

# Das Verwaltungsverfahrenswesen im Spiegel der Kommentarliteratur

Ulrich Ramsauer

## I. Problemstellung

Die Reform des Verwaltungsverfahrenswesens ist nicht nur eine Angelegenheit des Gesetzgebers, sondern sämtlicher Akteure auf den Gebieten der Verwaltung und des Verwaltungsrechts. Für manche Reformschritte ist das Tätigwerden des Gesetzgebers nicht hinreichend, für manche nicht einmal notwendig, weil sie sich durchaus im Rahmen des geltenden Rechts verwirklichen lassen. Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder lassen der Verwaltung weite Spielräume für eine effiziente Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. In welchem Umfang die Verwaltung Vorschläge und Ideen der Reformdiskussion aufgreift und im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts in ihre tägliche Praxis übernimmt, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es gelingt, die im Zuge der Diskussion entwickelten Vorschläge und Handlungskonzepte den maßgeblichen Akteuren »in gebrauchsfähiger Form« zu vermitteln. Der Kommentarliteratur zum Verwaltungsverfahrensgesetz kommt hierbei eine wichtige Rolle zu. In den Kommentierungen spiegelt sich nicht nur die Praxis des Verwaltungsverfahrens und ihre rechtliche Bewältigung wieder, sondern auch der Stand der Rezeption innovativer Vorschläge aus der Reformdiskussion. Die nachfolgende Untersuchung geht der Frage nach, welche Vermittlungsleistungen die Kommentarliteratur zum VwVfG im Hinblick auf die Innovationsdiskussion der letzten 10 Jahre<sup>1</sup> erbringt. Weiter soll untersucht werden, worin die Ursachen für die eher zögerliche Rezeption innovativer Vorschläge liegen, die in der Kommentarliteratur festzustellen ist. Schließlich sollen an einigen Beispielfällen Rezeptionsmöglichkeiten aufgezeigt werden, die bisher nicht oder nur begrenzt genutzt wurden.

1 Hierbei geht es im wesentlichen um diejenigen Überlegungen und Vorschläge, die in den von Hoffmann-Riem und Schmidt-Abmann herausgegebenen Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts ihren Niederschlag gefunden haben, von Bd. 1 (Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, 1993) bis Bd. 8 (Verwaltungskontrolle, 2001). Eine gute Zusammenfassung findet sich bei Voßkuhle, »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch Bd. 92 (2001), 185 ff.

## 1. *Kommentare als Ebene der Vermittlung von Verwaltungsinnovation*

Die Kommentarliteratur spielt sowohl in der juristischen Diskussion, also im allgemeinen Prozess der Herausbildung von Meinungen und Standpunkten, eine Rolle als auch für die Alltagspraxis der Akteure in Verwaltungsverfahren, wenn es um konkrete Hilfe bei der Entscheidungsfindung geht. Für beide Funktionen können Kommentare Gedanken und Vorschläge aus der Innovationsdiskussion aufgreifen und darstellen, also darüber informieren, sie aber auch verarbeiten und in vorhandene Argumentationsstrukturen und Handlungsmuster einbauen. Wie noch zu zeigen sein wird, handelt es sich dabei um unterschiedliche Stadien der Bewältigung neuen Materials und damit auch um unterschiedliche Vermittlungsleistungen. Die bloße Darstellung von Gedankengängen und Vorschlägen aus der Innovationsdiskussion erfordert zwar auch jedenfalls ansatzweise deren analytische Bewältigung, lässt aber den eigentlichen Adaptionprozess noch weitgehend offen. Dem Leser werden zwar an geeigneter Stelle in der Kommentierung Informationen gegeben, deren Bedeutung für Auslegung und Anwendung des Gesetzes aber nicht ohne weiteres auf der Hand liegt und die er deshalb nicht ohne weiteres in bestehende Handlungsmuster und Gedankengebäude integrieren kann. Die Vermittlung ist dann nur zur Hälfte gelungen. Erst wenn innovative Überlegungen mit überkommenen Strukturen und Handlungsrationitäten wirklich konfrontiert werden und der Einbau in handlungs- bzw. entscheidungsrelevante rechtliche Zusammenhänge gelingt, kann von einer echten Vermittlungsleistung die Rede sein.

