auf die Nähe zur gebietsbezogenen Gesamtplanung hin⁵⁶ und grenzt die Anlagenzulassung von der Betätigungskontrolle ab.⁵⁷

b) Ausprägungen

Die raumbezogene Anlagenzulassung erfolgt grundsätzlich in formellen Genehmigungs-⁵⁸ oder in Planfeststellungsverfahren.⁵⁹ Zu den förmlichen Genehmigungsverfahren gehören etwa die Genehmigungsverfahren im Immissions-, Wasser-, Abfall-, Atom- und Gentechnikrecht. Planfeststellungsverfahren sind dagegen z.B. für den Bau von Schienenwegen, Bundesfernstraßen, Bundeswasserstraßen, Flughäfen etc. vorgesehen.⁶⁰ Gemeinhin werden beide Verfahren strikt unterschieden und als eigenständige Typen behandelt.⁶¹ Sieht man aber von der unterschiedlichen materiell-rechtlichen Determinierung ab (gebundene Entscheidung versus Abwägungsentscheidung), dann weisen beide Verfahrenstypen sehr ähnliche Grundstrukturen auf.⁶²

55 Zur Unterscheidung zwischen gemeinnütziger und privatnütziger Planfeststellung vgl. krit. A. Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 45), S. 110–115 m.w.N.

56 Deutlich H. Dürr, in: H.-J. Knack (Fn. 38), vor § 72, Rn. 5 m.w.N.

57 Zum Genehmigungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet vgl. weiterführend R. Wahl, Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck, in: K.-P. Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 237 ff.

58 Als eigenständiger Verfahrenstyp entwickelt bei R. Wahl, Kodifizierung (Fn. 36).

59 In beiden Fällen bestehen im übrigen vereinfachte Varianten (z.B. vereinfachtes Verfahren nach § 19 BImSchG, Plangenehmigungsverfahren nach § 74 Abs. 6 VwVfG). Auch das Baugenehmigungsverfahren kann als vereinfachte Form der Anlagenzulassung begriffen werden.

60 Übersichtlich H. Dürr, in: H.-J. Knack (Fn. 38), vor § 72, Rn. 13 m.w.N.

61 Vgl. nur R. Wahl Genehmigung und Planungsentscheidung – Überlegungen zu zwei Grundmodellen des Verwaltungsrechts und zu ihrer Kombination, DVBl. 1982, S. 51 ff.

62 Vgl. zuletzt M. Meinl, Einheitliche Vorhabengenehmigung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, UPR 2001, S. 46 (49). Vgl. ferner H. Dürr, in: H.-J. Knack (Fn. 38), vor § 72, Rn. 16 m.w.N.

c) *Strukturelemente*

Diese Grundstrukturen sind geprägt von der Vielzahl der zu berücksichtigenden rechtlich geschützten Belange und Interessen, die es zu ermitteln und zu würdigen gilt und über die in einem einzigen Verfahren von einer Behörde entschieden werden soll. Die Komplexität der Entscheidungssituation⁶³ legt einen bestimmten Verfahrensablauf und eine bestimmte Art der Entscheidung nahe. Zentrale Elemente sind hier:

- Vorfeldkommunikation zwischen Vorhabensträger und Behörde (vgl. § 71c Abs. 2 VwVfG, § 2 Abs. 2 9. BImSchV)⁶⁴
- Öffentlichkeitsbeteiligung (vgl. § 73 Abs. 4-9 VwVfG, § 10 Abs. 3 f. BImSchG)
- Behördenbeteiligung (vgl. § 73 Abs. 1 bis 3 VwVfG, § 10 Abs. 5 BImSchG)
- Präklusionsregelungen (vgl. § 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG, § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG)
- Konzentrationswirkung der Entscheidung (vgl. § 75 VwVfG, § 13 BImSchG).

D. »Neue« Verfahrenstypen

Von den soeben skizzierten Grundtypen heben sich verschiedene »neue« Verfahrenstypen ab, die sich erst in den letzten Jahren stärker herausgebildet haben und von denen hier drei näher untersucht werden sollen: das Verteilungsverfahren (I.), das Qualitätssicherungsverfahren (II.) und das Risikoverfahren (III.).

I. *Verteilungsverfahren*

1. *Funktion: Gewährleistung der sachgerechten Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen*

Erst langsam schält sich ein komplexer Verfahrenstyp heraus, der hier etwas unspezifisch »Verteilungsverfahren« genannt wird. Seine Funktion besteht in der (sach)gerechten Verteilung knapper Güter bei einer Überzahl von Bewerber-

63 Zu ihr etwa *W. Hoffmann-Riem*, Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrensrecht – Vorklärungen, AöR 119 (1994), S. 590 (593-601).

64 Vgl. auch § 5 UVPg, § 2 Abs. 2 BImSchV 9.

bern, also in Konkurrenzsituationen.⁶⁵ Zwar ist die Verteilung knapper Güter dem herkömmlichen Verwaltungsverfahren keineswegs fremd⁶⁶, das Aufgabenprofil des Staates hat sich insoweit aber grundlegend geändert. An die Stelle der hoheitlichen Zuweisung von Vorteilen in subjektiv-rechtlich determinierten bipolaren Entscheidungssituationen, die häufig durch eine geringe rechtliche Regelungsdichte gekennzeichnet sind, treten zunehmend komplexe Verteilungssysteme mit hohem Rationalitätsanspruch, die eine wettbewerbsorientierte Auswahl zwischen den Bewerbern favorisieren.

2. Die »grundrechtssichernde Funktion des Verteilungsverfahrens«

Bei der Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens haben der Gesetzgeber und die Verwaltung das Gebot »grundrechtssichernder Mangelverwaltung« zu beachten.⁶⁷ Jede staatliche Verteilungsentscheidung bedarf insoweit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Für grundgesetzlich gewährleistete Teilhabeansprüche, wie sie etwa vom BVerfG für den Zugang zu Hochschulen anerkannt worden sind⁶⁸, und freiheitsbeschränkende Verteilungsanordnungen, etwa durch Regelungen des Marktzutritts im Wirtschaftsverwaltungsrecht, ergibt sich der anzulegende Maßstab aus den jeweils berührten Freiheitsrechten, vorrangig Art. 12 Abs. 1 GG, in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Daneben sind drei Aspekte besonders zu beachten:

Zum einen hat der Gesetzgeber nach der gefestigten Rechtsprechung des BVerfG bereits bei der Ausgestaltung des Verteilungsverfahrens dessen grundrechtssichernde Funktion Rechnung zu tragen, denn das Verfahren selbst beeinflusst in vielfältiger Weise das Auswahlergebnis.⁶⁹ Zum anderen

65 Dieser letzte Aspekt unterscheidet das auswahlorientierte Verteilungsverfahren maßgeblich vom sozialrechtlichen Verteilungsverfahren, bei dem die Auswahlkriterien durch den Gesetzgeber weitgehend vorgeklärt sind und eine Auswahl im Verfahren nicht mehr stattfindet.

66 Allgemein zu diesem Problem C. Heinze, Autonome und heteronome Verteilung, 1970; C. Tomuschat, Güterverteilung als rechtliches Problem, Der Staat 12 (1973), S. 433 ff.; W. Berg, Die Verwaltung des Mangels, Der Staat 15 (1976), S. 1 ff.; C. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 50); A. Voßkuhle, »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!« – Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus in einer modernen Rechtsordnung, Die Verwaltung 32 (1999), S. 21 ff.

67 Zum Folgenden bereits A. Voßkuhle, Prioritätsprinzip (Fn. 66), S. 34–36.

68 Vgl. BVerfGE 33, 303 (329 ff.).

69 Deutlich am Beispiel der Besetzung von Notarstellen BVerfGE 73, 280 (296). Vgl. ferner aus der Rechtsprechung nur BVerfGE 35, 79; 53, 30 (mit SV von Simon und Heußner S. 69 ff.); 57, 295; 69, 315 (355). Allgemein zum »status activus processualis« (P. Häberle) und zur Grundrechtssicherung durch Verfahren etwa E. Denninger, Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. V, 1992, § 113, Rn. 5 ff., 19 ff., sowie H. Dreier, in: ders. (Hrsg.) Grundgesetz. Kommentar, 1996, Vorb. vor Art. 1, Rn. 66 f. m.w.N. Vgl. ferner aus rechtsphilosophischer Sicht zuletzt R. Hoffmann, Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, 1992.

sind die tangierten Freiheitsrechte regelmäßig auch bei der Ermessensausübung im Rahmen sog. repressiver Verbote mit Befreiungsvorbehalt zu berücksichtigen, die keinen individuellen Anspruch auf ein bestimmtes Rechtsgut vermitteln. Die verteilende Behörde bringt dann im Einzelfall die generell verbotene Freiheitsbetätigung zur Geltung.⁷⁰

Neben den Freiheitsrechten gelangt in allen Verteilungskonstellationen, also auch in Bereichen originärer Leistungsverwaltung (z.B. Subventionsrecht) oder bei einfachgesetzlichen Zuteilungsansprüchen (z.B. Art. 21 BayGO), der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zur Anwendung. Seit den 80er Jahren hat das BVerfG unter Zustimmung des überwiegenden Schrifttums die Kontrolldichte bei der Gleichheitsprüfung merklich angehoben. Nach der nicht mehr ganz so »neuen Formel« des Ersten Senats liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nunmehr bereits dann vor, wenn »eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten«⁷¹. Praktisch führt diese Rechtsprechung zu einer weitgehenden Parallelisierung der Gleichheitsprüfung mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne⁷²; der rechtfertigende Grund muß in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen. Darüber hinaus wird dem Gleichheitssatz in der Literatur im Hinblick auf die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik bei den Freiheitsrechten zusätzlich ein Gebot gleichheitssichernder Verfahrensgestaltung entnommen⁷³.

Schließlich muß der Gesetzgeber gerade im Bereich der Grundrechtsausübung die wesentlichen Verteilungsentscheidungen selbst treffen⁷⁴; er darf insbesondere die Verantwortung für die relevanten Auswahlkriterien nicht auf

70 So jüngst am Beispiel repressiver Verbote im Glücksspielrecht BVerfGE 96, 293 (299 f.) – Sportwetten; BVerwGE 96, 302 (312) – Spielbank. Eingehender dazu A. Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip (Fn. 45), S. 347-350 m.w.N. Vgl. auch die Kritik an der Unterscheidung zwischen repressiven und präventiven Verboten von A. Gromitsaris, Die Unterscheidung zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt, DÖV 1997, S. 401 ff.

71 Siehe BVerfGE 55, 72 (88). Danach st. Rspr. des Ersten Senats, vgl. etwa BVerfGE 82, 126 (146); 85, 238 (244); 88, 5 (12).

72 Zu den Konsequenzen der Verdichtung des Prüfungsmaßstabs in Richtung Verhältnismäßigkeit vgl. statt vieler zuletzt K. Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, in: FS Lerche, 1993, S. 121 ff., sowie jeweils mit eigenem Ansatz S. Huster, Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993, S. 225 ff., 351 ff., und P. Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997, S. 55 f., 63 ff., 102 ff., 266 ff.

73 So G. Hermes, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909 (913 ff.).

74 Vgl. für den vorliegenden Fall etwa BVerfGE 33, 303 (337). Zur sog. »Wesentlichkeitstheorie« vgl. ferner BVerfGE 33, 1 (110 ff.); 41, 251 (259 f.); 58, 257 (277); 84, 212 (226), sowie die Analyse der Rechtsprechung bei H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 162 ff. m.w.N.

die Verwaltung oder die Gerichte verlagern⁷⁵. Gerade weil immer verschiedene Verteilungsmodi zur Verfügung stehen, die jeweils auf unterschiedlichen Gerechtigkeitskonzeptionen beruhen, bedürfen Verteilungsentscheidungen in besonderem Maße der parlamentarischen Legitimation. Nur auf diesem Wege ist gewährleistet, daß bestimmte Vorverständnisse offengelegt werden und damit Gegenstand politischer Auseinandersetzung sein können.

3. *Typische Anwendungsbereiche*

Das Spektrum öffentlich-rechtlicher Verteilungsverfahren reicht von der Vergabe von Stadthallenbenutzungen, Standplätzen auf Märkten sowie Studienplätzen über die Vergabe von Taxikonzessionen, Start- und Landerechten auf Flughäfen (sog. Slots)⁷⁶ und Subventionen bis hin zur Vergabe öffentlicher Aufträge, der Bestellung von Dolmetschern und Sachverständigen in gerichtlichen Verfahren und der Besetzung von Beamtenstellen.⁷⁷ Auch vielen (umweltrechtlichen) Genehmigungen liegt, was in Anbetracht subjektiv-rechtlicher Genehmigungsansprüche nicht immer klar zutage tritt, eine Verteilungssituation zugrunde.⁷⁸

4. *Kennzeichen herkömmlicher Regelungen*

Ungeachtet der Eigenheiten dieser verschiedenen Sachbereiche, die sich nicht über einen Kamm scheren lassen⁷⁹, weisen die jeweiligen Regelungskomplexe herkömmlicherweise gewisse Gemeinsamkeiten auf:

- Dem Verteilungsverfahren selbst wurde vom Gesetzgeber in der Vergangenheit relativ wenig Aufmerksamkeit geschenkt. So finden sich etwa in den jeweiligen Spezialgesetzen nur gelegentlich Regelungen über einzureichende Antragsunterlagen⁸⁰, die Anhörung betroffener Kreise⁸¹ oder

75 Speziell § 70 Abs. 3 GewO, der vorsieht, daß bei der Zulassung von Märkten einzelne Aussteller und Anbieter »aus sachlich gerechtfertigten Gründen von der Teilnahme ausgeschlossen werden können«, dürfte z.B. diesen Anforderungen nicht genügen, vgl. nur C. König, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 149 f. m.w.N.

76 Vgl. dazu T. Tschentscher/C. Koenig, Rechtsqualität, Vergabe und Übertragbarkeit sogenannter »Slots« nach dem deutschen Luftverkehrsrecht, NVwZ 1991, S. 219 ff.

77 Weitere Regelungsbeispiele bei C. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 109-168, und M. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen (Fn. 42), S. 392-422.

78 Erhellend dazu etwa M. Klopfer/S. Reinert, Umweltprobleme als Verteilungsprobleme in rechtlicher Sicht, in: C. F. Gethmann/M. Klopfer/S. Reinert, Verteilungsgerechtigkeit im Umweltstaat, 1995, S. 23 ff.

79 So G. Hermes, Gleichheit (Fn. 73), S. 913.

80 Vgl. z.B. § 12 PBefG. Keine eigenständigen Verfahrensregelungen finden sich etwa im Luftverkehrsgesetz, im Güterkraftverkehrsgesetz und im Beamtenrecht.

81 Vgl. z.B. § 14 PBefG.

Ausschreibungspflichten⁸². Ansonsten vertraut man, was die Rationalität des Verfahrens angeht, meistens auf die allgemeinen Verfahrensvorschriften im VwVfG.

- Obwohl regelmäßig mehrere Bewerber um ein knappes Gut konkurrieren⁸³, mithin ein multipolares Verwaltungsverhältnis besteht, nehmen die wenigen einschlägigen Verfahrensregeln meistens nur das Verhältnis zwischen Antragsteller und Genehmigungsbehörde in den Blick.⁸⁴
- Die grundrechtssichernde Funktion von Verteilungsverfahren gerade im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG, die durch mehrere höchstrichterliche Entscheidungen gewisse Konturen gewonnen hat⁸⁵, findet in den einschlägigen Gesetzen regelmäßig keinen Niederschlag.
- Die inhaltliche Entscheidung über die Verteilung ist vom Verfahren selbst nicht selten völlig getrennt. Soweit der Gesetzgeber nicht vollständig auf die Regelung von Verteilungskriterien verzichtet, wie z.B. bei der Verteilung von begehrten Standplätzen für Messen, Ausstellungen und Märkte (vgl. § 70 GewO), beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (vgl. etwa § 10 Abs. 2 BWGO, Art. 21 Abs. 1 BayGO, § 8 Abs. 2 NWGO) oder im Subventionsrecht⁸⁶, greift er häufig auf rein formale Kriterien wie das Prioritätsprinzip⁸⁷ zurück oder delegiert die Entscheidung an die Verwaltung durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. So soll etwa die Auswahl der Bewerber im Beamtenrecht nach »Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung« erfolgen⁸⁸.
- Schließlich fehlt es regelmäßig an konzeptionellen Lösungen⁸⁹. Insbesondere das Problem der gerechten Verteilung »in der Zeit«, das sich immer

82 Eine Ausschreibungspflicht für die Begründung von Beamtenverhältnissen findet sich z.B. in § 8 BBG und in einzelnen Landesbeamtengesetzen (z.B. § 11 Abs. 2 LBG Bad.-Württ.). Für die Vergabe von Beförderungsposten bestehen auf Landesebene teilweise Sollvorschriften (§ 11 Abs. 3 LBG Bad.-Württ.).

83 Deutlich *M. Schmidt-Preuß*, Kollidierende Privatinteressen (Fn. 42), S. 392 ff., der von »wechselbzüglichen Konkurrenzkonflikten bei kapazitätsbezogenen Auswahl- und Verteilungsentscheidungen« spricht.

84 Vgl. aber zur Anhörungspflicht aller Unternehmer, die im Einzugsbereich des beantragten Verkehrs ein Beförderungsgewerbe betreiben, bei Erteilung von Personenbeförderungskonzessionen § 14 PBefG.

85 Vgl. oben D I. 2.

86 Vgl. statt vieler *G. Haverkate*, Subventionsrecht, in: R. Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT 1, 1995, § 4, Rn. 29 ff.; zum Erfordernis einer gesetzlichen Regelung auch der Vergabekriterien vgl. *R. Stober*, Der Vorbehalt des Gesetzes und Verwaltungsvorschriften im Subventionsrecht, *GewArch* 1993, S. 136 ff., 187 ff. (145 ff.); *R. Schmidt*, Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung, in: N. Achterberg/G. Püttner/T. Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. I, 2000, 1/165 ff.

87 Eingehend dazu *A. Voßkuhle*, Prioritätsprinzip (Fn. 66) m.w.N.

88 § 8 Abs. 1 BBG nach dem Vorbild von Art. 33 Abs. 2 GG.

89 Allgemein zu Konzeptpflichten *E. Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnung – Einleitende Problemskizze, in: W. Hoff-

dann stellt, wenn knappe Güter auf Dauer bestimmten Personen zugewiesen werden, findet beim Gesetzgeber kaum Beachtung.⁹⁰ So führt etwa die staatliche Zuteilung von Schadstoffkapazitäten durch die Erteilung einer immissionschutzrechtlichen Genehmigung in immissionsbelasteten Gebieten dazu, daß Newcomer, die unter Umständen eine sehr viel weniger emissionsintensive Technologie verwenden als die bereits vorhandenen Betriebe, langfristig von der Zuteilung ausgeschlossen werden, weil die räumlichen Immissionsbelastungsgrenzen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG) durch die vorhandenen Betriebe bereits ausgeschöpft sind⁹¹. Auch bei der Beamteneinstellung orientiert man sich meistens am konkreten derzeitigen Bedarf, was zur Folge hat, daß die Einstellungsvoraussetzungen sich jedes Jahr ändern und in einem Jahr viele Bewerber mit schlechten Noten, in anderen Jahren dagegen kaum welche mit guten Noten eingestellt werden.

5. Exemplarische neuere Entwicklungen

In neuerer Zeit mehren sich die Anzeichen dafür, daß der Gesetzgeber bereit ist, die besonderen Anforderungen, die eine Verteilung knapper Güter an das Verfahren stellt, ernster zu nehmen. Das läßt sich anhand der jüngsten Entwicklung in zwei praktisch eminent wichtigen Regelungsbereichen näher illustrieren.

a) Vergabe öffentlicher Aufträge

Völlig neu gestaltet wurde teilweise das Rechtsregime für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber an private Anbieter für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen. Solche Verträge, auf die zwischen 10 % und 15 % des Bruttoinlandsprodukts fällt⁹², werden nach h.M. auf der Grundlage privatrechtlicher Verträge abgewickelt.⁹³ Sie weisen jedoch die Besonderheit auf,

mann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7 (39 f.). Vgl. ferner ausführlich J. Aulehner, Polizeiliche Gefahren und Informationsvorsorge, 1998, S. 525 ff., sowie auf die Planung bezogen A. Müller, Konzeptbezogenes Verwaltungshandeln, 1992.

90 Man kann in diesem Zusammenhang »verdeckte« und »offene« Umverteilungskonstellationen unterscheiden, vgl. A. Voßkuhle, Prioritätsprinzip (Fn. 66), S. 26 f.

91 Zu Recht kritisch M. Kloepfer/S. Reinert, Umweltprobleme (Fn. 78), S. 83 f. Vorsichtiger E. Rehlinger, Übertragbare Emissionsrechte aus juristischer Sicht, in: A. Endres/E. Rehlinger/R. Schwarze, Umweltzertifikate und Kompensationslösungen aus ökonomischer und juristischer Sicht, 1994, S. 28 (75 f.).

92 Statistisches Material bei T. Puhl, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVD-StRL 60 (2001), S. 457 (458 f.).

93 Vgl. z.B. BGHZ 14, 222 (226); 48, 98 (103). Zu unterschiedlichen Konstruktionen im Schrifttum vgl. J. Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), S. 456-458 m.w.N.

daß die öffentliche Hand nicht privatautonom handelt, sondern selbst bei der Auftragsvergabe grundrechtsverpflichtet ist, es den handelnden Amtswaltern vielfach an adäquaten Anreizen fehlt, mit den ihnen anvertrauten Steuergeldern sparsam umzugehen, und mit der Auftragsvergabe auch sog. vergabefremde, mithin konjunkturpolitische und sonstige Zwecke verfolgt werden können.⁹⁴ Das Verfahren bis zum Abschluß des Vertrags war bisher⁹⁵ nur rudimentär im öffentlichen Haushaltsrecht sowie in Verwaltungsvorschriften, den sog. Verdingungsordnungen, geregelt.⁹⁶ Die Haushaltsgesetze enthalten neben der Beachtung der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit⁹⁷ durch die bewirtschaftenden Stellen lediglich die Pflicht zur Ausschreibung von Aufträgen, sofern nicht »die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen«.⁹⁸ Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens finden sich in den Teilen A der Verdingungsordnungen. Ziel dieser Vorschriften ist ausschließlich der preisgünstige, wirtschaftliche Einkauf durch die öffentliche Hand. Dementsprechend kann der einzelne Bieter, der nicht zum Zuge gekommen ist, aus ihnen keine Ansprüche ableiten; das Haushaltsrecht als Innenrecht vermittelt weder subjektiv-öffentliche Rechte im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO, noch begründet es drittgerichtete Pflichten im Sinne des Amtshaftungsrechts.⁹⁹ Es verwundert daher kaum, daß trotz alarmierender kriminalistischer Befunde zur Korruption im Bereich des Auftragswesens und vielfältiger Beanstandungen der Rechnungshöfe¹⁰⁰ dem Vergaberecht kaum Aufmerksamkeit geschenkt wurde.

Seit Anfang der neunziger Jahre hat sich teilweise ein grundlegender Konzeptwechsel »vom haushaltsrechtlichen Innenrecht zum (auch) bieterschützenden Außenrecht« vollzogen.¹⁰¹ Das Hauptaugenmerk liegt insoweit auf

94 So statt vieler zusammenfassend *T. Puhl*, Staat (Fn. 92), S. 460.

95 Vgl. nur *F.-J. Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977, S. 32-71, und *F. Rittner*, Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, 1988, S. 39 ff., sowie die knappe Darstellung bei *G. Hermes*, Gleichheit (Fn. 73), S. 910.

96 Vgl. Verdingungsverordnung für Leistungen (VOL) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.8.2000, Bundesanzeiger Nr. 200a vom 24.10.2000; Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.7.2000, Bundesanzeiger Nr. 173a vom 13.9.2000; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30.5.2000, Bundesanzeiger Nr. 120a vom 30.6.2000.

97 Vgl. § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 BHO.

98 Vgl. § 30 HGrG.

99 Vgl. dazu *A. Faber*, Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DÖV 1995, S. 403 (408-411); *M. Brenner*, Die Umsetzung der Richtlinie über öffentliche Aufträge in Europa, EuR-Beiheft 1/1996, S. 23 (32); *R. Noch*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 1998, S. 228 f.; *P. M. Huber*, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 (878).

100 Vgl. ausführlich *D. Dölling*, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um die Gefahr der Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C zum 61. DJT, 1996, S. 13-25 m.w.N.

101 So *J. Pietzcker*, Gestalt des Vergaberechts (Fn. 93), S. 427 (430).

einer transparenten, wettbewerbsorientierten und neutralen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens. Ursächlich für die Entwicklung sind verschiedene europäische Richtlinien. In der sog. Nachprüfungsrichtlinie vom 21.12.1989¹⁰² wurden die Mitgliedstaaten zunächst verpflichtet, ein Nachprüfungsverfahren einzurichten, mit dessen Hilfe Verstöße gegen das bestehende Vergaberecht effektiv kontrolliert werden können. Jeder, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte oder dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, besitzt danach ein Initiativrecht, eine Nachprüfung in Gang zu setzen, an deren Ende die Entscheidung einer »unabhängigen Instanz« stehen muß, die »ein Gericht im Sinne des Art. 177 des Vertrages ist«. Vier weitere Richtlinien aus den Jahren 1992 und 1993¹⁰³ hatten sodann zum Ziel, die deutliche Bevorzugung inländischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe zu beseitigen. Ihnen zufolge müssen Aufträge ab einer bestimmten Größenordnung (oberhalb sog. Schwellenwerte) gemeinschaftsweit öffentlich ausgeschrieben werden, das Vergabeverfahren muß nach vereinheitlichten Vorgaben transparent durchgeführt werden, und die Vergabe muß diskriminierungsfrei erfolgen. Die betreffenden Richtlinien wurden zwar mittlerweile teilweise geändert¹⁰⁴ und sollen weiter aufgrund der bisherigen Erfahrungen ergänzt und modifiziert werden¹⁰⁵, die wettbewerbsorientierte, ökonomische Stoßrichtung blieb aber erhalten.