Die Integration innovativer Vorschläge und Gedanken in vorhandene Argumentationsstrukturen und Handlungsmuster erfordert eine echte Übersetzungs- bzw. Umsetzungsleistung, die über die analytische Bewältigung hinausgeht. In der Innovationsdiskussion wird häufig gerade nicht »immanent« innerhalb der verfahrensrechtlichen Bezugssysteme und Ordnungsmuster gearbeitet und gedacht; vielmehr werden diese Systemstrukturen selbst zum Gegenstand der Diskussion und der Kritik. Weder von ihrer Begrifflichkeit noch von ihrer Rationalität her lassen sich die Vorschläge und Überlegungen deshalb bruchlos in vorhandene Kommentierungen einpassen. Es verwundert daher nicht, dass die Kommentare zum VwVfG die Vermittlung umso besser bewältigt haben, je geringer die Anforderungen an die erforderliche Umsetzung bzw. Übersetzung in Bezug auf die gewachsenen Strukturen des VwVfG und seiner Kommentierung sind.

## 2. *Die Kommentierungen des VwVfG*

Die Kommentarlandschaft in Bezug auf das Verwaltungsverfahrensgesetz ist übersichtlich. Nur wenige Kommentarwerke teilen sich den Markt und befrie-

digen die Nachfrage aus Verwaltung, Gerichten, Anwaltschaft, Ausbildung und Wissenschaft. Die umfangreichste Kommentierung bietet der Kommentar von *Stelkens/Bonk/Sachs*, der derzeit in der 6. Auflage (2001)<sup>2</sup> vorliegt und neben den Namensgebern noch von *Dieter Kallerhoff*, *Werner Neumann*, *Heribert Schmitz* und *Ulrich Stelkens* bearbeitet wird, gefolgt von *Knack*, der im Jahr 2000 in der 7. Auflage erschienen ist<sup>3</sup> und von *Jost-Dietrich Busch*, *Wolfgang Clausen*, *Hansjochen Dürr*, *Hans-Günter Henneke* und *Hubert Meyer* bearbeitet wird. Im Jahr 1999 ist nach einer Karenzzeit von fast 10 Jahren die 3. Auflage des von *Obermayer* begründeten Kommentars neu erschienen<sup>4</sup>; die Neuauflage wurde von einem Team von insgesamt 15 Praktikern aus der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit erstellt. Weiter ist der 1988 begründete »*Eichler*«, der einzige Loseblatt-Kommentar zum VwVfG mit einer Sammlung von verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften zu nennen; ein zweibändiges Werk von *Friedrich Eichler*, *Ernst Oestreicher* und *Andreas Decker*. Nach wie vor der kleinste ist der Kommentar von *Kopp/Ramsauer*, der seit der 7. Auflage vom Verf. bearbeitet wird<sup>5</sup>. Nicht über die 2. Aufl. 1982 hinaus weitergeführt worden ist der Kommentar von *Hans Meyer* und *Hermann Borgs-Maciejewski*. Auch nicht weiter fortgeführt wurde das ambitionierte Projekt eines großen Kommentar-Werkes von *Klaus Finkelnburg* und *Curt Lässig*, von dem nur die erste Lieferung (§§ 1 – 10 VwVfG) im Jahre 1979 erschienen ist. Zu den Kommentierungen im weiteren Sinne lässt sich ferner das Werk von *Carl-Hermann Ule* und *Hans Werner Laubinger* zum Verwaltungsverfahrensrecht rechnen, das mit der 4. Auflage auf dem Stand von 1995 steht<sup>6</sup>. Andere systematische Darstellungen, insbesondere in Lehrbüchern<sup>7</sup>, passen dagegen nicht in diesen Zusammenhang. Sie sind entweder nicht auf das Verfahrensrecht beschränkt, sondern behandeln das allgemeine Verwaltungsrecht unter Einschluss des Verfahrensrechts, oder sie beziehen sich auf bestimmte Aspekte des Verfahrens bzw. nehmen bestimmte Perspektiven ein.

Kommentierungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder haben sich nicht durchgesetzt. Wegen der weitgehenden Inhaltsgleichheit mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, die bei späteren Novellierungen selbst dann sichergestellt werden konnte, wenn es über einzelne Bestimmungen keine Einigkeit zwischen Bund und Ländern gab, besteht insoweit auch kein echter Bedarf. Der – soweit ersichtlich – insoweit einzige Kommentar von *von der Groeben/Knack* ist zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz für

2 Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001.

3 Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2000.

4 Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999.

5 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000.

6 Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995.

7 Dies gilt etwa für Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2002.

das Land Schleswig-Holstein im Jahre 1968 erschienen; dieser Kommentar wurde nach dem Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetz nicht mehr weitergeführt.

Weiter könnte bei der Analyse der Kommentarlanschaft an die Kommentierungen zum SGB X und zur AO gedacht werden<sup>8</sup>. Sie betreffen zwar nicht das VwVfG, wohl aber Gesetze, die über weite Strecken ähnliche, teilweise sogar identische Regelungen enthalten. Bedauerlicherweise hat sich aber der Diskurs über die Grenzen der Verfahrensordnungen hinweg nicht sehr ausgeprägt entwickelt; die Diskussion von Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes greift nicht im wünschenswerten Umfang auf Argumente und Positionen zurück, die zu den anderen Verfahrensordnungen entwickelt worden sind. Für die vorliegende Untersuchung sollen die Kommentierungen zum SGB X und zur AO deshalb außer Betracht bleiben.

### 3. *Probleme bei der Stoffselektion*

Es ist kein Geheimnis, dass die Stoffselektion bei jeder Kommentierung von Gesetzen zu den entscheidenden Problemen gehört. Aus der Fülle des Materials diejenigen Informationen herauszufiltern, die in Bezug auf das kommentierte Gesetz für den Adressatenkreis wichtig sind, gehört neben der Bewältigung des Materials überhaupt und der klaren, leicht verständlichen Darstellung, die systematischen Ansprüchen genügt, zu den entscheidenden Aufgaben des Kommentators. Ihre Bewältigung entscheidet über die Qualität eines jeden Kommentars. Bei der Kommentierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes gilt dies in besonderer Weise. Es stellen sich zwei Fragen in ungewöhnlicher Schärfe, nämlich erstens, inwieweit es auf die Handlungs- und inwieweit auf die Kontrollperspektive ankommt, und zweitens, in welchem Umfang auf die Fülle speziellerer Verfahrensnormen einzugehen ist. Beide Fragen spielen für die hier zu untersuchende Thematik eine wesentliche Rolle, weil die Mehrzahl der Vorschläge aus der Innovationsdiskussion die Handlungsperspektive betreffen und viele Vorschläge zudem anhand spezieller Vorschriften des Besonderen Verwaltungsrechts entwickelt worden sind.

#### a. *Handlungs- und Kontrollperspektive*

Während die Handlungsperspektive den Herstellungsprozess von Verwaltungsentscheidungen in den Blick nimmt, geht es bei der Kontrollperspektive um die rechtliche Kontrolle bereits getroffener, also fertiger Verwaltungsent-

8 Vgl. etwa v. Wulffen Sozialgesetzbuch Zehntes Buch SGB, 4. Aufl. 2001; Hauck/Haines, SGB X, Loseblatt, 2 Bde. sowie Giese/Krahmer, SGB I und X, Loseblatt.

scheidungen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt zwar das auf den Erlass eines Verwaltungsakts bzw. den Abschluss eines Verwaltungsvertrages gerichtete Verfahren (vgl. § 9 VwVfG) und betrifft damit den Herstellungsprozess, seine Vorschriften sind aber sehr stark aus der Kontrollperspektive formuliert. Dies lässt sich an einer Fülle von Beispielen zeigen. So ist etwa die Regelung in § 40 VwVfG über das Verwaltungsermessen weitgehend derjenigen in § 114 Satz 1 VwGO nachgebildet, obwohl letztere nur den Rahmen für die gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung beschreibt. Eine Regelung, die den eigentlichen Herstellungsprozess einer Ermessensentscheidung steuern könnte, fehlt dagegen im Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>9</sup>. Die Hinzuziehung weiterer Beteiligter im Verwaltungsverfahren nach § 13 Abs. 2 VwVfG ist ebenfalls weitgehend der Bestimmung über die Beiladung gem. § 65 VwGO nachgebildet, ohne dass der Unterschied zwischen den Funktionen von Hinzuziehung einerseits und Beiladung andererseits in der Formulierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes einen Niederschlag gefunden hätte<sup>10</sup>.