- 102 Richtlinie 89/665/EWG v. 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 395/33 v. 20.12.1989. Vgl. auch Richtlinie 92/13/EWG v. 25.2.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 76/14 v. 23.3.1992 (Sektorenüberwachungsrichtlinie).
- 103 Vgl. Richtlinie 92/40/EWG v. 18.6.1992 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209/1 v. 24.7.1992 (Dienstleistungsrichtlinie); Richtlinie 93/36/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 199/1 v. 9.8.1993 (Lieferkoordinierungsrichtlinie); Richtlinie 93/37/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 199/54 v. 9.8.1993, ber. durch ABl. Nr. L 111/115 v. 30.4.1994 (Baukoordinierungsrichtlinie); Richtlinie 93/38/EWG v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 199/84 v. 9.8.1993 (Sektorenrichtlinie).
- 104 Vgl. Richtlinie 97/52/EG v. 13.10.1997 zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 328/1 v. 28.11.1997; Richtlinie 98/4/EG v. 16.2.1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 101/1 vom 1.4.1998.
- 105 Vgl. Richtlinienvorschlag über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endg. vom 10.5.2000; Richtlinienvorschlag zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung, KOM (2000) 276 endg.

Der nationale Gesetzgeber hat die dargelegten Vorgaben mittlerweile umgesetzt.¹⁰⁶ Nachdem die Kommission gegen die zunächst verabschiedete sog. »haushaltsrechtliche Lösung«¹⁰⁷ ein (weiteres)¹⁰⁸ Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte und zudem verfassungsrechtliche Bedenken bestanden¹⁰⁹, ist die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EG-rechtlich festgelegten Schwellenwerte¹¹⁰ (vgl. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB) nunmehr im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹¹¹ und in der am 1.2.2001 in Kraft getretenen neu gefaßten Vergabeverordnung (VgV)¹¹² geregelt, die ihrerseits auf die von den Verdingungsausschüssen DVA¹¹³ und DVAL¹¹⁴ erarbeiteten und verabschiedeten Verdingungsordnungen¹¹⁵ verweisen (sog. Kaskadenprinzip)¹¹⁶. Wesentliche Elemente des Vergabeverfahrens sind danach:

- *Offene Ausschreibung* von Aufträgen als Regelfall (§ 101 Abs. 2 und 5 GWB).¹¹⁷ Nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Gestattung kann auf das

106 Zu den auch nach der Neufassung fortbestehenden Problemen des deutschen Vergaberechts und daraus folgendem weiteren Reformbedarf *E. Pache*, Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl. 2001, S. 1781 ff. (insbes. 1787 ff.).

107 Sie bestand aus einer Ergänzung des HGrG durch die §§ 57a bis c und auf deren Grundlage dem Erlaß zweier Verordnungen, der Vergabeverordnung (VgV) zur Umsetzung der Vergaberichtlinien und der Nachprüfungsverordnung (NpV) zur Umsetzung der Nachprüfungsrichtlinien, vgl. Zweites ÄndG zum HGrG v. 26.11.1993 (BGBl. I, S. 1928); VgV v. 22.2.1994 (BGBl. I, S. 321) – geändert durch die 1. ÄndVO zur VgV v. 29.9.1997 (BGBl. I, S. 2384); NpV v. 22.2.1994 (BGBl. I, S. 324).

108 Vorangegangen war ein erfolgreiches Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland in bezug auf den ersten Umsetzungsversuch, der schon deshalb nicht gemeinschaftskonform war, weil es sich bei den durch a-Paragraphen ergänzten Teilen A der VOB und der VOL lediglich um Verwaltungsvorschriften handelte, vgl. EuGH, Urt. v. 11.8.1995 – Rs. C-433/93, Slg. 1995-I, S. 2303.

109 Vgl. dazu *J. Pietzcker*, Gestalt des Vergaberechts (Fn. 93), S. 435–440 m.w.N.

110 Vgl. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB und §§ 1 f. VgV.

111 Vergaberechtsänderungsgesetz v. 26.8.1998 (BGBl. I, S. 2512) und Bekanntmachung der Neufassung des GWB v. 26.8.1998 (BGBl. I, S. 2546).

112 BGBl. I 2001, S. 110. Vgl. dazu *T. Ax*, Die neue Vergabeverordnung (Entwurf) – Auswirkungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Bau-Vergabepaxis, BauR 2000, S. 471 ff.; *M. Dreher*, Der Entwurf einer Vergabeverordnung, NZBau 2000, S. 178 f.; *H. Höfler/B. Bert*, Die neue Vergabeverordnung, NJW 2000, S. 3310 ff.; *H.-J. Prieß*, Das Vergaberecht in den Jahren 1999 und 2000, EuZW 2001, S. 365 ff.; *L. Horn*, Die neue Vergabeordnung, LKV 2001, S. 241 ff.; *M. Knauf*, Die neue Vergabeordnung, VR 2001, S. 270 ff.

113 Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen.

114 Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen.

115 Vgl. Fn. 96.

116 Wegen der (statischen) Verweisung der VgV auf die Verdingungsverordnungen haben die ursprünglich privaten Regelwerke nach h.M. Rechtssatzqualität mit Verordnungsrang, vgl. BGH, NJW 2000, S. 137 (138); OLG Düsseldorf, NJWE-WettB 1999, S. 68. Zust. *A. Boesen*, Vergaberecht, 2000, Rn. 151; *T. Puhl*, Staat (Fn. 92), S. 472; *A. Vetter*, Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000, NVwZ 2001, S. 745 (747) m.w.N. Krit. *M. Dreher*, Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts, NVwZ 1999, S. 1265 (1266); *R. Noch*, Vergaberecht (Fn. 99), S. 96 ff.

117 Allgemein zum Zweck der Ausschreibung und ihrer Rationalitätsfördernden Wirkung statt vieler *C. Koenig*, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 265–267 m.w.N.

nicht offene Verfahren¹¹⁸ oder das Verhandlungsverfahren¹¹⁹ ausgewichen werden.

- *Anspruch der mitbietenden Unternehmen*, daß der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (§ 97 Abs. 7 GWB).
- *Informationspflicht* des Auftraggebers gegenüber Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen (§ 13 VgV). Mit dieser Vorschrift, der eine »Schlüsselposition« bei der europaweiten Auftragsvergabe zugeschrieben wird¹²⁰, reagierte der Gesetzgeber auf die Münzplättchen-II-Entscheidung der Vergabekammer des Bundes¹²¹ und das Alcatel-Urteil des EuGH¹²². Übergangenen Bieter muß danach aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) die Möglichkeit offenstehen, im Wege eines gerichtlichen Verfahrens einen Zuschlag oder einen Vertragsschluß zu verhindern, da erteilte Zuschläge auch im gerichtlichen Verfahren nicht mehr aufgehoben werden können (§ 114 Abs. 2 S. 1 GWB). Daher sieht § 13 VgV vor, daß der Auftraggeber den Bieter 14 Tage vor Vertragsschluß über den Grund der Nichtberücksichtigung sowie den Namen des Bieters, dessen Angebot letztlich erfolgreich ist, informieren muß.¹²³ Ein vor Ablauf der Frist oder ohne entsprechende Information des nicht erfolgreichen Bieters geschlossener Vertrag ist nichtig (§ 13 S. 4 VgV).
- *Verpflichtung*, die Bezeichnungen des *Gemeinsamen Vokabulars* für das öffentliche Auftragswesen (Common Procurement Vocabulary – CPV) bei der Ausschreibung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes zu verwenden (§ 14 VgV). Durch sie soll die gemeinschaftsweite Transparenz des Verfahrens gewährleistet werden.
- *Befangenheitsregelung* (§ 16 VgV). Ihr zufolge dürfen zum Schutz der Bieter vor der Parteilichkeit des Auftraggebers Organmitglieder oder Mitarbeiter eines Auftraggebers, Beauftragte oder Mitarbeiter eines Beauftragten eines Auftraggebers einschließlich deren Angehöriger im Vergabeverfahren grundsätzlich nicht mitwirken, wenn sie (1.) Bieter oder Bewerber sind, (2.) einen Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als ge-

118 Nach einer öffentliche Aufforderung zur Teilnahme wird aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Zahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert (§ 101 Abs. 3 GWB).

119 Danach kann sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB).

120 So zutreffend *L. Horn*, Vergabeverordnung (Fn. 112), S. 244.

121 BKartA, NJW 2000, S. 151. Danach sind Bieter spätestens 10 Tage vor Zuschlagserteilung darüber zu informieren, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.

122 EuGH, Rs. C-81/98, Slg. 1999-I, S. 7671.

123 Für den Beginn der Frist soll es nicht auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter, sondern auf den Tag der Absendung ankommen, zu Recht krit. *L. Horn*, Vergabeverordnung (Fn. 112), S. 243 f.

setzlicher Vertreter vertreten, (3.) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, des Aufsichtsrates oder gleichartiger Organe tätig sind, oder (4) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat, es sei denn, daß dadurch kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Tätigkeiten nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken. Die an § 20 VwVfG orientierte Vorschrift, die erhebliche vergaberechtliche Risiken für den Auftraggeber birgt und in der Praxis nicht leicht umzusetzen sein wird¹²⁴, geht zurück auf die prominente Entscheidung des OLG Brandenburg vom 3.8.1999 zum Flughafen Berlin-Schönefeld, derzufolge das im Vergabeverfahren geltende Gleichbehandlungs- und Neutralitätsgebot dann nicht mehr gewahrt ist, wenn Amtsträger an der Vergabeentscheidung mitwirken, die zugleich Aufsichtsratsfunktionen in einem Bieterkonsortium wahrnehmen.¹²⁵

- Möglichkeit der *Nachprüfung* der Vergabeentscheidung in einem *gerichtlichen Verfahren*, das eine Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung im Beschwerdeverfahren und vorläufigen Rechtsschutz bietet (vgl. §§ 102 ff. GWB).
- *Vorprüfung der Eignung* eines Angebots (vgl. § 97 Abs. 4 GWB).¹²⁶
- *Auswahlentscheidung*. Der Zuschlag soll dem wirtschaftlichsten Angebot erteilt werden (§ 97 Abs. 5 GWB). Ob diese Vorgabe die Verfolgung sog. »vergabefremder«, konjunktur- oder infrastrukturpolitischer Ziele völlig ausschließt, ist in der Literatur sehr umstritten.¹²⁷ Der EuGH hat jetzt zumindest die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Zwecke für zulässig er-

¹²⁴ So L. Horn, Vergabeverordnung (Fn. 112), S. 245.

¹²⁵ OLG Brandenburg, NVwZ 1999, S. 1142. Ausführlich zu dieser Entscheidung A. Weitbrecht, Erste Erfahrungen mit dem Nachprüfungsverfahren nach dem GWB, in: J. Schwarze (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2000, S. 177 (178 ff.). Enger OLG Stuttgart, NVwZ-RR 2001, S. 29 ff., demzufolge Vergaberechtsverstöße nur rügbär sind, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, daß sie für die konkrete Vergabeentscheidung ursächlich geworden sind. Weitere Nachweise aus der Rspr. bei H.-J. Prieß, Vergaberecht (Fn. 112), S. 369 f. Vgl. ferner auch zum Einfluß der Rspr. auf die Neuregelung G. M. Berrisch/H. P. Nehl, Doppelmandate, Neutralitätsgebot und »böser Schein« – Die Rechtsprechung der Vergabesenate und § 16 VgV, WuW 2001, S. 944 ff.

¹²⁶ Hier kommen die Verdingungsordnungen zur Anwendung, vgl. zu den Stufen des Verfahrens A. Vetter, Vergabe (Fn. 116), S. 753 f. m.w.N.

¹²⁷ Ablehnend nach eingehender Aufarbeitung des Streitstandes zuletzt T. Puhl, Staat (Fn. 92), S. 486–501 m.w.N. Vgl. ferner F. Rittner, Die sozialen Belange i.S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677 ff.; M. Dreher, Zur Zulässigkeit vergabefremder Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, JZ 2000, S. 519; I. Seidel, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, 2000, H. IV, Rn. 142 ff. A.A. M. Böhm/C. Danker, Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, NVwZ 2000, S. 768; U. Rust, EuZW 2000, S. 205 ff.; J.-P. Schneider, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 (323 ff.). Ausführlich C. Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000.

achtet.¹²⁸ Soweit diese Entscheidung verallgemeinerungsfähig ist, sind der Instrumentalisierung der Auftragsvergabe jedenfalls enge Grenzen gesetzt.¹²⁹

- *Nachverhandlungsverbot* (§ 24 Nrn. 1, 3 VOB/A, § 24 Nrn. 1, 2 VOL/A). Nach Öffnung der Gebote darf der Auftraggeber nicht mehr mit einem oder mehreren Bietern neu verhandeln, um den Preis zu senken. Andernfalls wäre die anonyme Angebotsabgabe als Neutralitäts- und Wirtschaftlichkeitssicherndes Kernelement der Ausschreibung ad absurdum geführt.¹³⁰

Diese formalisierte Verfahrensstruktur führt, wie *J. Pietzcker*¹³¹ hervorhebt, auf den ersten Blick in eine »Paradoxie«: »Starre Regeln sollen politische Einflüsse ausschließen und fehlende Marktkräfte kompensieren, widersprechen aber gerade einem flexiblen, marktangepassten Verhalten. Kein Privatunternehmer würde sich aus wirtschaftlichen Überlegungen einem dem öffentlichen Vergaberecht vergleichbaren starren Einkaufsregime unterwerfen.« Aus diesen Gründen und um langwierige Vergaberechtsprozesse zu vermeiden, hat der Bundesgesetzgeber für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EG-rechtlichen Schwellenwerte bisher weiterhin an der alten Rechtslage festgehalten. Überzeugend ist diese Haltung freilich nicht. Sie verkennt vor allem die öffentlich-rechtliche Prägung der Entscheidungssituation¹³²; Der Staat handelt hier eben nicht als »Marktteilnehmer«, sondern er gewährt vielmehr in hoheitlicher Funktion bestimmten Anbietern den Zugang zu einem hochspezialisierten Markt. Seiner Grundrechtsverpflichtung als Auftraggeber korrespondiert insofern die grundrechtlich geschützte Position des Anbieters, der aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG einen Anspruch auf ein neutrales, transparentes und gerichtlich überprüfbares Vergabeverfahren geltend machen kann.¹³³

128 EuGH, NJW 2000, S. 3629, Tz. 52 – Nord-Pas-de-Calais. Für die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Entscheidung *I. Seidel*, Kampf gegen Arbeitslosigkeit zulässiges Vergabekriterium, EuZW 2000, S. 762 (763); *J.-P. Schneider*, Ökonomisierung (Fn. 127), S. 325.

129 Vgl. nun auch die »Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge« vom 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg.

130 Vgl. auch *J. Pietzcker*, Vergaberecht (Fn. 93), S. 455 m.w.N.

131 *J. Pietzcker*, Vergaberecht (Fn. 93), S. 432.

132 OLG Brandenburg (Fn. 125), spricht von einem »Akt öffentlicher Gewalt«. Vgl. ferner die ausführlichen Nw. (auch zur Gegenmeinung) bei *T. Puhl*, Staat (Fn. 92), S. 477, Fn. 84.

133 Eingehend zuletzt *T. Puhl*, Staat (Fn. 92), S. 477–486. Vgl. ferner *M. Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 318 ff.; *G. Hermes*, Gleichheit (Fn. 73), S. 912 ff.; *G. v. Loewenich*, Die Schwellenwerte im Lichte des Verfassungsrechts, ZVgR 1999, S. 34 (36 ff.); *B. Malmendier*, Vergaberecht – quo vadis?, DVBl. 2000, S. 963 (967 f.); *M. Gubelt*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 3, Rn. 37. Vgl. auch *P.-M. Huber*, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auf-

b) Versteigerung von Lizenzen und Frequenzen nach dem TKG

Einen völlig neuartiger Modus¹³⁴ der »Verteilung knapper Güter durch den Staat«¹³⁵ stellt die Möglichkeit der Vergabe öffentlich-rechtlicher Befugnisse nach Maßgabe des Ergebnisses einer unter den Bewerbern durchzuführenden Versteigerung dar, wie sie jetzt im Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 25.7.1996¹³⁶ für die Zuteilung von knappen Funkfrequenzen (§ 47 Abs. 5 S. 2 TKG i.V.m. § 11 Abs. 4 TKG) und die Vergabe von Lizenzen (§ 11 TKG) zum Angebot »bestimmter Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit« (§ 3 Nr. 7 TKG) vorgesehen ist. Auch mit diesem Gesetz reagierte der nationale Gesetzgeber auf europarechtliche Vorgaben und das dort für die Telekommunikationsmärkte entfaltete Harmonisierungs- und Liberalisierungskonzept.¹³⁷

Das Versteigerungsverfahren ist für den Fall der Beschränkung der Lizenzvergabe (§ 10 S. 1 TKG) als »Regelverfahren« ausgestaltet.¹³⁸ Die alternativ vorgesehene Ausschreibung ist nur durchzuführen, wenn eine Versteigerung gemessen an den Regulierungszielen des TKG (§ 2 Abs. 2 TKG) nicht geeignet erscheint (§ 11 Abs. 2 S. 1 TKG), oder wenn Frequenzen für die Funkanbindung von Teilnehmeranschlüssen vergeben werden (§ 11 Abs. 2 S. 3 TKG). Ziel des Versteigerungsverfahrens ist ausweislich des § 11 Abs. 4 S. 1 TKG die Feststellung, »welcher oder welche Bieter am besten geeignet sind, die ersteigerten Funkfrequenzen effizient für das Angebot der zu lizenzierenden Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit zu nutzen«. Seine ökonomische Logik beruht damit auf der nicht unproblematischen Erwartung, daß das »effizienteste Unternehmen auch die größte Zahlungsbereit-

tragswesen unterhalb der sogenannten Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 (880). A.A. aber J. Pietzcker, Die Zuteilung des Vergaberechts, in: J. Schwarze (Hrsg.), Vergabe (Fn. 125), S. 61 (66 ff.); K. Hailbronner, Möglichkeiten einer Begrenzung gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Beachtung bzw. Einhaltung EG-rechtlicher Vergaberegeln zum Schutz von Unternehmen im Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge, BT-Drs. 646/97, Anl. 1, S. 55 ff.

134 Zu Versteigerungen im Bereich des Jagdrechts vgl. aber C. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 408.

135 So K. Schumacher, Versteigerungserlöse nach § 11 TKG als Verleihungsgebühr?, NJW 2000, S. 3096 ff.

136 BGBl. I, S. 1120.

137 Zentrale Bedeutung kommt hier der Richtlinie 90/388/EWG der Kommission v. 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192 v. 24.7.1990, S. 10 ff. (DiensteRL). Hierzu und zu den Änderungsrichtlinien zur DiensteRL sowie weiteren Einwirkungen des Europarechts vgl. F. Schuster, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 1, Rn. 3-12; W. Wegmann, Regulierte Marköffnung in der Telekommunikation, 2001, S. 80-86; B. Stamm, Die Entgeltregulierung im Telekommunikationsgesetz, 2001, S. 37-55, jeweils m.w.N.

138 So für die ganz h.M. C. Koenig/A. Neumann, Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen, ZRP 2001, S. 252 (254) m.w.N. A.A. H. Gersdorf, Die dienende Funktion der Telekommunikationsfreiheiten – Zum Verhältnis von Telekommunikations- und Rundfunkordnung, AfP 1997, S. 424 (425, Fn. 3).

schaft für die Lizenz aufweist».¹³⁹ Gleichzeitig soll durch die Ermittlung des wirtschaftlichen Knappheitspreises ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb sichergestellt werden (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Das Telekommunikationsgesetz sieht insofern ausdrücklich vor, daß die Regeln der Durchführung der Versteigerung »objektiv, nachvollziehbar und diskriminierungsfrei« sein müssen (§§ 11 Abs. 4 S. 3, § 47 Abs. 1 TKG). Gleichzeitig sind die Belange kleiner und mittlerer Unternehmen zu berücksichtigen (§ 11 Abs. 4 S. 3 TKG). Der wirtschaftliche Allokationsmechanismus ist insofern im Sinne einer »regulierten Selbstregulierung« mit »Elementen wertender Auswahlverfahren«¹⁴⁰ verknüpft: Während die materielle Auswahlentscheidung letztlich der Markt selbst trifft (gesellschaftliche Selbstregulierung), kontrolliert der Hoheitsträger das Verfahren und die Einhaltung bestimmter inhaltlicher Mindeststandards.¹⁴¹

Bisher sind drei Versteigerungen durchgeführt worden.¹⁴² Besondere Aufmerksamkeit erlangte die Versteigerung von UMTS-Lizenzen im Juli und August des Jahres 2000¹⁴³, bei der die beachtliche Gesamtsumme von 99, 3682 Mrd. DM erzielt wurde. Die schon früher geäußerten verfassungsrechtlichen¹⁴⁴ und telekommunikationspolitischen¹⁴⁵ Bedenken gegen das Versteigerungsverfahren als Instrument zur Allokation knapper Ressourcen haben dadurch neuen Aufwind erfahren.¹⁴⁶ Ihnen kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. Vielmehr interessiert im vorliegenden Kontext lediglich seine Verfahrensstruktur. Sie setzt sich aus folgenden zentralen Elementen zusammen:

- *Anhörung betroffener Kreise* (§ 11 Abs. I Satz 1 TKG). Das Verfahren wird von der Regulierungsbehörde eingeleitet.¹⁴⁷ Schon im Vorfeld sind die durch das Vergabeverfahren unmittelbar Betroffenen, also insbesondere alle Lizenz- und Frequenzzuteilungsbewerber, in die Entscheidung der Regulierungsbehörde¹⁴⁸ einzubeziehen, ob ein Versteigerungsverfahren oder ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist und welche kon-

139 So M. Geppert, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11, Rn. 16 u.H. auf J. Kruse, Lizenzierung und Wettbewerb im Mobilfunk, 1993, S. 143.

140 M. Geppert, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11, Rn. 20.

141 So W. Wegmann, Marktöffnung (Fn. 137), S. 102 f.

142 Zu den bisherigen Versteigerungen vgl. nur C. Koenig/A. Neumann, Optimierung (Fn. 138), S. 252 f. m.w.N.

143 Minutiös schildert von R. Breuer, Verfassungsrecht und Versteigerungsverfahren nach § 11 Telekommunikationsgesetz, FS Maurer, 2001, S. 24 (31-35).

144 Vgl. B. Grzeszick, Versteigerung knapper Telekommunikationslizenzen, DVBl. 1997, S. 878 (883 f.).

145 Vgl. R. Schütz/M. Esser-Wellié, Wettbewerb in der Telekommunikation, AfP 1995, S. 580 (582); C. Hilil/K. Großmann, Grundfragen des neuen deutschen Telekommunikationsrechts, BB 1996, S. 169 (171 f.). Aus neuerer Zeit z.B. C. Koenig/A. Neumann, Optimierung (Fn. 138), S. 254 ff.

146 Vgl. die Nachw. unten Fn. 157.

147 Zuvor muß die Anzahl der Lizenzen nach § 10 TKG beschränkt werden.

148 Die Regulierungsbehörde entscheidet durch die Beschlußkammer, § 73 Abs. 1 TKG.

kreten Festlegungen und Regeln für die Durchführung gelten sollen. Diese öffentlichkeitsorientierte Vorfeldkommunikation dient einerseits der Transparenz und erleichtert andererseits der Behörde aufgrund der erhaltenen Informationen eine sachlich angemessene Verfahrensgestaltung.

- *Beteiligung* anderer Gremien und Behörden: Herstellung des Benehmens mit dem Beirat (§ 73 Abs. 3 S. 2 TKG) und des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt (§ 82 Satz 1 und Satz 2 TKG).
- *Zwischenentscheidung* der Regulierungsbehörde über die Wahl des Verfahrens sowie die Festlegungen und Regeln für die Durchführung des Verfahrens.¹⁴⁹
- *Veröffentlichung der Zwischenentscheidung* im Amtsblatt (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG). Dadurch soll potentiellen Interessenten schon frühzeitig die Möglichkeit eingeräumt werden, vor Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu erkennen, welchen Inhalt eine erteilte Lizenz besitzen wird, welche Verpflichtungen für den Lizenznehmer damit verbunden sind und ob es sich vor diesem Hintergrund lohnt, die Antragsunterlagen auszuarbeiten.¹⁵⁰
- *Antragstellung durch die Anbieter.*
- *Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen* (§ 11 Abs. 4 S. 2 Nr. 1, § 8 Abs. 3 Nr. 2 TKG). Zum Versteigerungsverfahren können nur Bieter zugelassen werden, die die fachlichen und sachlichen Mindestvoraussetzungen erfüllen, welche von der Regulierungsbehörde näher bestimmt werden. Damit soll ausgeschlossen werden, daß ein fachlich und sachlich ungeeigneter Antragsteller den Zuschlag erhält.
- *Festlegung der Regeln für die Durchführung der Versteigerung* im einzelnen durch die Regulierungsbehörde einschließlich der Festsetzung des Mindestgebots (§ 11 Abs. 4 S. 3 TKG). Nach Auswertung von Auktionsverfahren anderer Länder hat man sich in der Praxis bisher für ein simultanes und mehrstufiges elektronisches Verfahren über vernetzte Computer entschieden.¹⁵¹
- *Durchführung der Versteigerung.* Die Höhe des Angebots ist das einzige Kriterium für die Lizenzvergabe.¹⁵² Eine materielle Auswahlentscheidung der Behörde entfällt damit; sie ist vollständig »prozeduralisiert« zugunsten eines marktwirtschaftlichen Auswahl- und Preisbildungsmechanismus.¹⁵³

149 Nach der bisherigen Praxis werden diese Entscheidungen in Form rechtsmittelfähiger Verwaltungsakte getroffen, vgl. *M. Geppert*, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11, Rn. 12 m.w.N.