Die Ursache für die starke Betonung der Kontrollperspektive in den Bestimmungen des VwVfG ist vordergründig darin zu sehen, dass die bereits im Jahr 1960 erlassene VwGO<sup>11</sup> das ältere Gesetz ist und sich der Gesetzgeber auf gesichertem Terrain bewegen konnte, als er bei Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf Formulierungen der VwGO zurückgriff. Die tiefere Ursache liegt indessen darin, dass für den Gesetzgeber bei Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahre 1976 die Kontrollperspektive auch der Sache nach leitend war<sup>12</sup>. Es ging in erster Linie um die Determinierung des Verwaltungshandelns in rechtlicher Hinsicht, also im Hinblick auf eine spätere Kontrolle. Die Ausfüllung der bestehenden rechtlichen Spielräume im Binnenbereich sollten der Verwaltung dagegen überlassen bleiben. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt nur bestimmte Mindeststandards des Herstellungsprozesses, zumeist aus rechtstaatlichen Gründen. Im übrigen bleibt der Herstellungsprozess weitgehend ungeregt; hier beschränkt sich das Verwaltungsverfahrensgesetz auf einige wenige Stichworte, wie sie etwa in § 10 Satz 2 VwVfG zum Ausdruck kommen. Es erstaunt deshalb wenig, dass auch das eigentliche Binnenrecht der Verwaltung, also das Recht der Verwaltungsvorschriften und innerdienstlichen Anweisungen, keinen Eingang in das Verwaltungsverfahrensgesetz gefunden hat.

9 Eine solche Regelung müsste ähnlich strukturiert sein wie das von der Rechtsprechung entwickelte Abwägungsgebot im Planungsrecht, in dem jedenfalls idealtypisch verschiedene Phasen wie Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, Bewertung der Belange usw. unterschieden werden.

10 Zu den Unterschieden ansatzweise Stelkens/Bonk/Sachs § 13 Rn. 29.

11 VwGO v. 21.1.1960 (BGBl. I. 17).

12 Vgl. zu den Motiven ausführlich Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Einleitung Rn. 36 ff.

Auch die Kommentierungen zum VwVfG nehmen in erster Linie die Kontrollperspektive ein. Das zu den einzelnen Vorschriften gebotene Material wird vornehmlich unter dem Aspekt ausgewählt und aufbereitet, ob es der nachträglichen Kontrolle von bereits verfertigten Verwaltungsentscheidungen dienlich ist. Demgegenüber tritt die Frage nach der Binnensteuerung der Akteure in der Verwaltung im Stadium der Entscheidungsvorbereitung und der Entscheidungsfindung in den Hintergrund. Diese Feststellung ist für die Kommentierungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes deshalb kritisch, weil gerade im Verwaltungsverfahren diese Perspektiven deutlich auseinanderfallen. So macht es beispielsweise auch für die Kommentierung einen Unterschied, ob Regeln dafür angegeben werden, unter welchen Voraussetzungen nach § 21 Abs.1 Satz 1 VwVfG eine Anordnung wegen Besorgnis der Befangenheit eines Bediensteten ergehen sollte, oder ob eine später getroffene Verwaltungsentscheidung wegen der Mitwirkung eines möglicherweise befangenen Bediensteten an einem rechtlichen Fehler leidet, der zur Aufhebung der Entscheidung führen muss<sup>13</sup>. Besonders deutlich wird diese Diskrepanz bei der Kommentierung der Vorschrift über das Ermessen. Das zu § 40 VwVfG gebotene Material betrifft weitestgehend Kontrollperspektive, also die Frage, wo die Grenzen des Ermessens liegen und wann Ermessensfehler anzunehmen sind<sup>14</sup>, während die Frage nach denjenigen Regeln, die Ermessensentscheidung rechtlich konstituieren, also nach den eigentlich handlungsleitenden Regeln, nur selten behandelt wird<sup>15</sup>. Wegen der immer strenger praktizierten Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf Fälle der Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte<sup>16</sup> besteht zudem die Gefahr, dass der objektiv-rechtliche Gehalt der verfahrensrechtlichen Vorschriften vernachlässigt wird, weil etwaige Verstöße außerhalb der Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte zumeist folgenlos bleiben.

Die Ursache für die starke Betonung der Kontrollperspektive ist nicht in einer besonderen Adressatenorientierung zu suchen. Kommentare zum VwVfG werden von den Akteuren in der Verwaltung mindestens ebenso häufig herangezogen wie von denjenigen, die sich mit der späteren Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen befassen. Jedenfalls vermag die forensische Bedeutung der Kommentierungen das Übergewicht Kontrollperspektive allein nicht zu erklären. Die beiden Hauptgründe dafür sind vielmehr anderswo zu suchen. Da ist erstens die ausgeprägte Vorliebe von Kommentaren allgemein für die Präsentation von Gerichtsentscheidungen, die notwendigerweise ihrerseits

13 Während des laufenden Verwaltungsverfahrens können Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie für eine strenge Handhabung sprechen, im gerichtlichen Verfahren für eine weniger strenge.

14 Vgl. nur Stelkens/Bonk/Sachs, § 40 Rn. 53 ff.

15 Vgl. Kopp/Ramsauer § 40 Rn. 48.

16 Vgl. zur Erstreckung der Anwendbarkeit des § 42 Abs. 2 VwGO auf andere Klagearten Kopp/Schenke, VwGO § 42 Rn. 62.

selbst die Kontrollperspektive einnehmen. Es ist zu beobachten, dass die Bedeutung von Judikaten für die Kommentierungen wie für die juristische Diskussion allgemein ständig zugenommen hat. An die Stelle des methodisch sauber erarbeiteten und inhaltlich überzeugenden Arguments tritt mehr und mehr die Autorität der gerichtlichen Entscheidung. Nicht nur die Leitsätze, sogar die Begründungen gerichtlicher Entscheidungen werden akribisch ausgewertet und nicht selten einer Interpretation unterzogen, wie sie an sich nur Rechtsnormen zukommt. Der zweite Grund dürfte in der persönlichen Vorliebe vieler Kommentatoren für die Kontrollperspektive liegen. Zumeist handelt es sich um Autoren, die von ihrer juristischen Ausbildung, deren »Justizlastigkeit« allenthalben beklagt wird, und von ihrer beruflichen Prägung her weniger mit der Herstellung als mit der Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen vertraut bzw. befasst sind. Das hängt auch damit zusammen, dass die Herstellung und Betreuung von Kommentaren durchweg als eine rein juristische Angelegenheit angesehen wird, für die es weniger auf Erfahrungen im jeweiligen Gegenstandsbereich ankommt als auf rechtliche Qualifikationen.

#### b) *Beschränkung oder Öffnung für speziellere Verfahrensnormen*

Trotz der zentralen Bedeutung des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Verwaltungsverfahrenrecht richten sich die einzelnen Verwaltungsverfahren in der Praxis zumeist nach anderen Rechtsnormen, die entweder übereinstimmende oder abweichende speziellere Regelungen treffen. Wenig Probleme bereitet in diesem Zusammenhang der Umstand, dass nach § 1 Abs. 3 VwVfG das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes für die Länderverwaltungen keine Anwendung findet, wenn deren Verwaltungstätigkeit landesrechtlich durch eigene Verwaltungsverfahrensgesetze geregelt ist. Schwieriger ist demgegenüber schon der Umgang mit den Einschränkungen des Anwendungsbereichs in § 2 Abs. 2 VwVfG<sup>17</sup>. So stellt sich bei der Kommentierung stets die Frage, in welchem Umfang auf parallele Regelungen in der für Verfahren der Bundes- oder Landesfinanzbehörden geltenden Abgabenordnung oder in Verfahren nach dem Zehnten Buch Sozialgesetzbuch einzugehen ist. Die größten Schwierigkeiten bereitet aber das Subsidiaritätsprinzip des § 1 Abs. 2 VwVfG. Danach gelten die Bestimmungen des VwVfG nur, wenn nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Verfahrensrechtliche Bestimmungen, die den Vorschriften des VwVfG vorgehen, sind in ihrer Fülle und ihren vielfältigen Erscheinungsformen kaum überschaubar. Dabei reicht das Spektrum von singulären Abweichungen, wie etwa in den Landesbauordnungen<sup>18</sup>, bis hin zu umfassenden

17 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 2 Rn. 46; Kopp/Ramsauer § 2 Rn. 16.

18 Vgl. nur §§ 60 ff. der Hamburgischen Bauordnung.



verfahrensrechtlichen Teilkodifikationen wie etwa der 9. BImSchV für die Anlagengenehmigungen nach § 4 BImSchG und dem AsylVfG für das Asylverfahren. Würden die Kommentare auf die Behandlung spezieller Verfahrensvorschriften, die nach § 1 Abs. 2 VwVfG Vorrang haben, gänzlich verzichten, wären sie für die Praxis wenig hilfreich. Würden sie für die Anwendung sämtlicher spezieller Verfahrensvorschriften praktisch nützliche Hinweise geben wollen, stünden sie vor einer unlösbaren Aufgabe.

Die Kommentare suchen in diesem Dilemma nach pragmatischen Lösungen. Auf Parallelbestimmungen und abweichende Spezialvorschriften wird an den einschlägigen Stellen hingewiesen, gelegentlich finden sich sogar ausführliche Erläuterungen. Verzichtet wird weitgehend auf eine vertiefte Behandlung verfahrensrechtlicher Teilkodifikationen, für die es regelmäßig selbständige Kommentarwerke gibt. Eine Sonderstellung nehmen insoweit die Bestimmungen zur Umweltverträglichkeitsprüfung ein; hierauf ist an späterer Stelle noch näher einzugehen<sup>19</sup>.