150 Vgl. *M. Geppert*, in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 11, Rn. 10.

151 Vgl. *E.-O. Ruhle/M. Geppert*, Versteigerungsverfahren für Funkfrequenzen und Lizenzen – ERMES-Auktion: Vergleich zwischen Deutschland und USA, MMR 1998, S. 175 ff.

152 Zur Rechtsqualität vgl. *M. Sachs*, Bestandskraft der RegTP-Entscheidung im Versteigerungsverfahren der UMTS-Lizenzen, K&R 2001, S. 13 ff. Vgl. auch *D. Ehlers*, Bestandskraft von vor Vergabe der UMTS-Lizenzen erlassenen verfahrensleitenden Verfügungen der RegTP, K&R 2001, S. 1 ff.

153 Deutlich *W. Wegmann*, Marktöffnung (Fn. 137), S. 102.

Wie auf diese Weise die vom Gesetzgeber geforderte Berücksichtigung der Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen erfolgen soll, bleibt freilich unklar.¹⁵⁴

An dieser Stelle drängt sich erneut die schon eingangs angedeutete Frage auf, ob dem »Gebot grundrechtssichernder Mangelverwaltung«¹⁵⁵ durch das Versteigerungsverfahren hinreichend Rechnung getragen wird, wenn kleine Unternehmen faktisch keine Marktzugangschancen haben. Legt man die jedenfalls nicht völlig abwegige Annahme des Gesetzgebers zugrunde, durch das Versteigerungsverfahren werde im Sinne einer »Bestenauslese« derjenige Antragsteller ausgewählt, der die Lizenzen am effizientesten nutzen kann¹⁵⁶, und hält man das Kriterium der Bestenauslese im Zusammenhang mit der Verteilung von Telekommunikationslizenzen für legitim – wogegen wohl nichts spricht – dann liegt in der Bereitschaft, den höchsten Preis zu zahlen, ein angemessener Differenzierungsgrund für eine Ungleichbehandlung von finanzstarken und weniger finanzstarken Unternehmen, die vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt.¹⁵⁷ Die Entlastung der Verwaltung durch ein prozeduralisiertes Entscheidungsverfahren bedarf von daher gesehen keiner Korrektur. Der Staat hat lediglich die Grundbedingungen eines fairen Wettbewerbs zu sichern. Das kann er durch Ausschluß solcher Unternehmen aus dem Vergabeverfahren tun, die bei Besitz einer Lizenz den chancengleichen Wettbewerb gefährden würden (vgl. § 11 Abs. 3 TKG).

154 Denkbar wäre, die Gebotshöhe der einzelnen Bieter in Abhängigkeit zur Unternehmensgröße zu bestimmen oder kleinen und mittleren Unternehmen Sonderrechte einzuräumen, vgl. C. Koenig/A. Neumann, Optimierung (Fn. 138), S. 256 m.w.N.

155 Siehe oben D I. 2.

156 Der Gesetzgeber besitzt hier eine weite Einschätzungsprärogative, vgl. statt vieler A. Voßkuhle, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. 2001, Art. 93, Rn. 44 m.w.N.

157 Wie hier i.E. O. Klöck, Rechtliche Probleme der Versteigerung vom UMTS-Lizenzen, RTKom 2000, S. 280 (284 ff.); J.-P. Schneider, Ökonomisierung (Fn. 127), S. 329 ff.; B. Varadinnek, Rechtmäßigkeit der UMTS-Lizenzvergabeverfahrens im Hinblick auf das TKG und Art. 12 GG, CR 2001, S. 17 (24). A.A. B. Grzeszick, Telekommunikationslizenzen (Fn. 144), S. 878 (883); F. Schuster/U. Müller, Rechtliche Grundlagen und Praxis der Frequenzzuteilung durch die Reg TP, MMR 2000, S. 26 (29); D. Beese/D. Naumann, Versteigerungserlöse auf dem TK-Sektor und deren Verwendung, MMR 2000, S. 145 (148 f.); R. Breuer, Versteigerungsverfahren (Fn. 143), S. 41 und passim. Wenn K. Schumacher (Versteigerungserlöse [Fn. 135], S. 3100) ab einem bestimmten Maximalbetrag für den Losentscheid plädiert, übersieht er, daß Losentscheide immer nur dann verfassungsgemäß sind, wenn andere sachliche Verteilungskriterien nicht ersichtlich sind, so A. Voßkuhle, Prioritätsprinzip (Fn. 66), S. 37 f. Vgl. auch O. Depenheuer, Zufall als Rechtsprinzip, JZ 1993, S. 171 (179 f.). Zu den hier nicht weiter zu vertiefenden finanzverfassungsrechtlichen Bedenken vgl. z.B. H.-W. Arndt, Versteigerung der UMTS-Lizenzen – ein Plädoyer für die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit, K&R 2001, S. 23 (25 ff.). Zu aktien- und postverfassungsrechtlichen Zweifeln vgl. etwa C. Luttermann, UMTS-Milliarden der Deutschen Telekom für den Bund – aktien- und postverfassungsrechtliche Zweifel, K&R 2000, S. 473 ff.

6. Strukturelemente

Zusammen mit den von der Rechtsprechung in unterschiedlichen Regelungsbereichen herausgearbeiteten Vorgaben für Verteilungsverfahren lassen sich aus den dargelegten Verfahrensgestaltungen verschiedene Strukturelemente destillieren, die es rechtfertigen, von dem Verteilungsverfahren als einem eigenen Verfahrenstypus zu sprechen.¹⁵⁸

a) *Information aller potentiell interessierten und qualifizierten Personen*

Am Anfang jedes Verteilungsverfahrens steht die Information aller potentiell interessierten Personen über das »Ob«, »Wann« und »Wie« der Verteilung einer knappen Ressource. Die Verwaltung hat im Wege öffentlicher Bekanntmachung, Ausschreibung oder z.B. durch Rundschreiben insbesondere darauf hinzuweisen, welche Anforderungskriterien erfüllt sein müssen, um am Verfahren teilzunehmen, und nach welchen konkreten Kriterien ausgewählt wird. Nur auf diese Weise ist gesichert, daß alle interessierten qualifizierten Bewerber im Verteilungsverfahren berücksichtigt werden können und im Vorfeld keine sachwidrige Selektion seitens der Behörde stattfindet. Transparenz und Information wirken sich hier unmittelbar grundrechtssichernd aus. Explizit anerkannt hat die Rechtsprechung eine Ausschreibungspflicht beispielsweise in bezug auf die Vergabe von Stellen im Notariatswesen.¹⁵⁹ Defizite bestehen dagegen etwa im Bereich der Subventionsvergabe, der Vergabe von Gutachten, Dolmetscheraufträgen etc. im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozeß, der Bestellung von Insolvenz- und Konkursverwaltern¹⁶⁰ oder bei der Vergabe von Stellen im Beamtenrecht. So verpflichtet Art. 33 Abs. 2 GG nach Auffassung des BVerwG¹⁶¹ nicht zu einer – einfachgesetzlich nur eingeschränkt vorgesehenen¹⁶² – Ausschreibung neu zu besetzender Eingangs- und Beförderungstellen, was in der Literatur zu Recht stark kritisiert wird.¹⁶³

158 So wohl auch C. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 255-285, dessen Konzept eines »kooperativen Verteilungsverfahrens« aber noch zu unspezifisch bleibt.

159 BVerfGE 73, 280 (296).

160 Zu dieser Frage ist zur Zeit eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht anhängig, Az. 1 BvR 135/00.

161 Vgl. BVerwGE 56, 324 (327). Für Beförderungsämtler BVerwGE 49, 232 (243). Unklar BVerwGE 61, 325 (334). Eine Rechtspflicht zur dienststelleninternen Ausschreibung aus personalrechtlichen Gründen erkennt BVerwGE 79, 101 (105 ff.), an. Vgl. ferner BremStGH, DÖV 1993, S. 300; »Gesetzgebungsauftrag«.

162 Für Bundesbeamte vgl. §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BBG, § 4 Abs. 1 und 2 VLV. Die Ausschreibungspflicht nach § 8 Abs. 1 S. 1 BBG gilt nach h.M. nur für Eingangs-, nicht für Beförderungstellen, siehe § 23 BBG; BVerwGE 49, 232 (235); 56, 324 (327). Nachw. zum oft noch restriktiveren Landesrecht bei K.-H. Ladeur, Öffentliche Stellenausschreibung als Gewährung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst, Jura 1992, S. 77 (81) und H. Günther, Ausschreibung, ZBR 1987, S. 321 (323).

163 Vgl. H.-W. Laubinger, Gedanken zum Inhalt und zur Verwirklichung des Leistungsprinzips bei der Beförderung von Beamten, VerwArch. 83 (1992), S. 246 (268 ff.); W. Höfling,

b) Neutralitätssicherungen

Aufgrund der Anfälligkeit des Verteilungsverfahrens für sachwidrige Einflüsse bedarf es ferner besonderer Neutralitätssicherungen. Dazu gehören – sachbereichsbezogen differenziert – insbesondere strikte Befangenheitsregelungen und die vorherige präzise Festlegung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verteilungsverfahren¹⁶⁴ und der Vergabekriterien.

c) Unterrichtungspflicht zugunsten der Konkurrenten über die beabsichtigte Verteilungsentscheidung

Um einen effektiven (vorläufigen) Rechtsschutz zu ermöglichen (Art. 19 Abs. 4 GG), muß die für die Vergabe zuständige Stelle in den Fällen, in denen die Verteilungsentscheidung rechtlich oder faktisch nicht mehr oder nur unter großen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden kann, die nicht berücksichtigten Bewerber von der beabsichtigten Entscheidung rechtzeitig unterrichten. Die Unterrichtung muß den unterlegenen Bewerber in die Lage versetzen, zu erkennen, ob er rechtswidrig übergangen wurde, was regelmäßig die konkrete Beschreibung der erfolgreichen Bewerbung voraussetzt, und ob eine mögliche Klage Aussicht auf Erfolg hat. Für das Vergabeverfahren oberhalb der EG-rechtlichen Schwellenwerte ist diese Unterrichtungspflicht jetzt in § 13 VgV ausdrücklich normiert. Was die irreversible Ernennung von Beamten angeht, so hat das Bundesverfassungsgericht aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG die Verpflichtung des Dienstherren abgeleitet, unterlegene Bewerber innerhalb einer ausreichenden Zeitspanne vor der Ernennung des Mitbewerbers vom Ausgang des Bewerbungsverfahrens zu unterrichten¹⁶⁵; als ausreichende Zeitspanne wird ein Monat angesehen.¹⁶⁶

Verfassungsrechtliche Garantien des Art. 33 II GG, ZBR 1999, S. 73 (74); J. T. Koll, Verfassungsrechtliches Leistungsprinzip und Ausschreibung, LKV 2001, S. 394 (395 f.); G. Lübke-Wolff, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 1998, Art. 33, Rn. 35; M. Jachmann, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 33, Rn. 16, jeweils m.w.N. Zumindest für Eingangsstellen K.-H. Ladeur, Stellenausschreibung (Fn. 162), S. 81 ff., jeweils m.w.N. Zu Fällen, in denen auf eine Ausschreibung ausnahmsweise verzichtet werden kann, vgl. G. Lübke-Wolff und M. Jachmann, ebd.

164 Zur notwendigen Festlegung des Anforderungsprofils bei der Vergabe von Beamtenstellen vgl. VGH Kassel, ZBR 1994, S. 347 (348). Zust. G. Lübke-Wolff, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 1998, Art. 33, Rn. 46.

165 BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), NJW 1990, S. 501 f. Die Mitteilung stellt einen Verwaltungsakt dar, vgl. BVerwGE 80, 127 (129); Hess.VGH DöD 1995, S. 256. A.A. H.-U. Erichsen, Konkurrentenklage im öffentlichen Recht, Jura 1994, S. 385 (387).

166 Vgl. J. Martens, Wettbewerb bei Beförderungen, ZBR 1992, S. 129 (131) m.w.N. Zu den im einzelnen umstrittenen Anforderungen an den Inhalt der Mitteilung und die Begründung der getroffenen Auswahlentscheidung vgl. B. Wittkowski, Ansätze zur Lösung praktischer Probleme bei beamtenrechtlichen Konkurrentenanträgen, NVwZ 1995, S. 345 f.

d) *Trennung von Eignungsprüfung und Auswahlentscheidung*

Die Transparenz und Rationalität des Verteilungsverfahrens wird deutlich erhöht durch eine verfahrensmäßige Trennung der Prüfung der generellen Eignung eines Bewerbers und der eigentlichen Auswahlentscheidung, wie sie in neueren Gesetzen vorgesehen ist. Sie zwingt dazu, das Eignungsprofil der Bewerber jenseits der Auswahl-situation zu präzisieren, und vermeidet doppelten Prüfungsaufwand und Wettbewerbsverzerrungen.

e) *Rationale Auswahlkonzepte*

Dreh- und Angelpunkt der Verteilungsverfahren bleibt der Auswahlmodus. Hier ist ein Trend weg vom »Windhundprinzip« und weichen Maßstäben hin zu rationalen, wettbewerbsorientierten und verfahrensrechtlich abgestützten Verteilungskriterien zu verzeichnen. Neben der offenen Ausschreibung im Vergaberecht, bei der das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält,¹⁶⁷ und dem Versteigerungsverfahren im Telekommunikationsrecht¹⁶⁸ ist z.B. an die in einem Verordnungsentwurf der Kommission vom 26. Juli 2000¹⁶⁹ vorgesehene Ausschreibung öffentlicher Verkehrsleistung zu denken, mit der ein Paradigmenwechsel von der Direktvergabe einschließlich Beihilfenkontrolle zu einem diskriminierungsfreien und transparenten Wettbewerb um Konzessionen und Ausgleichszahlungen im öffentlichen Personenverkehr vollzogen werden soll.¹⁷⁰ Auch bei der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben im Wege des Public-Private-Partnership neigt man neuerdings zu vergaberechtlichen Lösungen.¹⁷¹ Ferner gehört in diesen Kontext die Allokation knapper Umweltressourcen durch die Einführung von Emissionszertifikaten, wie sie

167 Vgl. oben D I. 5. a).

168 Vgl. oben D I. 5. b). Zu anderen Einsatzfeldern des Versteigerungsverfahrens, z.B. bei der Verteilung von Lande- und Startberechtigungen auf Flughäfen (»Slots«), vgl. C. Koenig, Verteilungslenkung (Fn. 50), S. 408-412.

169 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen vom 26.7.2000. Gleichzeitig legte die Kommission einen Vorschlag für die Neufassung der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates v. 4.1.1970 (ABl.-EG Nr. L 130) über die Gewährung staatlicher Koordinierungsbeihilfen im Sektor des öffentlichen Transportwesens vor. Nach Art. 5 Nr. 1 Halbs. 1 des Verordnungsentwurfs sollen Dienstleistungsverträge im Anwendungsbereich der Verordnung grundsätzlich im Wege der Ausschreibung vergeben werden.

170 So F. Roth, Von der Direktvergabe zur Ausschreibung öffentlicher Verkehrsleistungen, NVwZ 2001, S. 616 (619 f.). Vgl. zu dieser Entwicklung auch den Vorlagebeschluß des BVerwG vom 6.4.2000 an den EuGH, DVBl. 2000, S. 1617 ff. mit Anmerkung K.-A. Sellmann.

171 Vgl. M. Burgi, Vergaberechtliche Fragen bei Privatisierungsvorgängen: Das Beispiel Zusammenarbeit mit dem Sicherheitsgewerbe, GewArch 2001, S. 217 ff.; ders., Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, DVBl. 2001, S. 601 (604-606).

im Kyoto-Protokoll vom 10.12.1997 vorgesehen¹⁷² und von der Europäischen Kommission im Grünbuch vom 8. März 2000 zum Handel mit Treibhausgasemissionen¹⁷³ vorgeschlagen worden ist.¹⁷⁴ Selbstverständlich werfen auch solche ökonomisch inspirierten Verteilungssysteme vielfältige Probleme auf. In der Praxis erweisen sie sich vor allem häufig als sehr aufwendig und regulierungsintensiv. Es wäre aber naiv, komplizierte Verteilungsentscheidungen mit einfachen Strategien bewältigen zu wollen. Komplexe Probleme bedürfen, wie auch das Planungsrecht lehrt, komplexer verfahrensrechtlicher Arrangements; ein Umstand, der das Ringen um Vereinfachung freilich nicht ausschließt!

II. *Qualitätssicherungsverfahren*

1. *Funktion: Hoheitliche Gewährleistung der Einhaltung spezifischer Qualitätsstandards durch private Akteure*

Einen zweiten neuartigen Verfahrenstypus bilden Verfahrensregelungen, die sich unter der Bezeichnung »Qualitätssicherungsverfahren« zusammenfassen lassen. Sie sind allesamt darauf gerichtet, die Beachtung spezifischer Qualitätsstandards durch private Akteure dauerhaft nach außen hin zu garantieren. Auf diese Weise soll ein qualitätsorientierter Vertrauenstatbestand geschaffen werden, an den die Rechtsordnung in unterschiedlicher Weise anknüpfen kann, und der es erlaubt, kosten- und zeitaufwendige hoheitliche Prüf- und Kontrollaufgaben in den privaten Sektor zu verlagern. Diese »Verfahrensprivatisierung«¹⁷⁵ führt nicht nur zu einer Entlastung der Behörde im Sinne größerer Verfahrenseffektivität und einer gemeinwohlorientierten Nutzbarmachung gesellschaftlicher Problemlösungskapazität und Innovationskraft. Vielmehr wird im Rahmen des Qualitätssicherungsverfahrens unter Einbezug der Öffentlichkeit ein dichtes Handlungsnetz zwischen staatlicher Aufsichtsbehörde, unterschiedlichen verselbständigten Verwaltungseinheiten, privaten

172 Vgl. Art. 3 Abs. 10 und 11 i.V.m. Art. 17 des Protokolls.

173 Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union, KOM (2000) 87 endg. vom 8.3.2000.

174 Vgl. zu den damit aufgeworfenen Problemen jüngst *H.-W. Rengeling*, Handel mit Treibhausgasemissionen, DVBl. 2000, S. 1725 ff.; *H.-J. Koch/A. Wieneke*, Klimaschutz durch Emissionshandel, DVBl. 2001, S. 1085 ff.; *A. Voßkuhle*, Rechtsfragen der Einführung von Emissionszertifikaten, UTR i.E.

175 *W. Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: *W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider* (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 9 (12 f.), ordnet die Verfahrensprivatisierung primär der funktionellen Privatisierung zu, weist aber darauf hin, daß sie in die Nähe der materiellen Aufgabenprivatisierung kommen kann, wenn eine staatliche Umsetzung oder Anerkennung der im Privatverfahren getroffenen Entscheidung unterbleibt.

Normungsorganisationen und Fachgutachtern sowie privaten Unternehmen geknüpft, die ihrerseits teilweise wieder hoheitsähnliche Funktionen übernehmen. An die Stelle punktueller hoheitlicher Dezsion treten damit zunehmend kontinuierliche Kommunikations- und Lernprozesse zwischen Behörde und Privaten.¹⁷⁶

2. Ausprägungen

a) Zertifizierungsverfahren

Ein erstes Bauelement solcher Qualitätssicherungsverfahren stellt das Zertifizierungsverfahren dar, dessen nähere Konturen sich an zwei prominenten Anwendungsfeldern aufzeigen lassen: dem Produktsicherheitsrecht (1) und dem Recht der elektronischen Signaturen (2).

(1) Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht

Überaus große praktische Bedeutung hat die Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht erlangt. Zur Harmonisierung der Sicherheitsanforderungen an Produkte, die von den Herstellern europaweit vertrieben werden können (z.B. Maschinen, Bauprodukte, Medizinprodukte, medizinische Geräte, Spielzeug, persönliche Schutzausrüstungen, Aufzüge), entwickelte der Rat in den achtziger Jahren in mehreren Schritten eine »Neue Konzeption« und ein »Globales Konzept« auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung.¹⁷⁷ Diese von den Mitgliedstaaten mittlerweile weitgehend umgesetzte Regelungsstrategie beruht auf drei Säulen:¹⁷⁸

- Die erste Säule bilden materielle Anforderungen an Produkte, die durch auf Art. 95 EG gestützte Richtlinien in Abkehr von der früheren Detailharmonisierung nur noch abstrakt festgelegt werden (sog. »grundlegende

176 So statt vieler *E. Schmidt-Aßmann/C. Ladenburger*, Umweltverfahrensrecht, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. I, 1998, § 18, Rn. 42 m.w.N.

177 Entschließung des Rates v. 7.5.1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABl. EG 1985, Nr. C 136, S. 1 ff.; Entschließung des Rates vom 21.12.1989 zu einem Gesamtkonzept für die Konformitätsbewertung, ABl. Nr. C 10, S. 1 ff. Vgl. im Vorfeld die Mitteilung der Kommission an den Rat vom 15.6.1989 über ein »Globales Konzept für Zertifizierung und Prüfwesen«, KOM (89) 209 endg v. 15.6.1989, ABl. EG 1989, Nr. C 267, S. 3 ff. Vgl. jetzt auch den Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Produktsicherheit, KOM (2000) 139 endg.

178 Zum Folgenden statt vieler *H. C. Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 4-8, sowie ausführlich *J. Janiszewski*, Gerätesicherheitsrecht, Kommentar, 1998, S. 205-248. Vgl. ferner *K.-C. Scheel*, Privater Sachverstand im Verwaltungsvollzug des Europäischen Rechts, 1999, S. 55 ff.

Anforderungen«).¹⁷⁹ Die Richtlinien werden näher konkretisiert in »harmonisierten« technischen Normen, die jeweils in besonderen Verfahren durch die Europäischen Normungsorganisationen erstellt werden und keine unmittelbare Verbindlichkeit besitzen.¹⁸⁰ Die Richtlinienkonformität eines Produkts wird jedoch vermutet, wenn es den technischen Normen entspricht.¹⁸¹

- Die zweite Säule des neuen Konzepts wird verkörpert durch das sog. *Konformitätsbewertungsverfahren*. Bevor Produkte in den Verkehr gebracht werden dürfen, muß ihre Konformität mit den Anforderungen der Richtlinien überprüft, bescheinigt und durch Anbringen eines CE-Zeichens¹⁸² nach außen dokumentiert werden. Im Modulbeschluß vom 22.7.1993¹⁸³ sind dazu verschiedene Formen des Konformitätsbewertungsverfahrens entwickelt worden (sog. Module). Das Spektrum reicht von einer internen Fertigungskontrolle (Modul A), über eine Baumusterprüfung (Modul B) bis hin zur Einzelprüfung (Modul G). Welche der Konformitätsbewertungsverfahren für bestimmte Produkte Anwendung finden, ist in den jeweiligen Produktrichtlinien festgelegt¹⁸⁴ und hängt u.a. vom Gefahrenpotential des Produkttypus ab; teilweise hat der Hersteller hier auch die Wahl zwischen verschiedenen Verfahren.¹⁸⁵ Während die i.d.R. vorgesehene interne Fertigungskontrolle durch den Hersteller selbst erfolgt, der dann auch das CE-Zeichen anbringt, müssen in anderen Konformitätsbewer-

179 Eine Liste der verabschiedeten und in Vorbereitung befindlichen Richtlinien findet sich unter: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/s06011.htm>.

180 Vgl. dazu statt vieler übersichtlich *P. Marburger/R. Enders*, Technische Normung im europäischen Gemeinschaftsrecht, Jb UTR 27 (1994), S. 333 ff.; *K. Vieweg*, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normung, Jb UTR 27 (1994), S. 509 ff.; *M. Schulte*, Materielle Regelungen: Umweltnormung, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), EUDÜR, Bd. I, 1998, § 17. Vgl. ferner *R. Rönck*, Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1995.

181 Für gemeinschaftsrechtswidrig halten diese Praxis *R. Rönck*, Technische Normen (Fn. 180), S. 170 ff.; *M. Schulte*, Umweltnormung (Fn. 180), § 17, Rn. 53-59. Dagegen aber zutreffend *U. Di Fabio*, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996, S. 6 ff.; *T. v. Danwitz*, Europarechtliche Beurteilung der Umweltnormung: Kompetenzen – Legitimation – Binnenmarkt, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), Umweltnormung, 1998, S. 187 (205 ff.).

182 »CE« steht für »Communautés européennes«. Daneben existiert in der Bundesrepublik Deutschland auch das Zeichen »GS«, das für »geprüfte Sicherheit« steht (vgl. § 3 Abs. 4 GSG) und in einem ähnlichen Verfahren wie das CE-Zeichen vergeben wird.

183 Beschluß des Rates v. 22.7.1993 über die in den technischen Harmonisierungsrichtlinien zu verwendenden Module für die verschiedenen Phasen der Konformitätsbewertungsverfahren und die Regeln für die Anbringung und Verwendung der CE-Kennzeichnung (93/465/EWG), ABl. EG 1993, Nr. L 220, S. 23 (ersetzt Beschluß 90/683/EWG, ABl. EG 1990, Nr. L 380, S. 13).

184 Die Umsetzung einer großen Zahl von Richtlinien erfolgt mittels spezieller Verordnungen unter dem Dach des Gerätesicherheitsgesetzes, vgl. die Übersicht bei *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 143 f.