## II. *Der Befund*

### 1. *Bisherige Einflüsse der Reformdiskussion auf die Kommentierungen*

Mustert man die Kommentarliteratur daraufhin durch, wie viele Überlegungen, Vorschläge und Erkenntnisse der neueren Reformdiskussion Eingang in die aktuellen Kommentierungen gefunden haben, fällt das Ergebnis eher mager aus. Wie bereits oben angedeutet wurde, ist die Rezeption in Bezug auf solche Reformansätze am weitesten vorangeschritten, die eine unmittelbare Zuordnungsmöglichkeit zu einzelnen Vorschriften des VwVfG eröffnen (a). Immer dann jedoch, wenn die Zuordnung zu konkreten Vorschriften oder innerhalb derselben zu bereits behandelten Problemkomplexen auf Probleme stößt, lassen sich bereits deutliche Rezeptionsdefizite feststellen (b). Beinahe von einem Rezeptionsausfall kann man sprechen, so weit es um Beiträge aus der Reformdiskussion geht, die einen Perspektivenwechsel anmahnen oder methodenkritischer Natur sind (c).

#### a) *Rezeption bei bestehender Zuordnungsmöglichkeit*

Weitgehende Aufnahme haben Vorschlägen und Überlegungen aus der Reformdiskussion in Bereichen gefunden, die sich unmittelbar einzelnen Vor-

19 Siehe II. 1. B) bb).



schriften des VwVfG zuordnen lassen. Hier wird bereits die Reformdiskussion zumeist mit Blick auf einzelne Vorschriften geführt, weshalb sich insoweit eine Berücksichtigung in der Kommentierung geradezu aufdrängt. Einige Beispiele mögen dies illustrieren. So sind etwa aus dem Bereich der Diskussion um über die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts die europarechtlichen Modifizierungen der Bestimmungen über Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten, mit denen Beihilfen gewährt werden oder die Grundlage von Beihilfen sind, in den Erläuterungen der §§ 48 ff. VwVfG weitgehend rezipiert<sup>20</sup>. Die Wiedergabe der entsprechenden Ergebnisse aus Rechtsprechung und Literatur ist hier allerdings auch ein nahezu zwingendes Gebot. Wegen ihrer unmittelbaren Auswirkungen auf die praktische Behandlung konkreter Konfliktsfälle müsste sich eine Kommentierung den Vorwurf der Unvollständigkeit gefallen lassen, wenn sie die Rechtsprechung des EuGH zur Rückforderung europarechtswidriger Beihilfen nach den Regelungen der §§ 48 ff. VwVfG nicht berücksichtigte.

Ähnliches gilt für die Rezeption der sog. Beschleunigungsdebatte, die vor allem im Vorfeld des 2. VwVfG-Änderungsgesetzes<sup>21</sup> geführt wurde, die sich aber keineswegs erledigt hat. Sie knüpft unmittelbar an die Beschleunigungs- und Fehlerfolgenregelungen in den §§ 10, 45, 46, 71 a ff. VwVfG an. Die Kommentierungen der diese Vorschriften betreffenden Novellierungen insbesondere durch das 2. VwVfG-Änderungsgesetz mussten notwendigerweise die gesetzgeberischen Zielsetzungen und deren kritische Reflexion in der Literatur aufnehmen. Die Kommentare beschränken sich dabei nicht auf die Wiedergabe und Verarbeitung verfassungsrechtlicher Bedenken gegen einzelne Bestimmungen, sondern befassen sich auch mit ihrer rechtspolitischen Sinnhaftigkeit<sup>22</sup>. In diesem Zusammenhang finden jedenfalls ansatzweise auch Gesichtspunkte der Reformdiskussion wie Ökonomisierung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens Beachtung<sup>23</sup>.

Ein drittes Beispiel weitgehender Rezeption bieten diejenigen Überlegungen und Vorschläge aus dem Gebiet »Informationsgesellschaft«<sup>24</sup>, die sich mit elektronischen Übertragungsmöglichkeiten im Verwaltungsverfahren beschäftigen. Hier haben sich die meisten Kommentare der Frage angenommen, in welchem Umfang etwa Anforderungen der Schriftlichkeit bei der Nutzung elektronischer Übertragungswege erfüllt werden können. Dies gilt etwa für

20 Die umfangreichste Behandlung findet sich bei Stelkens/Bonk/Sachs § 48 Rn. 29 ff., 171, 236 ff., 260.

21 Siehe hierzu Kopp/Ramsauer Einf. Rn. 32 ff.

22 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 46 Rn. 9 ff.; Knack § 46 Rn. 10; Kopp/Ramsauer § 46 Rn. 2 ff.; keine näheren Ausführungen hierzu sind allerdings bei Obermayer § 46 festzustellen.