185 Vgl. z.B. Art. 11 Abs. 1 bis 3 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte).

tungsverfahren als neutrale Dritte »Benannte Stellen« (»notified bodies«)¹⁸⁶ eingeschaltet werden. Diese führen dann die erforderlichen Prüfungen durch und zertifizieren Produkte durch die Ausstellung von Konformitätsbescheinigungen. Mit der Anbringung des CE-Zeichens ist das Produkt EG-weit unbeschränkt verkehrsfähig. Insbesondere sind weitere Zulassungsverfahren durch einen Mitgliedstaat unzulässig.

- Als dritte Säule im neuen Konzept des Produktsicherheitsrechts fungiert die *Marktüberwachung*. Sie obliegt den Behörden der Mitgliedstaaten, die kontrollieren, ob Produkte am Markt auftreten, die nicht den Anforderungen der Richtlinien entsprechen oder nicht korrekt mit dem CE-Zeichen gekennzeichnet sind. Im Rahmen dieser Überwachungstätigkeit sind, wie H.-C. Röhl¹⁸⁷ zutreffend hervorhebt, »ausdifferenzierte Kooperationsmechanismen vorgesehen, die von informeller Zusammenarbeit, institutionalisierter Kooperation in Gremien unter dem Dach der Kommission sowie förmlichen Mechanismen zum Informationsaustausch bis hin zu einem formalisierten Entscheidungszusammenhang, den Schutzklauselverfahren, reichen.«

An dieser Stelle ist lediglich Organisation und Durchführung des Zertifizierungsverfahrens durch die »Benannten Stellen« von Interesse. Bei diesen handelt es sich in der Regel um private Prüf- und Zertifizierungsorganisationen, die auch auf dem freien Markt Dienstleistungen anbieten.¹⁸⁸ Ihre Auswahl und Benennung erfolgt im Rahmen eines sog. Akkreditierungsverfahrens, auf das noch zurückzukommen sein wird.¹⁸⁹ Das Globale Konzept und die europäischen Richtlinien geben insoweit – wie auch für das eigentliche Zertifizierungsverfahren – lediglich relativ grobe Mindestkriterien vor. Diese Anforderungen sind in den mittelbar verbindlichen¹⁹⁰ technischen Normen der DIN EN-Reihen 45000¹⁹¹ weiter konkretisiert. In den deutschen Umsetzungsrege-

186 Der Begriff erklärt sich daraus, daß diese Stellen der Kommission gemeldet (benannt, notifiziert) werden müssen. Das Gerätesicherheitsrecht spricht von »zugelassenen Stellen«, vgl. § 9 Abs. 1 GSG. Die amtlichen deutschen Versionen sprechen aber i.d.R. von »benannten Stellen«, vgl. Richtlinie 98/37/EG vom 22.6.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten für Maschinen, ABl. Nr. L 201 vom 23.7.1998, S. 1. Diese Richtlinie ist in Deutschland umgesetzt durch die 9. Verordnung zum Gerätesicherheitsgesetz (Maschinenverordnung) vom 12.5.1993 (BGBl. I, S. 704), geändert d. VO v. 28.9.1995, BGBl. I, S. 1213.

187 H. C. Röhl, Akkreditierung (Fn. 178), S. 6 f.

188 Die aktuelle Liste der benannten Stellen ist auf der homepage des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung abrufbar unter www.bma.de/arbeitschutz. Eine europäische Datenbank führt die European Organization for Testing and Certification EOTC unter www.eotc.be.

189 Vgl. unten D. II. 2. b).

190 Vgl. H. C. Röhl, Akkreditierung (Fn. 178), S. 56-59. Durch die Akkreditierungsstellen werden die Zertifizierungsstellen i.d.R. auf Einhaltung der DIN EN-Reihe 45000 verpflichtet.

191 Vgl. H. C. Röhl, S. 53 Fn. 4.

lungen¹⁹² wird häufig lediglich auf die Einhaltung der durch die Richtlinien vorgegebenen Mindestkriterien verwiesen.¹⁹³

Das Rechtsverhältnis zwischen den »Benannten Stellen« und den Herstellern ist bis auf wenige Ausnahmen¹⁹⁴ privatrechtlich ausgestaltet. Gleichwohl üben die »Benannten Stellen« eine hoheitliche Tätigkeit aus, da sie als einzige Stelle abschließend und bindend, mithin grundrechtsrelevant in Vollziehung öffentlich-rechtlicher Normen über die Marktzulassung entscheiden.¹⁹⁵ Dieser hoheitlichen Funktionswahrnehmung entspricht es auch, daß das eigentliche Verfahren der Zertifizierung in Anlehnung an verwaltungsverfahrenrechtliche Institute durch Richtlinien und Umsetzungsrecht in groben Zügen rechtsstaatlich vorkonturiert ist. Öffentliches Recht und Privatrecht bilden hier eine wechselseitige Auffangordnung.¹⁹⁶ Zentrale Elemente des Zertifizierungsverfahrens sind:

- Antragstellung des privaten Dienstleisters,
- Beratungspflicht im Vorfeld der Antragstellung¹⁹⁷,
- Festlegung einzelner Verfahrensregeln vor ihrer Anwendung¹⁹⁸,
- Informationsrechte der »Benannten Stelle«¹⁹⁹,

192 Vor allem unter dem Dach des Gerätesicherheitsgesetzes (GSG) und der aufgrund dieses Gesetzes (§ 4 GSG) erlassenen Rechtsverordnungen (vgl. die aktuellen Nw. in Fn. 4 zum GSG in der Gesetzessammlung Sartorius I) sind zahlreiche Produktrichtlinien in das deutsche Recht umgesetzt worden, dazu etwa *F.-J. Peine*, Gesetz über technische Arbeitsmittel, 2. Aufl. 1995, Einführung, Rn. 93 ff., sowie den Überblick bei *T. Klindt*, 30 Jahre Gerätesicherheitsgesetz – Schiefenlagen der Praxis, NVwZ 1999, S. 1177 ff., und *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 12-21 m.w.N.

193 Vgl. § 14 MPV, § 3 Abs. 4 EIV, § 7g EichO. In einigen Gesetzen ist die Zertifizierungsstelle bereits durch das Gesetz benannt, vgl. z.B. § 12a Abs. 4 S. 1 Erste Verordnung zum Spengstoffgesetz i.d.F. d. Bek. v. 31.1.1991 (BGBl. I, S. 169), zul. geändert d. G. v. 23.6.1998 (BGBl. I, S. 1530); Anlage 9 Nr. 2.4. Eichordnung v. 12.8.1988 (BGBl. I, S. 1657), zul. geändert durch VO v. 29.6.1998 (BGBl. I, S. 1762), § 5 i.V.m. Anlage I Nr. A 1 I SchSV.

194 Z.B. im Bereich des TKG und EMVG, vgl. dazu *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 16-18.

195 Deutlich *K.-C. Scheel*, »Benannte Stellen«: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBl. 1999, S. 442 (446 f.); *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 24-26. A.A. *F.-J. Peine*, Gerätesicherheitsgesetz, 2. Aufl. 1995, § 9, Rn. 21. Zust. *M. Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 (167, Fn. 18). Die Qualifikation als hoheitliche Tätigkeit zwingt indes nicht dazu, die »Benannten Stellen« als »Beliehene« anzusehen, vgl. überzeugend gegen *K.-C. Scheel*, ebd., und *S. Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 329 f.; *A. Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S. 172, 269-271 und *H.-C. Röhl*, ebd., S. 26-28, der vor allem auf die internationale Tätigkeit der »Benannten Stellen« hinweist, auf die das für Beliehene zur Anwendung kommende nationale Recht nicht paßt.

196 Vgl. dazu die Beiträge in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996.

197 Vgl. z.B. Nr. 8.1.2. und 8.1.4. DIN EN 45011.

198 Vgl. z.B. Nr. 4.6. DIN EN 45011.

199 Vgl. z.B. § 9 Abs. 5 MPV, § 8 Abs. 2 FTG-Entw., Art. 11 Abs. 10 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte).

- Verpflichtung der »Benannten Stelle«, persönliche Daten nicht preiszugeben²⁰⁰,
- Begründungspflichten bei ablehnenden Entscheidungen²⁰¹,
- Verpflichtung, Tarife nicht unangemessen auszugestalten.²⁰²

Die Gültigkeit der Entscheidung ist i.d.R. auf fünf oder zehn Jahre begrenzt. Danach muß ein Antrag auf Verlängerung gestellt werden. Liegen die Voraussetzungen für die Konformitätserteilung nicht mehr vor, etwa weil Mängel bei der Qualitätssicherung bestehen, hat die »Benannte Stelle« die Entscheidung aufzuheben. Die Möglichkeit zu einer solchen einseitigen Aufhebung, von der auf die permanente Einhaltung des vorgegebenen Qualitätsstandards geschlossen werden kann, ist durch vertragliche Vereinbarungen sicherzustellen.²⁰³ Vor der Aufhebung muß der Hersteller angehört werden.²⁰⁴ Für den Fall, daß die Konformitätsbescheinigung abgelehnt wird, ist schließlich ein Einspruchsverfahren vorzuhalten,²⁰⁵ das die Funktion eines Widerspruchsverfahrens übernimmt. Die von einem Mitgliedstaat »Benannten Stellen« dürfen ihre Tätigkeit europaweit ausüben. Jeder Hersteller kann sich an eine Stelle seiner Wahl wenden.

Nach alledem wird im Produktsicherheitsrecht mit dem Zertifizierungsverfahren ein ganz eigenständiger, europäisch ausgerichteter Verfahrenstypus sichtbar, der sich aufgrund der materiellen Regelungsdichte der bestehenden Vorschriften, die statt von Hoheitsträgern lediglich von privaten Akteuren unter der Kontrolle des Staates vollzogen werden, deutlich abhebt von anderen Varianten der regulierten Selbstregulierung.²⁰⁶

(2) *Zertifizierung im Recht elektronischer Signaturen*

Zentrale Bedeutung kommt dem Zertifizierungsverfahren auch als Bestandteil der Sicherheitsinfrastruktur für elektronische Signaturen zu. Elektronische Signaturen sind die Basistechnologie des elektronischen Rechtsverkehrs. Sie sind notwendig, um die Unversehrtheit eines elektronischen Dokuments (In-

200 Vgl. z.B. Anh. XI Nr. 7 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte). Vgl. auch Nr. 4.10 DIN EN 45011.

201 Vgl. z.B. Anh. II Nr. 3.3 und 3.4. RL 93/42/EWG (Medizinprodukte).

202 Vgl. z.B. Nr. 4.1.1 DIN EN 45011, Nr. 4.1.1 DIN EN 45012, Anh. II Nr. 1 RL 1999/36/EG (ortsbewegliche Druckgeräte).

203 Die Verpflichtung, solche einseitigen Aufhebungsmöglichkeiten vorzusehen, ergibt sich etwa aus Art. 16 Abs. 6 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte); Art. 15 Abs. 6 RL 98/79/EG (In-vitro-Diagnostika).

204 Vgl. z.B. § 4 Abs. 3 MPV.

205 Vgl. z.B. Anh. II 1. Nr. 5 RL 93/15/EG (Explosivstoffe), Anh. III Modul B Nr. 5 RL 97/23/EG (Druckgeräte).

206 So auch H. C. Röhl, Akkreditierung (Fn. 178), S. 22. Als »regulierte Selbstregulierung« wird das Verfahren qualifiziert von U. Di Fabio, Produktharmonisierung (Fn. 181), S. 64; M. Schmidt-Preuß, Verwaltung (Fn. 195), S. 173, Fn. 38.

tegrität) und seine Herkunft von einer bestimmten Person (Authentizität) nachweisen zu können. Dies geschieht durch Verschlüsselung einer Datei oder eines Dateizugangs mit einem allein einer Person zurechenbaren geheimen Schlüssel. Zur Gewährleistung eines bestimmten Sicherheitsstandards ist im neuen Signaturgesetz (SigG), das am 22.5.2001 in Kraft trat²⁰⁷ und mit dem die Vorgaben der Signaturrichtlinie aus dem Jahre 2000²⁰⁸ umgesetzt worden sind, eine Zertifizierung der Signaturverfahren durch eine private Zertifizierungsstelle vorgesehen. Es sind insofern drei Formen von Signaturverfahren zu unterscheiden, die jeweils unterschiedlich hohe Sicherheits-, Nachweis- und Kontrollstandards aufweisen:

- *Sonstige Signaturverfahren*, die keiner staatlichen Kontrolle unterliegen, aber weiterhin auf dem privaten Markt angeboten werden können (§ 1 Abs. 2 SigG).
- *Qualifizierte elektronische Signaturverfahren*. Bei ihnen erfolgt eine Zertifizierung. Die Einhaltung der im Signaturgesetz vorgesehenen Anforderungen an die Organisation und Kompetenz der Zertifizierungsstelle sowie das Zertifizierungsverfahren (§§ 4 bis 10 SigG) werden hier aber nicht vorab von einer staatlichen Behörde geprüft, sondern zur Aufnahme des Betriebs des Zertifizierungsdienstes reicht eine Anzeige (§ 4 Abs. 1 und Abs. 3 SigG). Die entsprechenden Unternehmen unterliegen zwar der Aufsicht der Regulierungsbehörde (§ 3 SigG), mangels systematischer Prüfung kann aber die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht garantiert werden.²⁰⁹
- *Akkreditierte elektronische Signaturverfahren*. Sie entsprechen dem geprüften Sicherheitsniveau des alten SigG. Die Einhaltung der im SigG vorgesehenen Anforderungen für die Vergabe qualifizierter Signaturen wird hier von der Regulierungsbehörde, die sich dabei privater Stelle bedienen kann (§ 15 Abs. 1 S. 1 SigG), vor Betriebsaufnahme geprüft und durch Vergabe eines Gütezeichens nach außen dokumentiert (§ 15 Abs. 1 S. 2 und S. 3 SigG). Mit diesem Gütezeichen wird der »Nachweis der umfassend geprüften technischen und administrativen Sicherheit für die auf

207 Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (Art. 1 des Gesetzes über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften) vom 16.5.2001 (BGBl. I, S. 876). Es ersetzt das Signaturgesetz vom 22.7.1997 (BGBl. I, S. 1870).

208 RL 99/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (RLeS), ABl. 2000, Nr. L 13, S. 12. Erforderlich waren vor allem Änderungen hinsichtlich der Zulassungsfreiheit von Zertifizierungsstellen (Art. 3 Abs. 1 RLeS), der Einführung eines Überwachungssystems (Art. 3 Abs. 3 und 4 RLeS), der Einführung einer Haftungsregelung (Art. 6 RLeS) und der internationalen Anerkennung von Signaturen (Art. 7 RLeS), vgl. A. Roßnagel, Der europäische Standard: Die elektronische Signatur der europäischen Richtlinie, in: I. Geis (Hrsg.), Die digitale Signatur – eine Sicherheitstechnik für die Informationsgesellschaft, 2000, S. 195 (206 ff.).

209 Krit. A. Roßnagel, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, DÖV 2001, S. 221 (224).

ihren qualifizierten Zertifikaten beruhenden qualifizierten elektronischen Signaturen zum Ausdruck gebracht« (§ 15 Abs. 1 S. 4 SigG). Nur akkreditierte Signaturen sind langfristig über 30 Jahre online überprüfbar.

Die Art und Weise der Zertifizierung entscheidet über das Vertrauen, das der elektronischen Signatur im Rechtsverkehr entgegengebracht wird. Für die Einhaltung der gewillkürten Schriftform reicht meistens eine signierte elektronische Erklärung aus, die mit einer »sonstigen Signatur« (§ 1 Abs. 2 SigG) versehen ist (vgl. jetzt z.B. 127 Abs. 3 BGB). Soweit die elektronische Form die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ersetzen kann (z.B. § 126 Abs. 3 BGB), bedarf es regelmäßig einer qualifizierten elektronischen Signatur (vgl. z.B. 126a BGB²¹⁰), die nach der Signaturrichtlinie den europaweit anerkannten Standard verkörpert (Art. 7 RLeS, § 23 Abs. 1 SigG). Eine Ausnahme, die vom Gemeinschaftsrecht gedeckt ist (vgl. Art. 3 Abs. 7 RLeS), sieht z.B. § 37 Abs. 4 VwVfG i.d.F. des 3. VwVfGÄndG vom 21. August 2002 (BGBl. I, S. 3322) für elektronische Verwaltungsakte vor, die dem Schriftformerfordernis unterliegen: Hier kann durch Rechtsverordnung die dauerhafte Überprüfbarkeit vorgeschrieben werden, wie dies zur Zeit nur durch die akkreditierte elektronische Signatur i.S.d. § 15 SigG gewährleistet wird.²¹¹

Betrachtet man das Verfahren der Zertifizierung genauer, so zeigt sich, daß die Struktur derjenigen im Produktsicherheitsrecht sehr ähnelt. Zunächst werden zur organisatorischen Abstützung des Verfahrens dezidierte Anforderungen an das private Zertifizierungsunternehmen festgelegt. Das Zertifizierungsverfahren selbst, das – wiederum wie im Produktsicherheitsrecht – Abschluß und Inhalt eines privatrechtlichen Vertrages dirigiert, ist dagegen eher rudimentär geregelt:

- So muß der *Zertifikatsnachfrager* vom Zertifizierungsdiensteanbieter zunächst zuverlässig *identifiziert* werden (§ 5 Abs. 1 S. 1 SigG).
- Das qualifizierte Zertifikat muß jederzeit für jeden mit Zustimmung des Signaturschlüsselinhabers über *öffentlich* erreichbare Kommunikationsverbindungen *nachprüfbar* und *abrufbar* sein (§ 5 Abs. 1 S. 2 und 3 SigG).
- Es besteht eine *Unterrichtungspflicht* des Zertifizierungsdiensteanbieters gegenüber dem Antragsteller über Maßnahmen, die erforderlich sind, um zur Sicherheit von qualifizierten elektronischen Signaturen und zu deren zuverlässiger Prüfung beizutragen (§ 6 Abs. 1 SigG), sowie über die Rechtswirkung einer elektronischen Signatur im Rechtsverkehr (§ 6 Abs. 2 SigG).

210 Neu eingefügt in das BGB durch das Artikelgesetz zur »Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsverkehr« vom 13.7.2001 (BGBl. I, S. 1542).

211 Vgl. auch A. Voßkuhle, Die Verwaltung in der Informationsgesellschaft – Informationelles Verwaltungsorganisationsrecht, i.E.

- Das qualifizierte Zertifikat muß eine Reihe von speziellen *Angaben* enthalten (§ 7 SigG).

(3) Sonstige Zertifizierungsverfahren

Neben den beiden hier ausführlicher vorgestellten Zertifizierungsverfahren bestehen noch eine Reihe weiterer Sachbereiche, in denen ähnliche Verfahren zur Anwendung kommen. Zu denken ist hier u.a. an:

- die Zertifizierung von Entsorgungsfachbetrieben durch private technische Überwachungsorganisationen im Abfallrecht,²¹²
- die Zertifizierung informationstechnischer Systeme und Komponenten nach § 4 des Gesetzes über die Errichtung des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG)²¹³ i.V.m. der BSI-Zertifizierungsverordnung²¹⁴,
- die Zertifizierung von Kursen zur Beseitigung von Eignungsmängeln beim Führen von Kraftfahrzeugen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. d StVG),
- die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen nach dem neuen Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) vom 26.6.2001²¹⁵,
- die Bescheinigung der Übereinstimmung von Vergabeverfahren mit den §§ 97 bis 101 GWB und den nach §§ 7 bis 16 VgV anzuwendenden Vergabebestimmungen durch akkreditierte unabhängige private Prüfer.²¹⁶

All diese Beispiele dürfen als Beleg für die zunehmende Attraktivität der Zertifizierung als funktionales Äquivalent für rein staatliche Qualitätssicherungsverfahren gelten. Nicht von ungefähr existieren schon seit längerem vielfältige Zertifizierungsverfahren als Bestandteil des privaten Qualitätsmanagements in privaten Unternehmen oder sozialen Einrichtungen. Sie orientieren sich meistens an sog. technischen Normen, die von privatrechtlich verfaßten Normungsorganisationen (DIN, VDI, ISO)²¹⁷ erarbeitet werden.²¹⁸

212 § 14 Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe (EfBV) v. 10.9.1996 (BGBl. I, S. 1421).

213 v. 17.12.1990 (BGBl. I, S. 2834).

214 BSI-Zertifizierungsverordnung vom 7.7.1992 (BGBl. I, S. 1230). Vgl. dazu *J. Bizer/A. Roßnagel*, Sicherheit in der Informationstechnik – Aufgabe für ein neues Bundesamt, KJ 1990, S. 436 ff.; *A. Jenne/H. Kersten/K.-W. Schröder*, Sicherheitszertifizierung des BSI, CR 1996, S. 702 ff.; *M. Blattner-Zimmermann*, Warum (BSI-)Zertifikate?, DuD 1998, S. 222 ff.

215 Art. 7 des Altersvermögensgesetzes v. 26.6.2001 (BGBl. I, S. 1310 [1322]). Ausführlich dazu *P. Präve*, Das Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG), VW 2001, S. 796 ff., 800 ff., 804 ff., 808 ff.

216 Vgl. § 19 VgV.

217 Immer noch grundlegend *P. Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979.

218 Vgl. z.B. zur praktisch bedeutsamen Zertifizierung von Qualitätsmanagementsystemen nach DIN EN ISO 9000 ff.; *R. Steinbrück*, Zertifizierung von Anwaltskanzleien nach DIN EN ISO 9000 ff., AnwBl. 1999, S. 372 ff.; *W. Stückemann*, Werbung mit Zertifizierung nach DIN ISO 9001 gestattet, AnwBl. 2001, S. 111 ff. Krit. *J. Merchel*, Qualitätsentwicklung statt Zertifizierung: Zur Problematik der Zertifizierung von Einrichtungen und Diensten der Sozialen Arbeit, NDV 2001, S. 75 ff. Vgl. ferner etwa *R. Lux/I. Jungmann*, Zertifizierung von Immobiliensachverständigen in der Kreditwirtschaft, Bank 1998, S. 738 ff.

b) Akkreditierungsverfahren

Häufig,²¹⁹ aber nicht notwendig verknüpft mit dem Zertifizierungsverfahren sind die bereits erwähnten Akkreditierungsverfahren. Durch die Akkreditierung²²⁰ übernimmt der Staat nach außen hin die Gewähr dafür, daß private Akteure, die am Markt gemeinwohlrelevante Dienstleistungen erbringen, dauerhaft spezielle Qualitätsstandards erfüllen. Ungeachtet einer nicht immer ganz einheitlichen Terminologie liegt der Unterschied zur Zertifizierung darin, daß nicht die Qualität eines Produkts, sondern die »Qualität« einer handelnden Person garantiert wird. Ihr soll ein ähnliches Vertrauen²²¹ in bezug auf eine sachgerechte und neutrale Aufgabenwahrnehmung entgegengebracht werden können wie einem Hoheitsträger²²², ohne daß damit notwendig eine Beleihung im herkömmlichen Sinne verbunden wäre.²²³ Vielmehr verlagert der Staat seine Überwachungsverantwortung weitgehend in den privaten Sektor²²⁴ und beschränkt sich auf eine begleitende Kontrolle der privaten Kontrolleure.

Zur Analyse des Akkreditierungsverfahrens kann außer auf das Beispiel des Produktsicherheitsrechts und des Rechts der elektronischen Signatur auf die Akkreditierung von Umweltgutachtern im Rahmen der Durchführung des noch näher zu behandelnden Umwelt-Audit-Verfahrens²²⁵ zurückgegriffen werden.

Der erste Blick gilt den Akkreditierungsvoraussetzungen. Versucht man die verstreuten Regelungen insofern zusammenzufassen, so erscheinen folgende Anforderungen wesentlich²²⁶:

– Zuverlässigkeit und Fachkunde²²⁷ auch des Personals²²⁸,

219 Vgl. oben D. II. 2. a) (1).

220 Der Sprachgebrauch ist nicht immer eindeutig. Teilweise wird der Begriff der Akkreditierungsverfahren auch für Verfahren verwendet, die nach den hier erarbeiteten Kriterien eher Zertifizierungsverfahren sind, vgl. z.B. A. Schade, Akkreditierung: Gütesiegel für Bachelor- und Masterstudiengänge im Wettbewerb der Hochschulen, RdJB 48 (2000), S. 389 (394 ff.).

221 Deutlich etwa Erwägungsgrund 11 zur Signaturrechtlinie (Fn. 208): Die Akkreditierungssysteme sollen »den geeigneten Rahmen für die Weiterentwicklung der Zertifizierungsdienste« bieten, »um das auf dem sich entwickelnden Markt geforderte Maß an Vertrauen, Sicherheit und Qualität zu erreichen. Diese Systeme sollten die Entwicklung bester Praktiken durch Zertifizierungsdiensteanbieter fördern.«

222 Zur Neutralität des Hoheitsträgers vgl. jetzt grundlegend M. Fehling, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001.

223 Vgl. oben Fn. 195.

224 Zu weiteren Formen der Verlagerung der Kontrollverantwortung auf Private vgl. A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung, in: G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat, 1999, S. 47 (74-76) m.w.N.

225 Vgl. unten D. II. 2 c) (1).

226 Vgl. auch A. Seidel, Privater Sachverstand (Fn. 195), S. 171-180.

227 Vgl. § 4 Abs. 2 SigG; § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GSG.

228 Vgl. § 5 Abs. 5 SigG; § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GSG.

- ausreichende personelle und sachliche Ausstattung,²²⁹
- Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Stelle und ihres Personals,²³⁰
- Prinzip der Eigenverantwortlichkeit²³¹ und Verbot der Aufgabendelegation. Die Vergabe von Unteraufgaben an Dritte im Rahmen der Zertifizierungstätigkeit ist regelmäßig an detaillierte Erfordernisse geknüpft,²³²
- Transparenz- und Dokumentationspflichten,²³³
- Verwendung bestimmter anerkannter technischer Komponenten,²³⁴
- Dokumentation der Sicherheitsvorkehrungen,²³⁵
- Errichtung von Qualitätsmanagementsystemen,
- Überwachung durch die Akkreditierungsbehörde,²³⁶
- Anzeigepflicht bei Einstellung der Tätigkeit,²³⁷
- Bestehen einer Haftpflichtversicherung.²³⁸

Durch dieses ausdifferenzierte Anforderungsprofil soll eine sachlich kompetente und vor allem neutrale Aufgabenwahrnehmung durch die privaten Akteure gewährleistet werden. Es handelt sich darüber hinaus um vertrauensbildende Maßnahmen, mit denen die geringe demokratische Legitimation der Zertifizierungsstellen zusätzlich abgestützt werden kann.²³⁹

Das Verfahren für die Anerkennung der privaten Zertifizierungsstellen und Prüflaboratorien richtet sich grundsätzlich nach dem VwVfG.²⁴⁰ Soweit die einschlägigen Akkreditierungsvoraussetzungen erfüllt sind, besteht ein Anspruch auf Anerkennung.²⁴¹ Das Akkreditierungsverfahren entspricht von

- 229 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 GSG; Anh. XI Nr. 3 und 4 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte), Anhang VII, Nr. 4 und 6 RL 89/392/EWG (Maschinen).
- 230 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GSG; Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) vom 19.3.2001 (EG-UAVO). Vgl. dazu *H.-J. Müggenborg*, Der Prüfungsumfang des Umweltgutachters nach der Umwelt-Audit-Verordnung, DB 1996, S. 125 f.; *N. Kollmer*, Die Unabhängigkeit von Prüf- und Zertifizierungsstellen nach dem Gerätesicherheitsgesetz, GewArch 1999, S. 48 (51-54).
- 231 Die Zertifizierungsstellen müssen für ihre Entscheidungen »verantwortlich« sein, vgl. z.B. DIN EN 45011, Nr. 4.2. a)-c) und Art. 5 Abs.1 EG-UAVO.
- 232 Vgl. §§ 4 Abs. 5, 24 SigG; § 9 Nr. 4 BanerKv; § 8 Nr. 4 BakkrV; 3 Abs. 5 BauPG-PÜZAnerkV, Anh. XI Nr. 2 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte); DIN EN 45011, Nr. 12.3.
- 233 Anh. XI Nr. 2 Unterabs. 2 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte); Art. 15 Abs. 7 RL 98/79/EG (In-vitro-Diagnostika, DIN EN 45011, Nr. 4.2. k) und Nr. 4.5, sowie Nr. 4.8. Vgl. auch § 3 Nr. 5 BANerkV, §§ 4-9 PÜZAnerkV.
- 234 Vgl. §§ 5 Abs. 5, 17, 23 Abs. 3 SigG.
- 235 Vgl. § 10 Abs.1 SigG.
- 236 Deutlich Modul-Beschluß (Fn. 183), Anh. I A k); § 9 Abs. 4 S. 2 GSG; § 20 MPG; § 3 Abs. 10 EIV; § 12c Abs. 4 1. SprengV; § 13 Abs. 1 BakkrV; § 14 Abs. 1 BanerKv; § 4 Abs. 3 BauPG-PÜZAnerkV.
- 237 Vgl. § 13 SigG.
- 238 § 12 SigG; § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GSG.
- 239 Weiter entfaltet ist dieser Gedanke bei *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 44-51.
- 240 Vgl. *J. Janiszewski*, Gerätesicherheitsrecht (Fn. 178), S. 115 f.
- 241 Für das Produktsicherheitsrecht vgl. *H. C. Röhl*, Akkreditierung (Fn. 178), S. 74 f. m.w.N.

seiner Struktur her damit weitgehend dem herkömmlichen Genehmigungsverfahren bei einer Betätigungszulassung. Es weist indes auch einige Besonderheiten auf. Den Grund dafür bildet die Wahrnehmung vollzugsähnlicher Aufgaben.

- So bestehen zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherungen, die über das herkömmliche Genehmigungsverfahren hinausgehen und die dazu dienen, die Qualität der akkreditierten Stellen durchgehend zu garantieren. Dazu gehören:
 - die teilweise vorgesehene zwingende Beiziehung externer privater Sachverständiger bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Akkreditierung²⁴²,
 - die gesetzliche Verpflichtung, die Einhaltung der Akkreditierungsvoraussetzungen in regelmäßigen Abständen zu kontrollieren²⁴³ und bei Nichterfüllung die Anerkennung aufzuheben.
- Zur Kontrolle und damit sich die Kunden am Markt orientieren können, muß schließlich die Anerkennung nach außen durch Vergabe eines Gütezeichens dokumentiert²⁴⁴ oder öffentlich in den jeweiligen Amtsblättern bekannt gemacht werden.²⁴⁵

c) *Audit-Verfahren*

Die anspruchsvollste Variante des Qualitätssicherungsverfahrens stellt das sog. Audit-Verfahren dar,²⁴⁶ das aus dem angelsächsischen Rechtskreis stammt²⁴⁷ und als absolutes Novum²⁴⁸ im deutschen Verfahrensrecht gelten darf. Während Zertifizierungs- und Akkreditierungsverfahren in erster Linie der dauerhaften Gewährleistung der Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards durch private Akteure dienen, zielt das Auditverfahren als staatlich kontrollierte Form eigenverantwortlich durchgeführter Selbstkontrolle darüber hinaus auf eine kontinuierliche Verbesserung dieser Qualitätsstandards.²⁴⁹ Er-

242 Vgl. § 15 Abs. 2 S. 1 SigG; Nr. 2.3. DIN EN 45010.

243 Vgl. § 15 Abs. 2 S. 2 SigG. Nach § 9 Abs. 3 S. 4 GSG ist die Akkreditierung zu befristen. Vgl. ferner allgemein § 20 Abs. 4 MPG; § 9 EMVG.

244 Vgl. § 15 Abs. 1 S. 3 SigG.

245 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 S. 1 GSG.

246 Der Begriff Audit (lat. audire – hören) entstammt dem Sprachgebrauch der Wirtschaftsprüfer und bezeichnet dort die Buch- und Rechnungsprüfung bei einem Unternehmen, vgl. P. Kothe, Das neue Umweltauditrecht, 1997, Rn. 9.

247 Vgl. R. Lechelt, System des Umweltaudits, Entstehungsgeschichte, in: W. Ewer/R. Lechelt/A. Theuer (Hrsg.), Handbuch Umweltaudit, 1998, A, Rn. 64 ff.; T. Bartsch, Erfahrungen mit Umwelt-/Öko-Audits in den USA, ZUR 1995, S. 14 ff.

248 Deutlich zuletzt statt vieler V. Schneider, Öko-Audit und Deregulierung im Immissionschutzrecht, 1999, S. 89-91.

249 Siehe Art. 1 Abs. 2 EG-UAVO: »Ziel von EMAS ist die Förderung der kontinuierlichen Verbesserung der Umweltleistungen von Organisationen durch die Schaffung und Anwendung von Umweltmanagementsystemen durch Organisationen [. . .]; b) eine systematische,

reicht werden soll dieses Ziel insbesondere durch die organisationsbezogene Einführung, Pflege und Fortentwicklung umfassender Qualitätsmanagementsysteme und die Überprüfungen dieser Systeme durch einen unabhängigen, staatlich akkreditierten Gutachter. Das Audit-Konzept führt insofern zu einer weitgehenden verfahrensrechtlichen Dynamisierung materieller Standards.

(1) Umweltschutzaudit

Die Vorreiterrolle übernimmt insoweit das Umweltschutzaudit. Seine Einführung geht zurück auf die EG-Verordnung »über freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung« vom 29.06.1993.²⁵⁰ Die unmittelbar geltende EG-Verordnung wird ergänzt durch das Umweltauditgesetz²⁵¹ und vier Rechtsverordnungen²⁵², die zu ihrer innerstaatlichen Umsetzung ergangen sind. Am 27.4.2001 trat die novellierte Fassung der Öko-Audit-Ver-

objektive und regelmäßige Bewertung der Leistung dieser Systeme [. . .]; c) die Information der Öffentlichkeit und der anderen interessierten Kreise über die Umwelleistung und einen offenen Dialog mit der Öffentlichkeit und den anderen interessierten Kreisen; d) die aktive Einbeziehung der Arbeitnehmer in der Organisation sowie eine adäquate Aus- und Fortbildung, die die aktive Mitwirkung bei den unter Buchstabe a angeführten Aufgaben ermöglicht [. . .].«; § 9a S. 1 BDSG, geändert durch Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und anderer Gesetze v. 22.5.2001 (BGBl. I, S. 904): »Zur Verbesserung des Datenschutzes und der Datensicherheit können Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und -programmen und datenverarbeitende Stellen ihr Datenschutzkonzept [. . .] prüfen und bewerten lassen sowie das Ergebnis der Prüfung veröffentlichen.« Zu unterschiedlichen Formen des Audits vgl. C. Rhein, Das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung, 1996, S. 9-11; R. Lechelt, System (Fn. 247), A, Rn. 66. Beim sog. »Compliance Audit« wird die Einhaltung der umweltrelevanten gesetzlichen Vorschriften, beim »System Audit« wird das betriebliche Qualitätsmanagement auf seine Funktionsfähigkeit hin überprüft. Da sich das Compliance Audit damit letztlich in einer schlichten Zertifizierung erschöpft, sollte der Begriff Audit-Verfahren nur dann verwendet werden, wenn auch ein Systemaudit stattfindet.

- 250 Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung vom 29.6.1993, ABl. Nr. L 168, S. 1 ff. vom 10.7.1993.
- 251 Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29.6.1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung vom 7.12.1995 (BGBl. I, S. 1591), zuletzt geändert durch G v. 9.9.2001 (BGBl. I, S. 2331).
- 252 Verordnung über die Beilegung der Zulassungsstelle nach dem Umweltauditgesetz (UAGBV) v. 18.12.1995 (BGBl. I, S. 2013); Verordnung über das Verfahren zur Zulassung von Umweltgutachtern und Umweltgutachterorganisationen sowie zur Erteilung von Fachkenntnisbescheinigungen nach dem Umweltauditgesetz (UAGZVV) v. 18.12.1995 (BGBl. I, S. 2200); Verordnung über Gebühren und Auslagen für Amtshandlungen der Zulassungsstelle und des Widerspruchsausschusses bei der Durchführung des Umweltauditgesetzes (UAG-GebV) v. 18.12.1995 (BGBl. I, S. 2014), geändert durch Verordnung v. 23.12.1996 (BGBl. I, S. 2193); Verordnung nach dem Umweltauditgesetz über die Erweiterung des Gemeinschaftssystems für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung auf weitere Bereiche (UAG-ErweiterungsV) v. 3.2.1998 (BGBl. I, S. 338), abgedruckt in: R. Landmann/G. Rohmer, Umweltrecht, Bd. IV, Stand 3/2001, 12.2-5.

ordnung²⁵³ in Kraft. Sie hat zu einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Umweltschutzaudit geführt. Nach Art. 3 Abs. 1 EG-UAVO können sich nunmehr »Organisationen« (Art. 2 Buchst. s EG-UAVO) aller Wirtschaftsbereiche am Umweltschutzaudit beteiligen,²⁵⁴ das weiterhin auf freiwilliger Basis durchgeführt wird. Ziel des unter der Abkürzung EMAS (Environmental Management and Audit Scheme) firmierenden Konzepts, dessen Anforderungen mit der im Vergleich zur früheren Regelung weniger anspruchsvollen internationalen privaten Umweltmanagementnorm ISO 14001 (1996)²⁵⁵ harmonisiert wurden (vgl. Anhang I EG-UAVO), ist die kontinuierliche Verbesserung der Umweltleistung von Organisationen durch Schaffung und Anwendung von Umweltmanagementsystemen, die systematische, objektive und regelmäßige Bewertung der Leistung dieser Systeme, die Information der Öffentlichkeit und anderer interessierter Kreise über die Umweltleistung, ein offener Dialog zwischen den Beteiligten sowie die Einbeziehung der Arbeitnehmer in der Organisation und adäquate Aus- und Fortbildung (Art. 1 Abs. 2 EG-UAVO). Dazu ist das in wesentlichen Punkten modifizierte Verfahren in neun Schritte unterteilt:

1. Durchführung einer »Umweltprüfung« (= »erste umfassende Untersuchung der Umweltfragen, der Umweltauswirkungen und der Umweltleistung im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Organisation«, Art. 2 Buchst. e EG-UAVO) durch die Organisation.
2. Festlegung einer »Umweltpolitik« (= »umweltbezogene Gesamtziele und Handlungsgrundsätze einer Organisation, einschließlich der Einhaltung aller einschlägigen Umweltvorschriften und der Verpflichtung zur kontinuierlichen Verbesserung der Umweltleistung; die Umweltpolitik bildet den Rahmen zur Festlegung und Prüfung der Umweltzielsetzungen und -ziele«, Art. 2 Buchst. a EG-UAVO) durch die Organisation.
3. Erstellung eines Umweltprogramms (= »eine Beschreibung der zur Erreichung der Umweltzielsetzungen und -einzelziele getroffenen oder geplanten Maßnahmen [Verantwortlichkeiten und Mittel] und der zur Erreichung der Umweltzielsetzungen und -einzelziele festgelegten Fristen«, Art. 2 Buchst. h EG-UAVO) durch die Organisation.
4. Einrichtung eines Umweltmanagementsystems (= »Teil des gesamten Managementsystems, der die Organisationsstruktur, Planungstätigkeiten,

253 Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), ABl. Nr. L 114, S. 1 ff. vom 24.4.2001.

254 Schon die aufgrund § 3 UAG erlassene UAG-Erweiterungs-VO v. 3.2.1998 (BGBl. I, S. 338) erweiterte den Geltungsbereich des UAG auf Dienstleistungen.

255 Vgl. G. Feldhaus, Wettbewerb zwischen EMAS und ISO 14001, UPR 1998, S. 41 ff.; D. Schottelius, Umweltmanagement-Systeme, NVwZ 1998, S. 805 ff.

Verantwortlichkeiten, Verhaltensweisen, Vorgehensweisen, Verfahren und Mittel für die Festlegung, Durchführung, Verwirklichung, Überprüfung und Fortführung der Umweltpolitik betrifft«, Art. 2 Buchst. k EG-UAVO) durch die Organisation.

5. Durchführung einer Umweltbetriebsprüfung (= »Managementinstrument, das eine systematische, dokumentierte, regelmäßige und objektive Bewertung der Umweltleistung, der Organisation, des Managementsystems und der Verfahren zum Schutz der Umwelt umfaßt«, Art. 2 Buchst. l EG-UAVO)²⁵⁶.
6. Abgabe einer öffentlichen Umwelterklärung (vgl. Anhang III zur Art. 2 EG-UAVO).
7. Jährliche Prüfung, ob Umweltprüfung, Umweltmanagementsystem, Umweltbetriebsprüfung und ihre Ergebnisse sowie die Umwelterklärung den Anforderungen der UAVO und dem sonstigen Recht (Anhang V 5.4.)²⁵⁷ entsprechen, durch einen externen, akkreditierten Umweltgutachter²⁵⁸, der danach die Umwelterklärung für gültig erklärt. Dabei findet keine regelmäßige Vollprüfung statt, sondern Umweltgutachter und Organisation vereinbaren ein Prüfprogramm, das die Kontrolle aller Elemente des Umweltmanagements innerhalb von drei Jahren vorsieht (Anhang V 5.6. EG-UAVO).
8. Standortregistrierung im Verzeichnis der am Umweltschutzaudit teilnehmenden Unternehmen, das bei der IHK geführt wird.
9. Vergabe des EMAS-Logo (Art. 8 EG-UAVO). Das Logo darf nunmehr nicht nur zur Image-Werbung auf Schautafeln am Standort, auf dem Briefkopf, in Umwelterklärungen und allgemeinen Informationsbroschüren verwendet werden, sondern auch auf oder in der Werbung für Produkte, Tätigkeiten und Dienstleistungen (Art. 8 Abs. 2 Buchst. e EG-UAVO),

256 Der Streit, ob vor der ersten Registereintragung eine Umweltbetriebsprüfung zwingend durchgeführt werden muß, wird durch die neue Fassung der EG-UAVO zugunsten einer partiellen Umweltbetriebsprüfung vor der ersten Eintragung entschieden (Anhang V 5.4.2 Buchst. b EG-UAVO).

257 Der Streit (vgl. nur C. Franzius, Die Prüfpflicht und -tiefe des Umweltgutachters nach der EG-Umweltauditverordnung, NuR 1999, S. 601 [603 ff.], sowie W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 9, Rn. 32 m.w.N.), ob der Umweltgutachter auch die Einhaltung der umweltrechtlichen Vorschriften überprüft (»Compliance Audit«) oder nur die Funktionsfähigkeit des Managementsystems bescheinigt (»System Audit«), ist nunmehr zugunsten der ersten Alternative entschieden. Nach Anhang V 5.4.3. Abs. 2 EG UAVO darf der Umweltgutachter die Umwelterklärung nicht für gültig erklären, wenn er während der Begutachtung beispielsweise bei Stichproben feststellt, daß die Organisation Rechtsvorschriften nicht einhält. Über die Prüftiefe sagt die Regelung allerdings nichts aus. Sie kann jedenfalls nicht weiter reichen als bei der behördlichen Überwachung, vgl. C. Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 213.

258 Zu seiner Stellung T. Erbrath, Der Umweltgutachter nach der EMAS-Verordnung als Vollzugsorgan des europäischen und nationalen Umweltrechts, 2001; U. Kämmerer, Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001, S. 38 ff.

nicht aber auf den Produkten selbst oder ihren Verpackungen (Art. Art. 8 Abs. 3 EG-UAVO).²⁵⁹

Die bisherigen Erfahrungen mit dem seit 1995 durchgeführten Umweltschutzaudit in der Bundesrepublik sind überwiegend positiv.²⁶⁰ Bis 31.5.1999 betrug die Zahl der registrierten Standorte 1785²⁶¹ und die Zahl der registrierten Umweltgutachter ca. 230.²⁶² Aufgrund der Erweiterung des Anwendungsbereiches ist mit einer weiteren Steigerung der Neuteilnahmen zu rechnen. Im Mittelpunkt der Diskussion steht seit Einführung des Öko-Audit seine stärkere Verzahnung mit der bisher parallel durchgeführten hoheitlichen Eröffnungskontrolle; die Öko-Audit-Verordnung selbst trifft hierzu keine Aussage. Bisher sind die diesbezüglichen Verfahrenserleichterungen im Genehmigungsverfahren denn auch deutlich beschränkt. So gelten in einzelnen Ländern aufgrund von Verwaltungsvorschriften²⁶³ bestimmte Berichtspflichten (z.B. §§ 27, 52a, 54 Abs. 2, 55 Abs. 1 BImSchG) durch die Übermittlung von Unterlagen aus der Umsetzung der Öko-Audit-Verordnung als erfüllt. Des weiteren ist z.B. grundsätzlich von Anordnungen nach §§ 26, 28 BImSchG abzusehen. Um die behördlichen Verfahrensressourcen zu schonen und die Akzeptanz des Öko-Audit weiter zu erhöhen, enthält nunmehr aber das Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz (»Artikelgesetz«) vom 27.7.2001²⁶⁴ für die Bereiche Immissionsschutz- und Abfallrecht spezielle Verordnungsermächtigungen (§ 58e BImSchG, § 55a KrW-/AbfG), die es erlauben, Unternehmen, die sich am Öko-Audit beteiligen, darüber hinausgehend bundeseinheitlich bestimmte genehmigungsverfahrenrechtliche und überwachungsrechtliche Erleichterungen zu gewähren.²⁶⁵ Eine entsprechende Umweltaudit-Privilegierungsverordnung für auditierte Betriebsstandorte befindet sich zur Zeit in der BMU-internen Abstimmung.²⁶⁶ Damit rückt die staatlich kontrol-

259 Die frühere Regelung war hier deutlich enger, vgl. Art. 10 EG-UAVO a.F.

260 Vgl. Bundesregierung, Bericht über die Erfahrungen mit dem Vollzug des Umweltauditgesetzes (UAG), BT-Drs. 13/11127; E. Reh binder/K. Heuvels, Die EG-Öko-Audit-Verordnung auf dem Prüfstand, DVBl. 1998, S. 1245 (1252 ff.), sowie die Zusammenfassung bei A. Roßnagel, Datenschutzaudit, 2000, S. 47-52 m.w.N.

261 Siehe B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel, Umweltrecht, 4. Auflage 2000, Kap. 3, Rn. 41 m.w.N. zu anderen Ländern.

262 Siehe S. Lütke/W. Ewer, Schwerpunkte der bevorstehenden Revision der Umweltauditverordnung (EWG) Nr. 1836/93, NVwZ 1999, S. 19 (20).

263 Für Baden-Württemberg vgl. VwV v. 21.12.1998 (GABl. 1999, S. 203 ff.).

264 Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz vom 27.7.2001 (BGBl. I, S. 1950). Übersichtlich dazu H.-J. Koch/H. Siebel-Huffmann, Das Artikelgesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer Umweltschutzrichtlinien, NVwZ 2001, S. 1081 ff. m.w.N.

265 Im Wasserhaushaltsgesetz ist ein entsprechender Regelungsauftrag für die Länder vorgesehen (§ 21h WHG).

266 Vgl. dazu z.B. L. Knopp, EMAS II – Überleben durch »Deregulierung« und »Substitution«?, NVwZ 2001, S. 1098 (1100 ff.).

lierte Eigenüberwachung im Rahmen eines Qualitätssicherungsverfahrens zunehmend funktional an die Stelle vollständiger behördlicher Fremdüberwachung.²⁶⁷ Allerdings bleibt die wohl nicht gänzlich ersetzbare behördliche Eröffnungskontrolle erhalten und wird nicht, wie in der Literatur vorgeschlagen,²⁶⁸ durch eine »Rahmengenehmigung« ersetzt, deren Erteilung lediglich von einer validierten Umwelterklärung abhängen soll. Dadurch entsteht ein »hybrides« Geflecht²⁶⁹ sich wechselseitig ergänzender Verantwortlichkeiten aus den am Umweltschutzaudit teilnehmenden privaten Organisationen, den privaten Umweltgutachtern, der sie auswählenden beliebigen Stelle²⁷⁰, dem Umweltgutachterausschuß (§§ 21-27 UAG)²⁷¹, den aufsichtsführenden Mitgliedstaaten, die gleichzeitig das parallel verlaufende behördliche Kontrollverfahren durchführen, sowie der Europäischen Gemeinschaft mit ihren übergeordneten Regelungs- und Entwicklungskompetenzen.²⁷²

(2) *Datenschutzaudit*

Eine ähnliche Bedeutung wie das Umweltschutzaudit könnte in der Zukunft das im neuen Bundesdatenschutzgesetz vorgesehene Datenschutzaudit erlangen (§ 9a BDSG)²⁷³, das sich an Vorbildern im Mediendienste²⁷⁴ und Rundfunkstaatsvertrag (§ 17 MDStV, § 47e Vierter Rdf-StV²⁷⁵) sowie in einzelnen

267 Vgl. hierzu *K. Hansmann*, Umweltaudit: Verhältnis der Eigenüberwachung zur behördlichen Kontrolle, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), Integrierter und betrieblicher Umweltschutz, 1996, S. 207 ff.; *E. Böhne*, Die integrierte Genehmigung als Grundlage der Vereinheitlichung und Vereinfachung des Zulassungsrechts und seiner Verknüpfung mit dem Umweltaudit, ebd., S. 105 (125 ff.); *W. Köck*, Das Pflichten- und Kontrollsystem des Öko-Audit-Konzepts nach der Öko-Audit-Verordnung und dem Umweltauditgesetz, *VerwArch* 87 (1996), S. 644 (680); *E. Schmidt-Aßmann/C. Ladenburger*, Umweltverfahrensrecht (Fn. 30), Rn. 38 m.w.N. Krit. *G. Lübke-Wolff*, Das Umweltauditgesetz, *NuR* 1996, S. 217 (227).

268 Vgl. *T. Schmidt-Kötters*, Verfahrensprivatisierung als Element innovativer Gesetzgebungspolitik, in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung (Fn. 175), S. 31 (86-88); *BMWi* (Fn. 31), Rn. 415 ff.

269 Deutlich herausgearbeitet z.B. bei *J.-P. Schneider*, Öko-Audit als Scharnier in einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, *Die Verwaltung* 28 (1995), S. 361 (365 ff.).

270 Als Zulassungsstelle ist durch die auf § 28 UAG gestützte Beleihungsverordnung vom 18.12.1995 (BGBl. I, S. 2013) die deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachter (DAU) beliehen worden. Vgl. dazu *A. Seidel*, Sachverstand (Fn. 195), S. 193 f. m.w.N.

271 Zu seiner Stellung und seinen Aufgaben vgl. *W. Ewer*, Der Umweltgutachterausschuß, 1999.

272 So *R. Breuer*, Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht, *NVwZ* 1997, S. 833 (841 f.). Zust. *C. Franzius*, Instrumente (Fn. 257), S. 210.

273 Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) und anderer Gesetze vom 18.05.2001, BGBl. I, S. 904 ff. – Dazu überblicksweise *P. Gola/C. Klug*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2000/2001, *NJW* 2001, S. 3747 (3754) m.w.N.

274 Vgl. *T. Königshofen*, Prinzipien und Leitlinien für ein Datenschutz-Audit bei Multimediale Diensten, *DuD* 1999, S. 266 ff.