23 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 45 Rn. 9; Knack § 45 Rn. 8; Kopp/Ramsauer § 45 Rn. 34; § 46 Rn. 3.

24 Vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000.

die Erläuterungen zu § 22 VwVfG in Bezug auf Probleme schriftlicher Antragstellung<sup>25</sup>, seltener zu § 37 VwVfG für schriftlich zu erlassende Verwaltungsakte<sup>26</sup> und zu § 57 VwVfG für den Abschluss schriftlicher verwaltungsrechtlicher Verträge. Allerdings lässt sich in diesem Themenbereich eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick darauf feststellen, dass insoweit weitere klärende Regelungen des Gesetzgebers erwartet werden<sup>27</sup>.

## b) *Rezeption bei problematischer Zuordnung*

### aa) *Informelle Absprachen*

Ein wesentlicher Teil der Reformdiskussion betrifft Fragen, die sich nur schwer einzelnen Normen des VwVfG zuordnen lassen. Teilweise handelt es sich um Vorschläge und Überlegungen, die sich auf Entwicklungen außerhalb des eigentlichen Verwaltungsverfahrens beziehen, wie etwa informelle Absprachen oder die Einschaltung von Konfliktmittlern (Mediation)<sup>28</sup>. Teilweise geht es aber auch um die angemessene Integration von neuen gesetzlichen Regelungen, die mittelbare und/oder unmittelbare Rückwirkungen auf das Verwaltungsverfahren haben, wie etwa die Regelungen zum Umweltaudit und die Umweltverträglichkeitsprüfung<sup>29</sup>. Schließlich gehört die Bewältigung allgemeiner europarechtlicher Einflüsse auf nationale Verwaltungsverfahren hierher<sup>30</sup>. Für die Kommentierungen des VwVfG stellt sich in diesen Problemzusammenhängen zunächst die Frage nach der richtigen Allokation in einem nicht systematisch, sondern nach Vorschriften gegliederten Kontext. Um die Bedeutung derartiger Neuerungen nicht auf den Anwendungsbereich einzelner Vorschriften des VwVfG zu verkürzen, bedienen sich einige Kommentierungen des Instruments der Einführung, die entweder der Gesamtkommentierung oder ihren einzelnen Abschnitten vorangestellt wird.

Dieses Vorgehen ist sicherlich legitim und teilweise unumgänglich; allerdings darf sich darin die Behandlung innovativer Vorschläge nicht erschöpfen. Eine

25 Etwa Stelkens/Bonk/Sachs § 22 Rn. 32; Knack § 22 Rn. 14; Kopp/Ramsauer § 22 Rn. 33.

26 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 37 Rn. 46b.

27 Vgl. den Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (3.VwVfÄndG) v. 16.7.2001. Zwischenzeitlich ist dieses Vorhaben als Gesetz verabschiedet (21. August 2002) und verkündet worden (BGBl. I, S. 3322).

28 Vgl. Schoch, Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 200, 222; Bauer, *Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag*, ebenda, S. 245, 256; siehe ferner Kopp/Ramsauer Einf. Rn. 84 ff.

29 Siehe hierzu unten bb).

30 Vgl. die Beiträge in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, insbesondere Hoffmann-Riem, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung*, 319, 347; und Schoch, *Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts*, S. 280 ff.

wirkliche Bewältigung muss, wie oben bereits festgestellt wurde, weiter gehen. Der Kommentator muss sich z.B. bei der Behandlung informeller Absprachen nicht nur fragen, inwieweit derartige Phänomene, die sich außerhalb des förmlichen Verwaltungsverfahrens entwickelt haben, mit den geltenden Vorschriften des Verfahrensrechts vereinbar sind, sondern auch, welche Folgen und Rückwirkungen sie auf Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des VwVfG haben. So muss etwa im Rahmen des § 40 VwVfG die Frage behandelt werden, ob und inwieweit die Ergebnisse informeller Absprachen sowie von Mediationsverfahren ohne Verstoß gegen die Vorschrift des § 40 VwVfG zur Grundlage von Ermessensentscheidungen in Verwaltungsverfahren gemacht werden können. Umgekehrt wird im Rahmen des § 28 VwVfG zu erörtern sein, ob und in welchem Umfang von einem späteren Verwaltungsverfahren etwa betroffene Dritte bereits im Rahmen informeller Absprachen bzw. vorgelagerter Mediationsverfahren anzuhören sind. Hier haben die aktuellen Kommentierungen zweifellos die Möglichkeiten praxisorientierter Erläuterung noch nicht ausgeschöpft.