275 *HessGVBl.* 2000, S. 74.

Landesdatenschutzgesetzen²⁷⁶ orientiert. Danach können Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und -programmen und datenverarbeitende Stellen zur Verbesserung des Datenschutzes und der Datensicherheit ihr Datenschutzkonzept sowie ihre technischen Einrichtungen durch unabhängige und zugelassene Gutachter prüfen und bewerten lassen sowie das Ergebnis der Prüfung veröffentlichen. Das BDSG gibt aber nur einen Rahmen vor, die näheren Anforderungen an die Prüfung und Bewertung, das Verfahren sowie die Auswahl und die Zulassung der Gutachter sollen durch ein besonderes Gesetz geregelt werden (§ 9a Satz 2 BDSG). Entsprechende Entwürfe liegen bisher zwar noch nicht vor, in den Grundzügen dürfte jedoch die Konzeption des Umweltschutzaudit übernommen werden.²⁷⁷ Ein neuralgischer Punkt ist insofern die Einräumung von Werbemöglichkeiten mit dem Datenschutzauditzeichen und anderer Vorteile, die für Unternehmen Anreize bieten, sich freiwillig an dem Audit-Verfahren zu beteiligen. Hier muß u.a. darauf geachtet werden, daß nicht falsche Assoziationen beim Kunden in Hinblick auf Prüfungen geweckt werden, die gar nicht Gegenstand des Datenschutzaudit sind.²⁷⁸ Durchaus zu begrüßen sind dagegen Regelungen, die – wie etwa § 4 Abs. 2 LDSG SH – vorschreiben, daß mit einem Datenschutzsiegel ausgestattete Produkte bei der öffentlichen Beschaffung vorrangig zu berücksichtigen sind.²⁷⁹ Ein zweiter Problemkreis betrifft das Verhältnis des Datenschutzaudit zu sonstigen datenschutzspezifischen Genehmigungsverfahren. Zu Recht wurde im Vorfeld der Neuregelung darauf hingewiesen, daß das Datenschutzaudit nicht auf eine »bürokratische Verdoppelung behördlicher Kontrollen anhand abgeschlossener Kriterienkataloge« hinauslaufen darf, die sich in der einmaligen Evaluierung eines Produkts erschöpft, sondern daß es darum geht, einen dynamischen Lernprozeß in Gang zu setzen und neue Lösungen für auftretende Probleme zu generieren.²⁸⁰ Das gilt insbesondere im Hinblick auf die aufgrund der EG-Datenschutzrichtlinie in das BDSG aufgenommenen Vorabkontrollen bei der automatisierten Verarbeitung von Daten, die besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen mit sich bringen (§ 4d Abs. 5 und 6 BDSG).

276 Vgl. § 11c LDSG Bbg, § 10a DSG NRW, § 4 LDSG SH. Zu den landesgesetzlichen Regelungen vgl. J. Bizer/T. B. Petri, Kompetenzrechtliche Fragen des Datenschutz-Audits, DuD 2001, S. 97 (98 f.) m.w.N.

277 So A. Roßnagel, Datenschutzaudit (Fn. 260), S. 96 f.

278 Vgl. A. Roßnagel, Datenschutzaudit (Fn. 260), S. 102-107 m.w.N. Zum Werbeeffect des Datenschutzaudit vgl. auch A. Büllsach, Datenschutz und Datensicherheit als Qualitäts- und Wettbewerbsfaktor, RDV 1997, S. 229 ff.

279 Zur wettbewerbs- und vergaberechtlichen Zulässigkeit solcher Regelungen vgl. T. B. Petri, Vorrangiger Einsatz auditierter Produkte, DuD 2001, S. 150 ff.

280 A. Roßnagel, Datenschutzaudit (Fn. 260), S. 58 f. Vgl. auch T. Königshofen, Chancen und Risiken eines gesetzlich geregelten Datenschutzaudits, DuD 2000, S. 357 (358 f.), sowie die Kritik von H.-L. Drews/H. J. Kranz, Datenschutzaudit, DuD 2000, S. 226 (229).

3. Strukturelemente

Trotz unterschiedlicher Einsatzfelder und verschiedener Bauformen weist auch das Qualitätssicherungsverfahren eine Reihe von prägenden Strukturelementen auf, die bei der weiteren Etablierung entsprechender Verfahren als Orientierungsmuster dienen können.

a) »Freiwilliger Zwang«

Als typusbildendes Merkmal von Qualitätssicherungsverfahren könnte zunächst die Freiwilligkeit der Teilnahme an Qualitätssicherungsverfahren angesehen werden. Ob eine Organisation am Umweltschutzaudit teilnimmt, der Hersteller von elektronischen Signaturen seine Produkte zertifizieren oder ein privates Prüfunternehmen sich akkreditieren läßt, steht jeweils im Belieben. Schon das Produktsicherheitsrecht zeigt aber, daß die Zertifizierung von Produkten durchaus auch zwingende Voraussetzung für den Marktzutritt sein kann. Ferner wird man nicht übersehen dürfen, daß aus der »formalen Freiwilligkeit« schnell ein – durchaus intendierter – »faktischer Zwang« werden kann²⁸¹, nämlich immer dann, wenn die Akzeptanz eines Unternehmens auf dem Markt wesentlich von der Durchführung eines Qualitätssicherungsverfahrens abhängig ist und die sonstigen Anreize zur Teilnahme so stark sind, daß das Absehen von der Qualitätssicherung zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil führt. Solche Fälle »freiwilligen Zwanges im Sinne ökonomischer Unentrinnbarkeit«²⁸² sind indes durchaus typisch für marktwirtschaftliche Konkurrenzsituationen.²⁸³ Der Wettbewerbsdruck läßt hier häufig das Spektrum denkbarer Handlungsalternativen auf eine Alternative zusammenschmelzen. Gleichwohl bieten Anreizmechanismen im Vergleich zu hoheitlichen Genehmigungserfordernissen und Vorabkontrollen zusätzliche Anpassungsspielräume, die möglichst erhalten bleiben sollten. Das ändert freilich nichts an ihrer Eingriffsqualität in bezug auf die Grundrechte der Betroffenen.²⁸⁴

281 So für das Datenschutzaudit H.-L. Drews/H. J. Kranz, Argumente gegen die gesetzliche Regelung eines Datenschutzaudits, DuD 1998, S. 93 (94); P. Gola, Der auditierte Datenschutzbeauftragte – oder von der Kontrolle der Kontrolleure, RDV 2000, S. 93 (94 f.).

282 M. Kloepper, Alte und neue Handlungsformen staatlicher Steuerung im Umweltbereich – unter besonderer Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Probleme influenzierenden Staats- und Verwaltungshandelns, in: K. König/N. Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1993, S. 329 (349).

283 So zutreffend T. Königshofen, Chancen (Fn. 280), S. 358; A. Roßnagel, Datenschutzaudit (Fn. 260), S. 62 f. A.A. wohl M. Kloepper, Handlungsformen (Fn. 282), S. 349.

284 Vgl. nur A. Voßkuhle, Kompensationsprinzip (Fn. 45), S. 350 f.

b) *Externer Gutachter als Vollzugsorgan*

Im Mittelpunkt des Qualitätssicherungsverfahrens steht der unabhängige, fachlich kompetente und persönlich zuverlässige private Gutachter, dessen Funktion sich von der sonstiger Sachverständiger im Verwaltungsrecht deutlich abhebt.²⁸⁵ Zumindest bei der Zertifizierung lastet auf ihm als faktisches Vollzugsorgan die wesentliche Prüflast hinsichtlich der Einhaltung der vorgegebenen Qualitätsstandards. Soweit das Audit-Verfahren zu wesentlichen Erleichterungen in parallel durchgeführten staatlichen Genehmigungs- und Kontrollverfahren führt, trägt er auch hier die Überwachungsverantwortung; anders als in den meisten sonstigen Verwaltungsverfahren fehlt es insofern an einer hoheitlichen Abschlußentscheidung. Da die akkreditierte Stelle zudem im Wettbewerb mit anderen Stellen steht, was eine gewisse Abhängigkeit vom Kunden impliziert und »gefällige Nachlässigkeiten« fördern kann, müssen an die Akkreditierungsvoraussetzungen und die kontinuierliche Überwachung ihrer Einhaltung durch den Staat sehr hohe Ansprüche gestellt werden. In der Praxis dürfte diese kontinuierliche Überwachung erhebliche Vollzugsprobleme aufwerfen.

c) *Verantwortungsdiversifizierung*

Auffällig und in dieser Form wohl einzigartig ist die komplizierte Verschränkung verschiedener privater Handlungsbeiträge im Rahmen des Qualitätssicherungsverfahrens; Akkreditierung, Zertifizierung und Auditierung sind aufs engste miteinander verwoben. Die staatliche Verwaltungsbehörde tritt hier, wenn überhaupt²⁸⁶, letztlich nur einmal aktiv in Erscheinung, und zwar bei der Akkreditierung eines privaten Akteurs, der dann seinerseits am eigenverantwortlich privat durchgeführten Auditierungsverfahren mitwirkt oder private Produkte zertifiziert. Ansonsten beschränkt sich ihre Rolle auf eine begleitende Kontrolle. Die mit dieser hyperselbstregulativen Konstruktion einher gehende Verantwortungsdiversifizierung wirkt sich schnell kontraproduktiv aus: Wo alle (mit-)verantwortlich sind, ist oft keiner verantwortlich.²⁸⁷ Deshalb bedarf es der präzisen rechtlichen Zuweisung klar abgegrenzter Verantwortungsbereiche. Verantwortungsüberlappungen wie beim Umweltaudit – dort erfolgt die Überprüfung der Einhaltung der einschlägigen Umweltvor-

285 Vgl. eingehend *A. Seidel*, Sachverständ (Fn. 195), S. 195 ff., 264-281.

286 Zum Sonderfall der Akkreditierung durch ein beliehenes Privatrechtssubjekt (DAU) im Rahmen des Umweltschutzaudit vgl. *R. Lechelt* (Fn. 247), A, Rn. 24; *H. Falk*, Die EG-Umwelt-Audit-Verordnung und das deutsche Umwelthaftungsrecht, 1998, S. 89; *A. Seidel* (Fn. 195), S. 193 f.

287 Vgl. *A. Voßkuhle*, Regelungsstrategien (Fn. 224), S. 81 f. m.w.N.

schriften sowohl durch den Umweltgutachter als auch durch die Genehmigungsbehörde – erscheinen so gesehen als ausgesprochen problematisch.

d) *Verzahnung von Öffentlichem und Privatrecht*

Folge der weitgehenden Verantwortungsübernahme durch den privaten Sektor und typisch für das Qualitätssicherungsverfahren ist die Kombination öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich ausgestalteter Verfahrensschritte.²⁸⁸ Während die Akkreditierung dem Öffentlichen Recht unterliegt, schließen die Zertifizierungsstelle und der Zertifizierungsnachfrager einen privatrechtlichen Vertrag. Auf den ersten Blick werden dadurch wettbewerbsfördernde Spielräume eröffnet. Angesichts der bei ihm verbleibenden Gewährleistungsverantwortung muß der Staat jedoch durch einen entsprechenden Regulierungsrahmen dafür Sorge tragen, daß die Verfahrensprivatisierung nicht zu einer Mißachtung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards und einseitiger Interessendurchsetzung führt.²⁸⁹ Nicht von ungefähr nähern sich daher etwa die verfahrensrechtlichen Vorgaben für das Zertifizierungsverfahren im Produktsicherheitsrecht dem herkömmlichen Verwaltungsverfahren (einschließlich Widerspruchsverfahren) an.²⁹⁰ Gleichzeitig sind die Eigenarten der privaten Verantwortungsübernahme zu berücksichtigen, etwa was die Kostenregulierung angeht oder den Kontrahierungszwang.

e) *Verfahrenspublizität (Qualitätssiegel, Registereintragung)*

Die Funktionsfähigkeit und Legitimation des Qualitätssicherungsverfahrens hängt am Ende maßgeblich von dem Vertrauen ab, das den akkreditierten Personen und den von ihnen zertifizierten Produkten im Rechtsverkehr entgegengebracht wird. Dieses Vertrauen basiert auf der staatlichen Gewährleistung festgelegter Qualitätsstandards und bedarf kontinuierlicher Pflege durch regelmäßige Kontrolle. Unabdingbar erscheint daneben die Transparenz der Qualitätsanforderungen sowie die Dokumentation ihrer Einhaltung nach außen durch Verleihung von Qualitätssiegeln und die Eintragung in öffentliche Register. Erst durch Publizität kann Vertrauen wachsen. Umgekehrt verlieren solche äußerlichen Qualitätsgarantien ihren Wert, wenn sich Mißstände häufen.

288 Zu weiteren Techniken der Kombination *W. Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektive, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Auffangordnungen* (Fn. 89), S. 261 (307-309).

289 Grundsätzlich und weiterführend zur Notwendigkeit der Entwicklung eines (Privat-)Verfahrensrechts *W. Hoffmann-Riem*, *Auffangordnungen* (Fn. 89), S. 319-325.

290 Vgl. oben D. II. 2 a) (1).

III. Risikoverfahren

1. Funktion: Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen

Die hier unter dem Begriff »Risikoverfahren« zusammenzufassenden Regelungen gestalten den Prozeß der Entscheidungsfindung über den Umgang mit risikobehafteten Innovationen (Produkten, Anlagen, Verfahren) der Wissenschaft und Technik unter den Bedingungen gesteigerter Komplexität und kognitiver Unsicherheit.²⁹¹ Ihnen ist die Aufgabe gemein, eine nachvollziehbare Entscheidung der Verwaltung zu ermöglichen, obwohl empirische Beweise für Ursache-Wirkungszusammenhänge fehlen und auch die theoretische Kalkulierbarkeit der mit den Neuerungen verbundenen Risiken begrenzt ist.²⁹² Das so verstandene Risikoverfahren unterscheidet sich vom Verfahrenstyp der schlichten Gefahrenabwehr jedoch nicht nur durch das gesteigerte Maß an kognitiver Unsicherheit²⁹³, das bei der Beurteilung der Schadenswahrscheinlichkeit, u.U. auch der Schadenshöhe zu bewältigen ist. Die Verwaltung muß überdies vielfach eine dritte Variable in die Entscheidung mit einstellen, etwa die gesellschaftliche Bedeutung einer Entwicklung und ihr Nutzen für die Allgemeinheit, bevor sie in Abwägung dieser drei Elemente das sozialadäquate,

291 Die Risikoentscheidung ist die gefahrbezogene Variante der Entscheidungen unter Ungewißheitsbedingungen, *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 116. – Das Phänomen »Risiko« scheint mittlerweile als Rechtsproblem sowohl des Öffentlichen Rechts als auch des Zivilrechts anerkannt. Vgl. nur die Beiträge zum zweiten Beratungspunkt der Staatsrechtslehrertagung 1989, »Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht«, in: VVDStRL 48 (1989), S. 177 ff., und *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985. Zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Risikobewältigung *W. Köck*, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, AöR 121 (1996), S. 1 ff.; *U. Preuß*, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, in: *D. Grimm* (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 523 ff.; *R.H. Pildes/C.R. Sunstein*, Reinventing the Regulatory State, The University of Chicago Law Review 62 (1995), S. 1 ff.; *C. Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 40 ff. Zum Umgang des Zivilrechts mit Risiken vgl. *M. Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, 1994. – Der Risikobegriff wird allerdings nicht nur in den einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen unterschiedlich verwendet – hierzu *B. Hansjürgens*, Umweltrisikopolitik – Einführung und Überblick, in: *B. Hansjürgens* (Hrsg.), Umweltrisikopolitik, 1999, S. 9 f. –, sondern auch in der öffentlich-rechtlichen Literatur und Rechtsprechung, vgl. die Übersicht bei *M. Marx*, Der Sicherheitsstandard der Betreiberpflichten im Gentechnikrecht, 1997, S. 252 f.

292 So ist etwa das Auftreten synergetischer Effekte nach der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen, die sich im Zusammenwirken mit Faktoren der Umwelt oder anderem lebenden manipulierten Material entwickeln können, auch theoretisch nahezu nicht zu entwickeln, vgl. *Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung (Fn. 291), S. 20. Überdies ist vielfach neben der Vorhersage von Schäden auch die ex-post-Bestimmung von Kausalverläufen unmöglich, vgl. *R. Pitschas*, Öffentlich-rechtliche Risikokommunikation, UTR 36 (1996), S. 178.

293 Zu Recht weist *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S.115, darauf hin, daß jeder Prognoseentscheidung ein Element der Ungewißheit anhaftet. Kennzeichnend für das Risikoverfahren ist daher ein gesteigertes Maß kognitiver Unsicherheit sowie eine Vielzahl von Variablen bei der Einschätzung zukünftiger Geschehensabläufe.

erlaubte Restrisiko bestimmt und über eine Zulassung entscheidet.²⁹⁴ Hierbei bildet der Gesetzeszweck nicht selten die einzige inhaltliche, abwägungsleitende Vorgabe. Die materielle Determinierung bleibt insgesamt gering, womit die Eigenverantwortung der Verwaltungsbehörden zunimmt und die Bedeutung prozeduraler Vorgaben wächst.²⁹⁵ Eine an diesem Aufgabenprofil orientierte Verfahrensgestaltung muß den folgenden spezifischen Erfordernissen Rechnung tragen:

- Sämtliche Erkenntnisquellen bzgl. der Eigenschaften eines neuen Produktes i.w.S. sind zu erschöpfen. Die Gestaltung des Verfahrensablaufs muß gewährleisten, daß alle vorhandenen und mit zumutbarem Aufwand zu erlangenden Informationen bereitgestellt werden, um den Ungewissheitsfaktor möglichst klein zu halten.²⁹⁶
- Auf der Grundlage dieser Informationen hat eine Risikobewertung zu erfolgen, d.h. es ist das wirkungsbezogene Gefährdungspotential für Menschen und Umwelt abzuschätzen (Risikobewertung)²⁹⁷. Hierbei wird die Verwaltung regelmäßig auf die Unterstützung durch externen wissenschaftlichen Sachverstand angewiesen sein.
- Dem Gefährdungspotential ist der erwartete gesellschaftliche Nutzen gegenüberzustellen und das hinnehmbare Restrisiko zu bestimmen (Risikomanagement).²⁹⁸

294 Vgl. nur § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG oder § 15 Abs. 1 Nr. 3 b PflSchG. – Es gilt nicht der Grundsatz »in dubio pro securitate«, vielmehr findet die wachsende Bedeutung neuer Industriezweige Berücksichtigung, um der Entwicklung eines »Technikverhütungsrechts« (C. Degenhart, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, NJW 1998, S. 2435 [2436]) vorzubeugen. – Der hiermit einhergehende Funktionszuwachs der Exekutive erscheint gerechtfertigt, weil diese eher als der Gesetzgeber in der Lage ist, dem »Wandel in Wissenschaft und Technik durch – vorausschauende oder entwicklungsbegleitende – Anpassung rechtlicher Anforderungen zu folgen« (C. Degenhart, a.a.O., S. 2441).

295 Beispielhaft insoweit die Richtlinie für die Bewertung chemischer Neustoffe (Richtlinie 93/67/EWG), die die bei der Risikobewertung durchzuführenden Arbeitsschritte detailliert regelt, aber praktisch keine materiellen Vorgaben enthält.

296 Zur Bedeutung eines unverfälschten Informationsaustauschs im Bereich des Risikoverwaltungsrechts vgl. R. Pitschas, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, DÖV 1989, S. 785 (798).

297 Vgl. W. Köck, Risikobewertung und -management im deutschen und europäischen Chemikalienrecht, in: B. Hansjürgens (Hrsg.), Umweltrisikopolitik, 1999, S. 76 (79, 81): »Die Risikobewertung soll sich ausschließlich um die Risikoseite (gesundheitliche und ökologische Folgen) kümmern und unbeeinflusst von sonstigen Erwägungen zustande kommen. [...] Allerdings folgt aus der Beschränkung der Bewertung [...] auch, daß die Risikobewertung für sich allein nicht die Entscheidung über die Hinnahme des Risikos bzw. die Notwendigkeit der Risikobegrenzung determinieren kann.« – Die Begriffe »Risikoermittlung«, »Risikobewertung« und »Risikomanagement« werden bislang nicht einheitlich verwendet. Anders als W. Köck spricht M. Marx, Sicherheitsstandard (Fn. 291), S. 76, von »Risikoermittlung« mit Blick auf die Abschätzung des Gefährdungspotentials, und weist dabei zugleich auf weitere abweichende Definitionen. – Zu unterschiedlichen methodischen Ansätzen der Risikobewertung vgl. C. Tünnesen-Harmes, Risikobewertung (Fn. 291), S. 68 ff.

298 Zu dem an die US-amerikanische Begriffsbildung angelehnten Begriff des »Risikomanagements« vgl. W. Köck, Risikobewertung (Fn. 297), S. 81, 85 ff. D. Murswiek, Bewältigung

- Außerdem ist als Folge der notwendigen Vorläufigkeit jeder Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen ihre allzeitige Aktualisierung und Anpassung an neue Erkenntnisse zu gewährleisten.

Aus den typischen Rahmenbedingungen jeder Risikoentscheidung ergeben sich zwei weitere Anforderungen an ein effizientes und effektives aufgabenorientiertes Verfahrensmuster, die indes nicht risikotypisch sind: Zum einen ist das Verfahren zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Industriezweige und damit zur Sicherung des Wissenschafts- und Industriestandortes Deutschland soweit als möglich zu straffen.²⁹⁹ Zum anderen sind die Grenzen personeller und finanzieller Verwaltungsressourcen etwa bei der Verteilung von Prüf- und Untersuchungspflichten oder der Entscheidung zwischen Anmelde- und Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen.³⁰⁰

2. Anwendungsfelder

a) Überblick: Vielfalt der Risikoverfahren

Modelle verwaltungsrechtlicher Risikoverfahren finden sich heute insbesondere im Chemikalienrecht, im Gentechnikrecht³⁰¹, im Atomrecht, im Arznei-

der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung durch das Verwaltungsrecht, VVD-StRL 48 (1989), S. 207 ff. (219), spricht von einer »normativen Wertentscheidung« als »Kernfrage« des technischen Sicherheitsrechts. Freilich kann und wird das prozedurale Element des Risikomanagements häufig als Annex zur Risikobewertung ausgestaltet. Bzgl. der Bedeutung der Einbeziehung der Öffentlichkeit in das Risikomanagement vgl. R. Pitschas, Risikokommunikation (Fn. 292), S. 187.

299 Vgl. nur die Reaktionen aus Wissenschaft und Industrie auf die erste parlamentsgesetzliche Regelung der Gentechnik Anfang 1990, als das GenTG als Hemmschuh für die Entwicklung der Gentechnik in Deutschland bezeichnet wurde, der Ruf und Zukunft Deutschlands als Wissenschafts- und Industriestandort in Gefahr bringe. Hierzu M. Schröder, Gentechnikrecht in der Praxis, 2001, S. 80 f. – Zutreffend ist jedenfalls, daß die von der Ausgestaltung der Risikoverfahren typischerweise betroffenen Industriezweige, wie die chemische Industrie oder die Gentechnologie, in besonderer Weise vom wissenschaftlichen Fortschritt abhängig sind und ihre Wettbewerbsfähigkeit entscheidend von der Möglichkeit abhängt, schnell auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu reagieren.

300 Auf die mit dem Risikoverfahren regelmäßig verbundenen europarechtlichen Besonderheiten soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Zu denken wäre insoweit insbesondere an die Koordinierung mitgliedstaatlicher Zulassungsverfahren, die Frage der gemeinschaftswerten Wirkung von Entscheidungen, beispielsweise im Rahmen von als Risikoverfahren ausgestalteten Produktzulassungen zum gemeinsamen europäischen Markt (vgl. hierzu Fn. 18 sowie allgemeiner jüngst M. Ruffert, Der transnationale Verwaltungsakt, Die Verwaltung 34 (2001), S. 453 ff. m.w.N.), sowie an die Möglichkeit nationaler Alleingänge bei der Revision gemeinschaftsweit wirksamer Risikoentscheidungen, etwa im Rahmen eines Schutzklauselverfahrens nach Art. 23 der Richtlinie 2001/18/EG über die Freisetzung genetisch veränderter Organismen. Zum Schutzklauselverfahren allgemein vgl. H.-H. Herrnfeld, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 94, Rn. 50 und Art. 95, Rn. 43 ff.

301 Einschließlich der den Umgang mit gentechnisch veränderten Lebensmitteln regelnden Novel Food-VO.

mittelrecht sowie bei der Überwachung von Pflanzenschutzmitteln. Eine einheitliche Gestaltung des Verfahrens in den verschiedenen Fachrechtsgebieten ist jedoch bisher nicht zu erkennen. Vielmehr hat der Gesetzgeber unterschiedliche – oder unterschiedlich ausgestaltete – Verfahrensbausteine kombiniert, um eine angemessene Risikobewältigung zu gewährleisten. Selbst innerhalb einer Rechtsmaterie finden verschiedene Verfahrensinstrumente Anwendung, und auch das Ausmaß der materiell-rechtlichen Determinierung variiert.³⁰² Die Differenzierung orientiert sich zum Teil an vom Normgeber aufgrund abstrakter Vorbewertungen³⁰³ angenommener unterschiedlicher Risikopotentiale³⁰⁴, teilweise ist sie Konsequenz realer Sachzwänge.³⁰⁵

b) Ein Beispiel: Das Risikoverfahren nach dem Gentechnikrecht

Als exemplarisches Fachgesetz des Risikoverfahrens kann das GenTG gelten, das zahlreiche prototypische Verfahrenselemente aufweist und zum erstenmal in systematischer Weise den Risikobegriff aufgenommen hat.³⁰⁶ Seine Besonderheiten können zumeist auf das in qualitativer und quantitativer Hinsicht spezifische Risikopotential zurückgeführt werden, das dem Umgang mit gentechnisch veränderten Organismen (GVO) anhaftet³⁰⁷: Zunächst ist zu be-

- 302 So stehen Anzeige-, Anmelde- und Genehmigungspflichten nebeneinander. Zum Teil ist die Abwägung als wertender Vergleich ausgestaltet (Bsp.: Sicherheitsstufen im GenTR), z.T. ist eine allein an Zielvorgaben orientierte Einzelfallentscheidung vorgesehen (Bsp.: Zulassung nach § 15 PflSchG). Sowohl das Chemikalienrecht als auch das Gentechnikrecht beziehen beratende Kommissionen in das Risikoverfahren ein. Während der Gefahrstoffausschuß im Chemikalienrecht gem. § 20b ChemG und § 52 GefStoffV jedoch von sachverständigen Mitgliedern aus Administration und Wirtschaft dominiert wird, bilden Vertreter einschlägiger wissenschaftlicher Bereiche als Expertenkreis die Mehrheit in der »Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit« nach § 4 GenTG.
- 303 Zu Recht weist *D. Murswiek*, Bewältigung (Fn. 298), S. 222, auf das Erfordernis eines projekt- oder sogar technologieübergreifenden Konzeptes zur Risikooptimierung hin. Diese Koordinierung ist nur mit Hilfe einer vorweggenommenen abstrakten Bewertung der Risikopotentiale möglich.
- 304 So etwa die differenzierte verfahrensrechtliche Behandlung von gentechnischen Arbeiten und Anlagen einerseits sowie von Freisetzung und Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen andererseits.
- 305 Die unterschiedliche Behandlung chemischer Alt- und Neustoffe ist beispielsweise darauf zurückzuführen, daß bei Einführung des Anmeldeverfahrens für Neustoffe bereits ca. 100 000 Altstoffe auf dem Markt waren, deren Überprüfung für die Verwaltung praktisch unmöglich war.
- 306 *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 117.
- 307 Schwierigkeit und Notwendigkeit der Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens an naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, also biologischen Vorgängen im Bereich der Gentechnik, deckt ein vom OVG Münster entschiedener Fall auf, vgl. Beschl. v. 31.8.2000, NVwZ 2001, S. 110, mit krit. Besprechung von *R. Müller-Terpitz*, Genraps-Bauer wider Willen, NVwZ 2001, S. 46 ff., in dessen Mittelpunkt die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 GenTG von durch Zufallskreuzungen genetisch verändertem Raps stand. In seiner Replik auf die Besprechung führt *J. Friedrich*, Die Markteinführung gentechnisch veränderter Lebensmittel durch Pollenflug, NVwZ 2001, S. 1129 f. hierzu aus: »Im Gentechnikrecht ist für die Markteinführung von GMO ein gestuftes Verfahren vorge-

rücksichtigen, daß die Gentechnik mit lebenden Organismen arbeitet, deren Wirkung und Verbreitung kaum berechnet werden kann und die, einmal aus dem geschlossenen System entlassen, praktisch nicht rückholbar sind. Ihre Entwicklung in der Umwelt ist kaum zu verfolgen, und es steht damit zu befürchten, daß die GVO zu Quellen »sich fortpflanzender« Schäden werden. Nur selten sind Erkenntnisse übertragbar, so daß die Erfahrungsbasis selbst im Vergleich zur Nukleartechnologie gering bleibt. Synergieeffekte zwischen freigesetzten GVO und in der Umwelt vorgefundenen Faktoren bergen weitere Risiken in sich.

Die Gentechnologie stellt die Behörden damit vor die für das Risikoverwaltungsrecht typischen Schwierigkeiten: Während einerseits das Auftreten gravierender Schäden bei Beachtung der üblichen Sicherheitsvorkehrungen bislang nicht nachgewiesen ist, gibt es andererseits eine Vielzahl denkmöglicher Risiken, die sich empirisch noch nicht haben widerlegen lassen und deren teilweise Beurteilung allenfalls mit Hilfe von externem naturwissenschaftlichen Sachverstand möglich ist.³⁰⁸

Trotz des »Katastrophenpotentials«³⁰⁹ der Gentechnologie wurde der Bereich erst 1990 parlamentsgesetzlich geregelt.³¹⁰ Das GenTG erging zugleich als Umsetzung der EG-Richtlinien zur Gentechnik (System- und Freisetzungsrichtlinie)³¹¹ sowie als Reaktion auf eine Aufsehen erregende Entscheidung des hessischen VGH.³¹² Dieser hatte zwei der Firma Hoechst nach Immissionsschutzrecht erteilte Genehmigungen für Versuchsanlagen, in denen u.a. GVO verwendet werden sollten, mit dem Argument suspendiert, gentechnische Anlagen dürften nur aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über die Nutzung der Gentechnologie errichtet und betrieben werden, was aus den grundrechtlichen Schutzpflichten des Gesetzgebers in Verbindung mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz folge. 1993 wurde das Verfahren nach dem GenTG als Reaktion auf Proteste seitens der Industrie gegen die

sehen, nach dem zunächst die Freisetzung [. . .] zu genehmigen ist und erst anhand der dann vorliegenden Erkenntnisse das Inverkehrbringen gestattet werden kann. Diese juristisch überzeugende Konstruktion hat jedoch den kleinen Schönheitsfehler, daß ihr keine Bindungswirkung in Bezug auf biologische Vorgänge zukommt.« – Zur Steuerungsfähigkeit des Rechts im Bereich der Gentechnik allgemein *M. Schröder*, *Gentechnikrecht* (Fn. 299), S. 128 ff.

308 Vgl. speziell zum Gentechnikrecht *D. Murswiek*, *Bewältigung* (Fn. 298), S. 212, und *U. Di Fabio*, *Risikoentscheidungen* (Fn. 291), S. 136.

309 *C. Perrow*, *Normale Katastrophen*, 2. Aufl. 1992, S. 342.

310 Zuvor hatten sich die in den Dachverbänden der chemischen und pharmazeutischen Industrie zusammengeschlossenen Unternehmen bereits den vom Bundesministerium für Forschung und Technologie nach amerikanischem Vorbild entwickelten »Richtlinien zum Schutz vor Gefahren durch in-vitro neukombinierte Nukleinsäuren« unterworfen, die bis zu einer Konkretisierung durch Verwaltungsakt oder Vertrag jedoch unverbindlich blieben.

311 90/219/EWG, ABl. EG 1990 Nr. L 117/1 und 90/220/EWG, ABl. EG Nr. L 117/15.

312 Hess. VGH, Beschl. v. 6.11.1989 – 8 TH 685/89, JZ 1990, S. 88 ff. = NJW 1990, S. 336 ff. = BB 1989, S. 2285 ff. = DB 1989, S. 2427 ff.

»wettbewerbsfeindliche Bürokratie« erstmals gestraft, blieb in seinem Kern aber unverändert.

Die Genese des GenTG zeigt bereits die Zweckambivalenz jeder Regulierung der Gentechnik, die auch in § 1 GenTG zum Ausdruck kommt und den Hintergrund einiger verfahrensrechtlicher Binnendifferenzierungen bildet: Schutz von Mensch und Umwelt einerseits, Förderung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten andererseits.³¹³

Das GenTG regelt jeglichen Umgang mit GVO, von der Herstellung über die Handhabung in gentechnischen Anlagen bis zum bestimmungsgemäßen Kontakt mit der Umwelt. Hintergrund dieser zentralen Stellung des GVO ist das vom Gesetzgeber vermutete »gentechnische Basisrisiko«³¹⁴, die Annahme, daß GVO auf jeden Fall so gefährlich oder zumindest der Gefährlichkeit verdächtig sind, daß ihre Handhabung eine rechtliche Regelung erfordert und rechtfertigt.³¹⁵

Im einzelnen ist der Verfahrensablauf abhängig von der Differenzierung zwischen gentechnischen Arbeiten in geschlossenen und offenen Systemen (§§ 7 ff. GenTG, §§ 14 ff. GenTG), der vom Risikopotential abhängigen Zuordnung zu den vier Sicherheitsstufen des § 7 GenTG, dem Zweck der Anlage (Forschung oder gewerblich) und der Vergleichbarkeit oder gar Übereinstimmung mit bereits durchgeführten Arbeiten. Nach Maßgabe dieser Kriterien werden die im GenTG bereitgestellten Verfahrensbausteine verbunden. An dieser Stelle soll der Blick nicht auf die unterschiedlichen Kombinationsmöglichkeiten, sondern auf Funktion und Struktur der wesentlichen Elemente gelenkt werden:

- *Beratung durch die Behörde im Vorfeld des Verfahrens, § 2 GenTVfV.* Die dem eigentlichen Verfahren vorgeschaltete Beratung und Einführung durch die Behörde dient der möglichst zügigen und im ersten Anlauf ordnungsgemäßen Antragstellung, insbesondere mit Blick auf die umfangreichen Prüf- und Dokumentationspflichten. Die gleichzeitige Erörterung der Realisierungschancen des Projektes soll einer Bindung von Verwaltungsressourcen durch die Eröffnung offensichtlich aussichtsloser Verfahren vorbeugen und eine sinnvolle Personal- und Arbeitsplanung auf Seiten der Verwaltung ermöglichen.³¹⁶

313 Fast einheitlich wird ein Vorrang des Schutzzwecks angenommen, vgl. statt vieler *M. Herdegen*, in: W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitsch, *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Bd.1, Stand 6/2000, § 1, Rn. 26 f. m.w.N.

314 Vgl. *M. Schröder*, *Gentechnikrecht* (Fn. 299), S. 89.

315 *R. Wahl*, in: R. Landmann/G. Rohmer, *Umweltrecht* (Fn. 252), 10.1 Vorb. GenTG, Rn. 65; zur insofern inkonsequenten Ausnahme des außerbetrieblichen Transports aus dem Anwendungsbereich des GenTG vgl. *M. Schröder*, *Gentechnikrecht* (Fn. 299), S. 84.

316 Vgl. *M. Ronellenfitsch*, in: W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitsch, *Gentechnik* (Fn. 313), § 11, Rn. 39.

- *Ermittlungs- und Bewertungspflicht*, § 6 Abs. 1 GenTG. Sie gehört zu den Grundpflichten jeder Person, die mit GVO arbeitet, und verlangt von ihr die Ermittlung und Bewertung der mit den GVO verbundenen Risiken sowie die fortlaufende Anpassung der Ergebnisse an den »Stand der Wissenschaft«.³¹⁷ Die Bewertungspflicht stellt sicher, daß die Verwaltung eine bereits vorstrukturierte Entscheidungsgrundlage erhält. Über diese Grundpflichten hinausgehende Dokumentationslasten sind nicht abhängig vom Gefährdungspotential, sondern vom Informationsstand der Behörde.³¹⁸
- *Projektleiter und Beauftragter für die Biologische Sicherheit*,³¹⁹ § 6 Abs. 4 GenTG. Während die Einstellung eines Projektleiters sicherstellen soll, daß beim Umgang mit GVO auch auf privater Seite permanent die erforderliche Sachkunde vorhanden ist,³²⁰ ist der Beauftragte für die Biologische Sicherheit ein dem aus dem sonstigen Umwelt- und Technikrecht bekannten Betriebsbeauftragten vergleichbares Instrument der Selbstkontrolle.³²¹
- *Anmelde- oder Genehmigungsverfahren in Abhängigkeit vom Risikopotential*. Während Freisetzung und Inverkehrbringen von GVO stets genehmigungspflichtig sind (§ 14 GenTG), wird über das vor der Errichtung von gentechnischen Anlagen zu durchlaufende Verfahren von der Verwaltung im Rahmen einer Einzelfallprüfung entschieden.³²² Mit dieser Differenzierung trägt der Gesetzgeber dem grundsätzlich unterschiedlichen Risikopotential von Arbeiten in offenen und geschlossenen Systemen Rech-

317 Zum dynamischen Charakter der Grundpflichten vgl. *R. Wahl*, in: *R. Landmann/G. Rohmer*, Umweltrecht (Fn. 252), 10.1 GenTG § 6, Rn. 7 f.

318 Im Genehmigungs- und Anmeldeverfahren sind grundsätzlich dieselben Unterlagen beizufügen (§ 11 Abs. 2 GenTG einerseits, § 12 Abs. 3 GenTG andererseits). Unterschiede bestehen jedoch zwischen Erst- und Fortführungsgenehmigung (§ 11 Abs. 2 GenTG einerseits und § 11 Abs. 4 andererseits).

319 Legaldefinitionen in § 3 Nr.10, 11 GenTG, ausführliche Regelung des Projektleiters in §§ 14 f. GenTSV, des Beauftragten für die Biologische Sicherheit in §§ 16-19 GenTSV.

320 Dies kann aus § 13 Abs. 1 Nr. 2 GenTG geschlossen werden, vgl. *M. Ronellenfitch*, in: *W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitch*, Gentechnik (Fn. 313), § 3, Rn. 94. Da es in erster Linie nicht um Kontrolle, sondern um Bereitstellung von Sachverstand geht, können Betreiber und Projektleiter personenidentisch sein. – Ähnliche Verpflichtungen sind in anderen Bereichen des Risikoverwaltungsrechts angelegt, etwa im Atomrecht, vgl. §§ 29 ff. StrlSchV, oder im Arzneimittelrecht, § 63a AMG.

321 Vgl. *M. Ronellenfitch*, in: *W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitch*, Gentechnik (Fn. 313), § 3, Rn. 99; zur Möglichkeit der Personenidentität vgl. *R. Wahl*, in: *R. Landmann/G. Rohmer*, Umweltrecht (Fn. 252), 10.1 GenTG § 6, Rn. 84. Allgemein zum Instrument des Betriebsbeauftragten vgl. *M. Kloepper*, Umweltrecht (Fn. 316), § 5, Rn. 321 ff. m.w.N.

322 Grundsätzlich besteht auch hier ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 GenTG; Ausnahmen, in denen lediglich eine Anmeldepflicht besteht: In § 8 Abs. 2 GenTG für Anlagen der Sicherheitsstufe 1 und § 9 Abs. 1 S. 1 GenTG für weitere gentechnische Arbeiten der Sicherheitsstufen 2, 3 und 4 zu Forschungszwecken. § 9 Abs. 1 S. 2 GenTG sieht für von staatlicher Seite veranlaßte Vorhaben sogar eine gänzliche Befreiung von der Anmeldepflicht vor.

nung³²³, das in der fehlenden Rückholbarkeit freigesetzter GVO begründet liegt.

- *Risikobewertung der Behörde und Zuordnung zu Sicherheitsstufen.* Auf der Grundlage der vom Vorhabenträger zusammengestellten Unterlagen nimmt die Behörde eine eigenständige Risikobewertung einer gentechnischen Anlage vor, ordnet das Projekt einer Sicherheitsstufe zu und bestimmt die erforderlichen Schutzvorkehrungen.³²⁴ Zu diesem Zweck ist sie berechtigt, weitere Informationen beim Antragsteller anzufordern, vgl. §§ 11 Abs. 5 S. 2, 12 Abs. 4 GenTG.
- *Bestimmung der »vertretbaren schädlichen Einwirkungen«, § 16 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 GenTG.* Die Genehmigungsfähigkeit der Freisetzung und des Inverkehrbringens eines GVO wird nicht im Wege des wertenden Vergleichs über ein Stufensystem bestimmt, sondern im Rahmen einer Abwägung im Einzelfall zwischen möglichen schädlichen Einwirkungen auf die Schutzgüter des GenTG und dem Zweck der Freisetzung bzw. des Inverkehrbringens (§ 16 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 GenTG – »Kosten-Nutzen-Analyse«).³²⁵ Während der Gesetzgeber das hinnehmbare Risiko für gentechnische Anlagen mit dem Sicherheitsstufensystem selbst bestimmt hat und lediglich die Risikobewertung der Verwaltung überläßt, ist hier die Behörde berufen, eine Risikomanagemententscheidung zu treffen.
- *Zentrale Datensammlung beim Robert-Koch-Institut, § 29 GenTG.* Sie soll der Verwaltung eine zügige Erschöpfung der Erkenntnisquellen ermöglichen.
- *Stellungnahme der Zentralen Kommission für Biologische Sicherheit (ZKBS).* Eine zentrale Position sowohl bei der Ausarbeitung von Ausführungsverordnungen zum GenTG wie auch bei jeder einzelnen Eröffnungskontrolle nimmt die ZKBS ein (vgl. §§ 5 S. 1, 7 Abs. 1 S. 2 GenTG). Ihr gehören zehn Experten der einschlägigen naturwissenschaftlichen Felder sowie fünf Vertreter typischerweise betroffener gesellschaftlicher Gruppen an.³²⁶ Bei jeder Bewertung eines neuartigen Projektes ist die Stellungnahme der Kommission einzuholen (§§ 11 Abs. 8 S. 1, 16 Abs. 5 S. 2 GenTG), eine Abweichung von ihren Empfehlungen ist begründungspflichtig (§ 11 Abs. 8 S. 3 GenTG). Damit liegt die Entscheidungskompe-

323 Kontrollintensität und Risikopotential sind im GenTG durchgehend gekoppelt, vgl. *R. Wahl*, in: *R. Landmann/G. Rohmer, Umweltrecht* (Fn. 252), 10.1 Vorb. GenTG, Rn. 10 ff.

324 Dies folgt aus § 13 Abs. 1 Nr. 4 GenTG. Risikobewertung und Einstufung sind im einzelnen in §§ 4-7 GenTSV geregelt. In §§ 8-13 GenTSV i.V.m. Anhang II ff. werden die den Sicherheitsstufen entsprechenden Schutzvorkehrungen bestimmt. – Keine Anwendung findet das Sicherheitsstufensystem auf Freisetzung und Inverkehrbringen von GVO.

325 Dies erklärt die in § 14 Abs. 1 Nr. 3 GenTG verankerte Zweckbindung einer Genehmigung.

326 Vgl. § 4 GenTG: Vertreter aus den Bereichen der Gewerkschaften, des Arbeitsschutzes, der Wirtschaft, des Umweltschutzes und der forschungsfördernden Organisationen.

tenz de facto bei der ZKBS, die Behörde bleibt jedoch rechtlich verantwortlich.³²⁷

- *Öffentliche Anhörung, § 18 GenTG.* Die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit an Entscheidungen über die Genehmigung besonders risikoträchtiger Anlagen verfolgt ein dreifaches Anliegen: Zum einen dient sie dem frühzeitigen Rechtsschutz des Bürgers, der sich informieren und Bedenken geltend machen kann. Seine Beiträge sollen gleichzeitig die Informationsgrundlage der Behörde verbessern und somit dazu beitragen, daß die richtige Entscheidung getroffen wird. Die Beteiligung der Betroffenen am Entscheidungsfindungsprozeß verspricht überdies eine höhere Akzeptanz des Ergebnisses und ist insoweit Reaktion auf das moderne Gefährdungsbewußtsein, das vermehrt zu Protesten gegen Verwaltungsentscheidungen geführt hat.³²⁸
- *Bearbeitungsfristen.* Den einzelnen Verfahrensabläufen ist ein ausdifferenziertes System der Bearbeitungsfristen zugeordnet. Hierbei handelt es sich um Ordnungsvorschriften³²⁹, die eine Disziplinierung der Verwaltung und eine Straffung des Verfahrens zum Ziel haben und ggf. Amtshaftungsansprüche auslösen können.
- *Überwachungspflichten des Betreibers (Aufzeichnung, § 6 Abs. 3 GenTG, und Anzeige, § 21, insbes. Abs. 3-5 GenTG).* Die Pflicht eines jeden Betreibers, entscheidungserhebliche Änderungen der Umstände umgehend mitzuteilen, soll einen konstanten Informationsfluß gewährleisten und der Verwaltung so die für eine fortlaufende Überprüfung der Erstentscheidung anhand des aktuellen Erkenntnisstandes erforderliche Informationsgrundlage verschaffen. Die Aufzeichnungspflichten des § 6 Abs. 3 GenTG sollen die staatliche Überwachung sowie die Ursachenforschung im Schadensfall erleichtern und den Betreiber mit Blick auf §§ 6 Abs. 1, 2 und 21 GenTG zugleich zur Eigenkontrolle anhalten.³³⁰
- *Anpassung der Erstentscheidung* (Einbeziehung außerrechtlichen Fortschritts; Rücknahme, Widerruf, einstweilige Einstellung, Ruhen, Erlöschen bei nicht rechtzeitigem Beginn). Die Aktualisierung der Erstent-

327 Vgl. hierzu R. Wahl, in: R. Landmann/G. Rohmer, Umweltrecht (Fn. 252), 10.1 GenTG, §§ 4, 5, Rn. 19 f.

328 Vgl. J. Schwab, in: W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitch, Gentechnik (Fn. 313), § 18, Rn. 9 f. und § 11, Rn. 30.

329 Ausnahme: Fiktion eines zustimmenden Verwaltungsaktes nach Ablauf der Wartefrist im Anmeldeverfahren gem. § 12 Abs. 7 S. 2 GenTG. – Eine Genehmigungsfiktion als Sanktion der Fristüberschreitung konnte der Gesetzgeber mit Rücksicht auf den Schutzzweck des GenTG im übrigen nicht vorsehen, vgl. M. Ronellenfitch, in: W. Eberbach/P. Lange/M. Ronellenfitch, Gentechnik (Fn. 313), § 11, Rn. 110.

330 Vgl. M. Marx, Sicherheitsstandard (Fn. 291), S. 96; J. Fluck, Aufzeichnungs-, Aufbewahrungs- und Vorlagepflichten bei gentechnischen Arbeiten, DÖV 1991, S. 129 (130); R. Wahl, in: R. Landmann/G. Rohmer, Umweltrecht (Fn. 252), 10.1 GenTG, § 6, Rn. 75. – Ein Verstoß gegen die Aufzeichnungs- oder Anzeigepflicht kann überdies gem. § 38 Abs. 1 Nr. 1, 9, Abs. 2 GenTG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

scheidung wird zum einen mit Hilfe der Bezugnahme auf außerrechtliche Entwicklungen über den Verweis auf den »Stand der Wissenschaft (und Technik)«³³¹ (vgl. nur §§ 6 Abs. 1 S. 1, 7 Abs. 1, 16 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GenTG) erreicht. Überdies wird der Verwaltung ein gegenüber den Regelungen in den Verfahrensgesetzen der Länder erweitertes Instrumentarium der Anpassung zur Verfügung gestellt: Gem. § 20 GenTG kann sie bei nachträglicher Änderung der genehmigungsrelevanten Tatsachen statt der Aufhebung der Genehmigung die schonendere »einstweilige Einstellung einer Tätigkeit« (Abs. 1) anordnen und dem Betreiber so die Möglichkeit geben, die Voraussetzungen für eine Fortführung seines Vorhabens zu schaffen.³³² Abs. 2 ermöglicht die Anordnung des Ruhens einer Genehmigung schon bei begründetem Verdacht und trägt damit dem erheblichen Gefährdungspotential freigesetzter GVO Rechnung. Während bisher gem. § 27 GenTG lediglich die Wirksamkeit ungenutzter Genehmigungen auf i.d.R. drei Jahre begrenzt ist, verlangt die im März 2001 verabschiedete EG-Richtlinie über die Freisetzung genetisch veränderter Organismen nun die Befristung jeder Zulassung des Inverkehrbringens auf zehn Jahre³³³.

Mit dem GenTG hat der Gesetzgeber einen »Gestaltungsauftrag«³³⁴ an die Verantwortungsgemeinschaft aus Risikoproduzent, Verwaltung und ZKBS vergeben; die Behörde übernimmt insofern lediglich die Funktionen eines Steuerungszentrums. Zwar bleibt die Verwaltung rechtlich für die Entscheidung verantwortlich, sie wird aber de facto von der ZKBS getroffen. Die Dominanz wissenschaftlicher Erkenntnisse im Prozeß der Entscheidungsfindung springt geradezu ins Auge. Dabei erscheint es zumindest fraglich, ob das Vertrauen in diese Erkenntnisquelle beim Umgang mit einem Phänomen gerechtfertigt ist, das gerade in den Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnismöglichkeiten begründet liegt.

331 Zur unterschiedlichen Bedeutung der beiden Wendungen vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 126. Zu dieser Form der Einbeziehung generalisierender technischer oder wissenschaftlicher Regelungen allgemein *F. Ossenbühl*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: *HdbStR* III, 2. Aufl. 1996, § 65, Rn. 7 ff.; *W. Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, *HdbStR* Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 36, insbes. Rn. 26 ff.

332 Hier wird noch einmal die janusköpfige Schutzrichtung des GenTG deutlich: Neben dem Rechtsgüterschutz soll der Betrieb gentechnischer Industrieanlagen ermöglicht werden.

333 Vgl. Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2001/18/EG, die bis zum 17.10.2002 in das nationale Recht umzusetzen ist. – Zusammen mit der in Art. 18 vorgesehenen Erweiterung der Kennzeichnungspflichten soll diese Regelung die auf massive Proteste von Umweltverbänden zurückzuführende faktische Blockade neuer Zulassungen von GVO seit 1998 beheben und ein Wiederankurbeln der gentechnischen Industrie ermöglichen, vgl. *SZ* vom 17.10.2001, S. 7: »EU dringt auf schnellere Genehmigung von Gen-Produkten«.

334 Im Gegensatz zum Auftrag des Normvollzugs, vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 136. Zur Funktionsverlagerung zugunsten der Exekutive (von der subsumtionsmäßigen Anwendung festliegender Bewertungsmaßstäbe zu gestaltender Konkretisierung) vgl. *C. Degenhart*, Bewältigung (Fn. 294), S. 2441.

3. Strukturelemente

Insgesamt gesehen zeichnet sich das Risikoverfahren nicht vornehmlich durch die Verwendung eigener aufgabenspezifischer Verfahrenselemente aus. Seine Eigenständigkeit basiert vielmehr auf der an den spezifischen Anforderungen orientierten Kombination und Ausgestaltung von aus anderen Bereichen bekannten Bausteinen.³³⁵ So bestehen etwa Dokumentationspflichten für den Antragsteller nicht nur in typischen Risikoverwaltungsmaterien. Ihre Erweiterung in Umfang (insbes. die Verpflichtung zur Durchführung umfangreicher wissenschaftlicher Experimente) und Dauer (über die Eröffnungskontrolle hinaus) und die damit verbundene Relativierung des Amtsermittlungsgrundsatzes gem. § 24 (L)VwVfG scheint dagegen für das Risikoverfahren charakteristisch zu sein. Der Unterstützung durch Sachverständigengremien bedient sich die Verwaltung in zunehmendem Maße.³³⁶ Soweit es jedoch um Entscheidungen über risikobehaftete Projekte geht, wird externer Sachverständiger systematisch und an zentraler Stelle beteiligt. Als weitere Strukturmerkmale des Risikoverfahrens sind auszumachen:

a) Sachverhaltsaufbereitung durch den Risikoproduzenten

Entgegen dem sonst geltenden Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) treffen den Risikoproduzenten regelmäßig umfangreiche Ermittlungs-, Dokumentations- und Kennzeichnungspflichten.³³⁷ Ursächlich dafür sind die knappen personellen Ressourcen und die mit der Prüfung etwa eines neuen chemischen Stoffes verbundenen erheblichen Kosten.³³⁸ Auf der anderen Seite werden die Behörden zunehmend zu einer über § 25 VwVfG hinausgehenden und

335 So sind etwa im Gentechnikrecht Elemente des präventiven Anlagenrechts, der Sozialgestaltung wissenschaftlicher Forschung sowie der Produktsteuerung wiederzufinden, vgl. U. Di Fabio, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 136.

336 Vgl. statt vieler W. Brohm, Beratung (Fn. 331), Rn. 24 f., der als Beispiele etwa den Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesminister für Wirtschaft oder den Sozialbeirat beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung nennt.

337 Vgl. etwa die Prüf- und Dokumentationspflichten gem. §§ 7, 9 ff. ChemG; § 22 AMG oder § 12 Abs. 3 PflSchG i.V.m. §§ 1, 1a PflSchutzmittelV oder die Kennzeichnungspflichten gem. § 13 ChemG i.V.m. §§ 5 ff. GefStV; §§ 10 f. AMG; § 20 PflSchG. Für eine Fortschreibung und Ausweitung privater Sachverhaltsaufbereitung spricht sich die EU-Kommission in ihrem Weissbuch Chemikalienpolitik aus. Sie sieht hierin den Weg zur Behebung des eklatanten Informationsdefizits im Bereich chemischer Altstoffe, Weissbuch, KOM (2001) 88 endg., S. 6 ff. – Wie im Gentechnikrecht, vgl. oben Fn. 335, versucht man, den erkannten Defiziten in erster Linie durch den Ausbau vorhandener Verfahrenselemente entgegenzuwirken.

338 Die Prüfkosten für die Anmeldung eines neuen chemischen Stoffes betragen in der Grundstufe ca. 200 000 DM, eine Krebsstudie ist in der Regel nicht unter 1 Million DM erhältlich. Zahlen nach W. Mahlmann, Chemikalienrecht, 2000, S. 35.

mit den Dokumentations- und Ermittlungslasten korrespondierenden Beratung verpflichtet.³³⁹

b) *Entscheidungsdominanz kollegialen externen Sachverständs*

Insbesondere die Bewertung des wirkungsbezogenen Gefährdungspotentials eines neuen Produktes i.w.S. für Mensch und Umwelt ist ohne vertiefte Kenntnisse in den einschlägigen Wissenschafts- oder Technologiebereichen in der Regel nicht zu leisten. Die Verwaltung ist daher auf die Beteiligung externen Sachverständs an zentraler Stelle des Entscheidungsfindungsprozesses angewiesen. Die vor diesem Hintergrund eingeführten Gremien übernehmen de lege Beratungsfunktionen mit Blick auf Risikobewertung und -management; de facto verfügen sie zumeist über die Entscheidungskompetenz. Eine aufgabenorientierte Regelung ihrer Zusammensetzung (Risikobewertung → Sachverständigenrat,³⁴⁰ Risikomanagement → pluralistisches Gremium) wäre eine in diesem Zusammenhang wünschenswerte Entwicklung.³⁴¹

c) *Reversibilität der Entscheidung*

Jede Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen muß als vorläufige, als Momentaufnahme in einem fortdauernden Verfahrensverhältnis ausgestaltet sein. Das Verfahren der Risikoverwaltung hat daher die Reversibilität der Erstentscheidung gegenüber der herkömmlichen Bestandskraft erheblich erhöht, etwa mittels der Befristung von Zulassungen, der Erweiterung der Aufhebungsmöglichkeiten und der Zulässigkeit nachträglicher Auflagen, der zusätzlichen Möglichkeit, das einstweilige Ruhen einer Entscheidung anzuord-

339 Beratungspflichten der Behörde finden sich beispielsweise in § 2 GenTVfV oder in §§ 2 f. der 9. BImSchV.

340 Bedenklich bleibt freilich, daß Wissenschaftler bei der Bewertung der Risiken von Forschungsprojekten vielfach als »Richter in eigener Sache« auftreten werden.

341 Bisher scheint es eine derartige Differenzierung nicht zu geben. Die in den einzelnen Sachbereichen bestellten Kommissionen übernehmen in der Regel bei gleichbleibender Besetzung sowohl der Risikobewertung als auch dem Risikomanagement zuzuordnende Aufgaben. So ist etwa die Zulassungskommission nach § 25 Abs. 6 AMG, die ausschließlich mit wissenschaftlichen Sachverständigen der einschlägigen Therapierichtungen besetzt ist, einerseits zur therapeutischen Wirksamkeit eines Arzneimittels zu hören (§ 25 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 4). Andererseits nimmt sie Stellung zur »Angemessenheit« der Qualität (§ 25 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3) und zur »Vertretbarkeit« der schädlichen Wirkungen (§ 25 Abs. 6 S. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 5). Der Gefahrstoffausschuß (§ 20b ChemG i.V.m. § 52 GefStV) wiederum, ein ganz überwiegend mit Vertretern der betroffenen gesellschaftlichen Gruppen besetztes Gremium, unterstützt nicht nur bei der Entwicklung von Arbeitsschutzregeln (§ 52 Abs. 1 GefStV), sondern berät den Bundesminister auch bei der Frage, welche Stoffe krebserzeugend, erbgutverändernd oder fortpflanzungsgefährdend sind (§ 52 Abs. 3 GefStV).

nen, sowie mittels dynamischer Verweise auf außerrechtliche Entwicklungen.³⁴²

d) *Kontinuierliche Risikokommunikation*

Typisches Element der Risikokommunikation³⁴³ im Vorfeld einer Entscheidung ist neben der Dokumentation durch den Antragsteller die Beteiligung der Öffentlichkeit im Wege der öffentlichen Anhörung. Sie hat nicht nur die Verbesserung der Informationsgrundlage der Behörde zum Ziel, sondern dient auch der Bildung von Vertrauen und der damit einhergehenden Akzeptanz der Verwaltungsentscheidung.³⁴⁴ Den kontinuierlichen Informationsfluß im Anschluß an die Eröffnungskontrolle sichern bislang hingegen allein die Anzeigepflichten des Risikoproduzenten³⁴⁵. Anwender oder nachgeschaltete Verreiber eines risikobehafteten Produktes werden nicht systematisch in die ständige Kontrolle der Erstentscheidung einbezogen, obwohl sie vielfach einen direkteren Zugang zu Informationen etwa bzgl. der Entwicklung eines Stoffes in der Umwelt hätten.³⁴⁶ Zu begrüßen ist daher der Vorschlag der EU-Kommission in ihrem Weissbuch zur Chemikalienpolitik, die Informationspflichten auf eben diesen Personenkreis zu erstrecken.³⁴⁷

342 Befristungen von Zulassungen finden sich z.B. in § 16 Abs. 1 PflSchG; § 31 Abs. 1 Nr. 3 AMG; erweiterte Aufhebungs- und Auflagemöglichkeiten z.B. in §§ 28, 30 AMG; § 16a Abs. 1-4 PflSchG. Ein einstweiliges Ruhen kann etwa gem. § 30 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 AMG oder § 16a Abs. 5 PflSchG angeordnet werden. – Zur Figur des vorläufigen Verwaltungsaktes vgl. allgemein P. Stelkens, in: P. Stelkens/H.-J. Bonk/M. Sachs, VwVfG (Fn. 2), § 35, Rn. 174 ff., zur begrenzten Bestandskraft von Entscheidungen im Risikobereich U. Di Fabio, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 307 ff.

343 Allgemein zur Bedeutung der Risikokommunikation R. Pitschas, Risikokommunikation (Fn. 292), S. 175 ff. Aus politikwissenschaftlicher und soziologischer Sicht A. Klinke/O. Renn, Risikokommunikation als integraler Bestandteil von Umweltrisikopolitik, in: B. Hansjürgens (Hrsg.), Umweltrisikopolitik (Fn. 291), S.138 ff.; zu Strukturen und Voraussetzungen informationellen Staatshandelns im Ungewißheitsbereich M. Heintzen, Behördliches Informationshandeln bei ungewissem Sachverhalt, NuR 1991, S. 301 ff.; U. Di Fabio, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 395 ff.

344 Vgl. zu dieser zentralen Funktion der Risikokommunikation mit den betroffenen Kreisen der Bevölkerung A. Klinke/O. Renn, Risikokommunikation (Fn. 343), S. 139, 147 ff.

345 Vgl. z.B. die Anzeigepflichten in §§ 16 ff. ChemG; §§ 29, 63a AMG oder § 15a Abs. 2 PflSchG.

346 So werden z.B. behandelnde Ärzte lediglich über ihre Berufsordnungen zur Mitteilung bislang unbekannter Risiken (Nebenwirkungen, Wechselwirkungen, Resistenzbildungen etc.) verpflichtet. Das AMG belastet nur den Arzneimittelhersteller bzw. seinen Stufenplanbeauftragten mit Meldepflichten (§§ 29, 63a AMG). – Zur notwendigen Beachtung des besonderen Wertes einer Spontanmeldung aber U. Di Fabio, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 242. Zu den rechtsstaatlichen Grenzen der Beteiligung der Öffentlichkeit an der Risikokommunikation vgl. R. Pitschas, Risikokommunikation (Fn. 292), S. 212 ff., U. Di Fabio, ebd., S. 416 ff.

347 Weissbuch, KOM (2001) 88 endg., S. 6 ff., 22 ff. Zugleich ist zur Förderung von Innovation und Wettbewerbsfähigkeit der chemischen Industrie die Erhöhung der über die Zulassungspflicht entscheidenden Mengenangaben vorgesehen. – Es spiegelt sich hier das – wie bei der Entwicklung des Gentechnikrechts – auch für das Risikoverfahren typische gegenläufige Verlangen nach Innovation und Sicherheit.

e) Zentrales Informationsmanagement

Die Sammlung aller im Rahmen der Eröffnungskontrolle oder der nachgeschalteten Risikokommunikation erlangten produktbezogenen Informationen in einer zentralen Datenbank³⁴⁸ und ihre Übermittlung auf Anfrage der einzelnen Behörden soll die informationelle Entscheidungsgrundlage der Verwaltung erweitern und eine zügigere Erschöpfung der Erkenntnisquellen ermöglichen. Neben datenschutzrechtlichen Vorkehrungen muß in diesem Zusammenhang geregelt werden, inwieweit ein Risikoproduzent auf von Vorantragstellern eingereichte Datensätze verweisen und damit eine eigene Prüfung umgehen kann. Denn mit dieser Vorgehensweise können erhebliche Verschiebungen der Marktchancen verbunden sein.³⁴⁹

E. Übergreifende Entwicklungstendenzen

Am Ende der Überlegungen steht der Versuch, die typenbildende Ausarbeitung und Zuordnung neuer Verfahrenselemente kurz in den Gesamtzusammenhang übergreifender Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrenrecht zu stellen.

I. Prozeduralisierung, Verfahrensprivatisierung und Verantwortungsteilung

Die vorgestellten »neuen« Verfahrenstypen verdeutlichen einmal mehr den unumkehrbaren und bereits häufig beschriebenen Trend zur Prozeduralisierung von Verwaltungsentscheidungen, der seinerseits einher geht mit Formen der Verfahrensprivatisierung und Verantwortungsteilung zwischen dem privaten und staatlichen Sektor.³⁵⁰ Der notwendige »Preis« für diese Aufgabenverlagerung »in« das Verwaltungsverfahren und auf private Akteure ist ein

348 Im GenTR beispielsweise angesiedelt beim Robert-Koch-Institut, im PflSchR bei der Biologischen Bundesanstalt und im Arzneimittelrecht beim Bundesgesundheitsamt. – Für das Chemikalienrecht schlägt die EU-Kommission nun die Einrichtung einer zentralen Datenbank vor, verwaltet von einem erweiterten Europäischen Büro für chemische Stoffe, über die nicht vertrauliche Prüfergebnisse und zusammenfassende Profile der einzelnen Chemikalien sogar den Bürgern sowie kleinen und mittleren Unternehmen frei zur Verfügung gestellt werden sollen, Weissbuch, KOM (2001) 88 endg., S. 27 ff.

349 § 13 PflSchG oder § 24a AMG verlangen daher beispielsweise die schriftliche Zustimmung des Vorantragstellers oder den Ablauf einer Wartezeit von zehn Jahren.

350 Zu diesen Strategien vgl. an dieser Stelle nur A. Voßkuhle, Regelungsstrategien (Fn. 224), insbes. 68 ff.

deutlicher Zuwachs an neutralitäts- und gemeinwohlsichernden Regelungen sowie eine weitere Ausdifferenzierung des Verwaltungsverfahrens.

II. *Ausdifferenzierung des Verwaltungsverfahrens*

Als Beleg für diese zunehmende Ausdifferenzierung des Verwaltungsverfahrens können die verschiedenen herausgearbeiteten Verfahrenstypen angeführt werden. Dem Komplexitätszuwachs auf der Aufgabenseite korrespondiert die Ausbildung unterschiedlicher funktionsadäquater Verfahrensstrukturen. Das Bedürfnis nach Differenzierung zeigt sich ferner auch in den Bereichen, in denen einem Hauptverfahren ein vereinfachtes Verfahren und/oder ein Modell der Verfahrensfreiheit zur Seite gestellt wird, etwa im Planfeststellungsverfahren (Planfeststellung/Plangenehmigung/Verfahrensfreiheit),³⁵¹ im Baugenehmigungsverfahren (Genehmigungsverfahren/Kennntnisgabeverfahren/Freistellung,³⁵² im formellen Genehmigungsverfahren (normales und vereinfachtes Verfahren)³⁵³ oder bei der Anmeldung neuer Stoffe (Anmeldung/eingeschränkte bzw. vereinfachte Anmeldung).³⁵⁴

III. *Normative Verdichtung der Kommunikationsbeziehung zwischen den Beteiligten im und um das Verwaltungsverfahren*

Einen dritten bereits an anderer Stelle³⁵⁵ eingehend beschriebenen Entwicklungsstrang stellt die normative Verdichtung der Kommunikationsbeziehung zwischen den Beteiligten im und um das Verwaltungsverfahren dar. Als Beispiel kann hier auf den Ausbau der Vorfeldkommunikation z.B. durch Beratungspflichten³⁵⁶ und die Einführung von Vor-Antragsverfahren³⁵⁷ verwiesen werden. Beide Regelungen dienen der umfassenden Optimierung der für das weitere verwaltungsrechtliche Prüfungsprogramm maßgeblichen Antragstellung innerhalb des bestehenden Korridors an rechtlichen Möglichkeiten. Fer-

351 Vgl. § 74 Abs. 6 und 7 VwVfG sowie § 31 Abs. 1 S. 3 WHG; § 14 Abs. 1 S. 2 WaStrG; § 41 Abs. 4 FlurbG; § 17 Abs. 1a FStrG; § 18 Abs. 2 AEG; §§ 8 Abs. 2, 28 Abs. 1 a LuftVG.

352 Vgl. z.B. §§ 49 ff. LBO BW.

353 Vgl. § 19 BImSchG i.V.m. 4, 13. BImSchV; §§ 8 f, 14 GenTG.

354 Vgl. §§ 6-7a ChemG; Art. 7 f. Richtlinie 92/32/EWG v. 30.4.1992 zur siebten Änderung der 4. Richtlinie 67/548/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Stoffe, ABl. EG Nr. L 154 vom 5.6.1992, S. 1 ff.; §§ 594 f. UGB-KomE.

355 Vgl. A. Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Abmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 349 (365-372).

356 § 71c VwVfG.

357 § 5 UVPg; § 2 Abs. 2 9. BImSchV; § 71c Abs. 2 VwVfG.

ner gehört in diesen Zusammenhang die Erweiterung der Kommunikationsformen, z.B. durch Institutionalisierung des »runden Tisches« in Form der Antragskonferenz, die dem Antragsteller – obwohl nicht »Herr des Verfahrens« – ein kommunikatives Initiativrecht einräumt.³⁵⁸ Hinzu treten neue Formen der informationellen Kooperation bei der Sachaufklärung (z.B. Anzeige-, Melde-, Mitteilungs-, Auskunft- und qualifizierte Erklärungspflichten des Antragstellers) und Informationsvermittlungspflichten der Behörde (z.B. durch den Einsatz privater Mediatoren und Projektmanager³⁵⁹ oder Unterrichtungspflichten im Verteilungsverfahren³⁶⁰). Schließlich ist eine verstärkte Mobilisierung »Dritter« als Informanten der Verwaltung zu beobachten. Neben der Beteiligung von Öffentlichkeit und Interessengruppen an Planungs- und Genehmigungsverfahren³⁶¹ kann hier auf den immer häufiger stattfindenden Rückgriff auf externen Sachverstand und die informationelle Inpflichtnahme Privater (z.B. durch die in Art. 5 Abs. 2, Art. 9 EG-Öko-Audit-VO geforderte Umwelterklärung im Rahmen des Öko-Audit-Verfahrens) verwiesen werden. Alle genannten Regelungen stärken den Informationsfluß und führen zu einem Abbau von Informationsdefiziten.

IV. *Verfahrenssperpetuierung*

In engem Zusammenhang mit der gesetzlich geleiteten Intensivierung der Kommunikationsbeziehung im und um das Verwaltungsverfahren steht eine weitere Entwicklungslinie, die man mit Verfahrenssperpetuierung umschreiben kann. Während bei den eingangs skizzierten verfahrensrechtlichen Grundtypen das Verfahren seinen Abschluß regelmäßig in einer hoheitlichen Entscheidung findet, tritt das Element der Abschlußentscheidung in neueren Verfahren zugunsten permanenter Kontroll-, Beobachtungs- und Kommunikationspflichten zurück, an die sich Phasen der Revision³⁶² und des Lernens³⁶³ anschließen. Besonders anschaulich zeigt sich dieser Umstand in den auf dauerhafte Optimierung angelegten Audit-Verfahren.³⁶⁴ Aber auch die Verfahren der Risikobewältigung besitzen kein wirkliches Ende.³⁶⁵ Die Dynamik der technischen Entwicklung und der Wissensgenerierung läßt

358 § 71e VwVfG.

359 Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 5 9. BimSchV; § 4b BauGB.

360 Vgl. oben D. I. 6. c).

361 Vgl. z.B. § 29 BNatSchG.

362 Vgl. etwa die Revisionsvorbehalte in Verfahren zur Risikobewältigung oben Fn. 342.

363 Zu diesen beiden Phasen W. Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Innovation im Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 9 (60-66).

364 Vgl. oben D. II. 2. c).

365 Vgl. oben D. III. 3. d).

immer nur Momentaufnahmen zu, die nicht mehr bieten als (rechtliche) Orientierungspunkte in einem fortlaufenden Prozeß.

V. *Optionalisierung*

Die zunehmende Verrechtlichung und Permanenz des Verwaltungsverfahrens widerspricht dem weithin konsentierten Ziel der Verfahrensflexibilisierung.³⁶⁶ Abhilfe sollen hier vor allem optionale Regelungsarrangements schaffen. Statt unabhängig von den individuellen Kosten-Nutzen-Präferenzen das fest gefügte Raster eines typisierten Verwaltungsverfahrens durchlaufen zu müssen, werden dem privaten Antragsteller verschiedene normativ vorgeklärte Wahloptionen eingeräumt, die auch Freiräume für unterschiedliche behördliche Verfahrensstrategien schaffen.³⁶⁷ Solche Wahlmöglichkeiten bestehen etwa in Qualitätssicherungsverfahren und von Haus aus im Vertragsverfahren. Daneben ist z.B. auf optionale Regelungen in den Landesbauordnungen³⁶⁸ oder im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren hinzuweisen.³⁶⁹ Ganz abgesehen vom sanften Zwang in Richtung einer Alternative³⁷⁰ darf – wie schon an anderer Stelle ausgeführt³⁷¹ – indes nicht übersehen werden, daß solche kostensensiblen optionalen Verfahrensregelungen, die den Kern der Beschleunigungsgesetzgebung bilden, in der Praxis zusätzlichen Informationsbedarf, zusätzlichen Prüfungsaufwand und zusätzliche Folgenabwägungen erfordern, und zwar auf Seiten der Behörde wie des Vorhabenträgers, der sich überlegen muß, ob er die jeweiligen Nachteile einer bestimmten Option in Kauf nehmen will. Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß die damit verbundenen Transaktionskosten bestehende Effizienzgewinne

366 Zu seiner ökonomischen Fundierung vgl. A. Voßkuhle, »Ökonomisierung« (Fn. 29), S. 357–361 m.w.N. Allgemein zur Flexibilisierung die Beiträge in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation* (Fn. 363); ferner BMWi (Fn. 31), Rn. 005, S. 219 ff.

367 Zu dieser Regulierungsstrategie vgl. A. Voßkuhle, *Kompensationsprinzip* (Fn. 195), S. 174–176, 206 f., 312 f. Vgl. auch aus dem Blickwinkel der Verantwortungsteilung *ders.*, *Regelungsstrategien* (Fn. 224), S. 79 f.

368 Vgl. z.B. § 51 Abs. 7 LBauO BW. Vgl. etwa ferner zur Option zwischen der Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens und eines Bauleitplanungsverfahrens § 17 Abs. 3 FStrG; § 28 Abs. 3 PBefG und § 37 Abs. 3 BW StraßenG. Zum Genehmigungsfreistellungsverfahren und zum Anzeige- bzw. Kenntnisgabeverfahren in den einzelnen Landesbauordnungen vgl. nur oben Fn. 25.

369 Beispiele: Zulassung des vorzeitigen Beginns der Errichtung einer noch nicht genehmigten Neuanlage (§ 8a Abs. 1 BImSchG) bzw. der Vornahme, ggf. sogar der Inbetriebnahme wesentlicher Anlagenänderungen (§ 8a Abs. 3 BImSchG); Auswahl zwischen bloßem Anzeige-, vereinfachtem oder gar förmlichem Genehmigungsverfahren (§§ 16 Abs. 4, 5, 19 Abs. 3 BImSchG); die Erstreckung des Genehmigungsverfahrens auf nicht genehmigungsbedürftige Anlagen (§ 23 Abs. 1a BImSchG). Zum Anzeigeverfahren im Immissionsschutzrecht vgl. oben Fn. 25.

370 Vgl. oben D. II. 3 a).

371 A. Voßkuhle, »Ökonomisierung« (Fn. 29), S. 363 f. m.w.N.

wieder weitgehend aufzählen. Auch eindeutige, einheitliche und ermessensfreie Verfahrensvorgaben können insofern effizient sein.

F. *Ausblick*

Der Anlaß dieser Tagung – 25 Jahre VwVfG – legt es nahe, zum Schluß die Frage aufzuwerfen, welche der herausdestillierten »neuen« Verfahrenstypen modellbildend in das Verwaltungsverfahrensgesetz integriert werden könnten. Für das Vertragsverfahren bestehen hier bereits konkrete Ansätze, die die Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag sinnvoll ergänzen können.³⁷² Darüber hinaus fällt es aufgrund der speziellen Anwendungsfelder und deren besonderem Anforderungsprofil schwer, für einen Ausbau der Teilkodifikation des VwVfG zu plädieren. Mehr spricht hier zunächst für eine Vereinheitlichung und Anpassung der jeweiligen Regelungen eines Verfahrenstyps in den Fachgesetzen im Sinne eines sektoralen Verwaltungsverfahrenrechts.³⁷³ Dabei könnte man daran denken, einem Gesetz eine Art dogmatische Führungsrolle zuzuweisen, etwa der Vergabeverordnung für das Verteilungsverfahren, dem Gerätesicherheitsgesetz für Teilbereiche des Qualitätssicherungsverfahrens und dem Gentechnikgesetz für das Risikoverfahren. Ohne strukturbildende Vorarbeiten innerhalb der Rechtsprechung und der Wissenschaft dürfte dieses Vorhaben aber kaum gelingen!

372 Vgl. hierzu *J. Ziekow*, in diesem Band, sowie *ders.*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001; *G. F. Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001.

373 So auch *R. Wahl*, Verwaltungsverfahren (Fn. 6), S. 173–175. Vgl. ferner etwa *H. Sendler*, Verwaltungsverfahrensgesetz und Umweltgesetzbuch, NVwZ 1999, S. 132 (133).