#### bb) *Umweltverträglichkeitsprüfung*

Eine große Herausforderung für die Kommentierungen stellen die Regelungen über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) dar. Das UVPG, welches zur Erfüllung der Umsetzungspflichten in Bezug auf die UVP-Richtlinie erlassen und erst kürzlich novelliert wurde, unterwirft eine Fülle von Vorhaben der UVP-Pflicht, deren Genehmigungsverfahren sich im übrigen nach dem VwVfG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen richten. Für die Kommentare stellt sich die Aufgabe, die damit zwingend verbundenen Modifizierungen des Verwaltungsverfahrens angemessen wiederzugeben, ohne sich auf eine vollständige Kommentierung des UVPG einzulassen. Der bisherige Umgang der Kommentarliteratur mit dieser Aufgabe offenbart eine gewisse Ratlosigkeit. So finden sich Darstellungen zu den Regelungen der UVP teilweise bei § 63 VwVfG<sup>31</sup>, teilweise bei § 72 VwVfG<sup>32</sup>, teilweise auch in einem systematischen Überblick vor § 63 VwVfG<sup>33</sup>. Die Bedeutung der Umweltverträglichkeitsprüfung für den Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 VwVfG wird dagegen in den meisten Kommentierungen nicht hinreichend deutlich<sup>34</sup>.

31 So etwa Stelkens/Bonk/Sachs § 63 Rn. 53 ff.

32 So Kopp/Ramsauer § 72 Rn. 33 ff.

33 So Knack, vor § 63 Rn. 17 ff.

34 Zutreffend wird dieser Aspekt behandelt bei Obermayer § 24 Rn. 96.

### cc) *Europarechtliche Einflüsse*

Eine weitere Herausforderung, vor der die Kommentierungen des VwVfG stehen, liegt in der angemessenen Berücksichtigung der europarechtlichen Verfahrensgrundsätze, deren Bedeutung für das nationale Verwaltungsverfahrensrecht bisher noch nicht geklärt ist. Die Bewältigung dieser Problematik steckt noch in den Anfängen. Deshalb lässt sich insoweit nicht von einem Defizit sprechen, weil über die Einflüsse europarechtlicher Verfahrensgrundsätze auf das nationale Verfahrensrecht bisher nur wenig gesicherte Erkenntnisse vorliegen. So gehen die Kommentierungen im Prinzip zu Recht vom Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten aus, der nur im Einzelfall durch das Erfordernis der wirkungsvollen Umsetzung gem. Art. 10 EG (effet utile) von materiellen Vorgaben des EG-Rechts durchbrochen wird<sup>35</sup>. Derartige Durchbrechungen sind etwa in dem bereits erwähnten EG-Beihilferecht anerkannt. Sie kommen aber auch in Betracht, soweit es um die effektive Durchsetzung von sonstigem EG-Primärrecht, etwa den Grundfreiheiten des EG-Vertrages geht. Hierzu müssten konsequenterweise an sich auch diejenigen grundrechtlichen Gewährleistungen zählen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung aus einer vergleichenden Gesamtschau der nationalen Rechtsordnungen gewonnen hat und die inzwischen ihren Niederschlag in der Europäischen Grundrechtecharta gefunden haben. Ausserdem hat der EuGH – zunächst allerdings für den direkten Vollzug von EG-Recht – Grundsätze auch verfahrensrechtlichen Charakters entwickelt, die zumeist dem Primärrecht zugerechnet werden<sup>36</sup>. Welchen Einfluss diese auf das nationale Verfahrensrecht beim indirekten Vollzug durch die Mitgliedstaaten haben können, ist nach wie vor nicht geklärt. Dementsprechend unsicher ist auch die Grundlage für die Berücksichtigung derartiger Grundsätze in den Kommentaren<sup>37</sup>.

### c) *Rezeptionsausfall bei Perspektivenwechsel und Methodenkritik*

Gedanken und Vorstellungen der Reformdiskussion, die grundsätzlich Neuorientierungen einfordern und in der Verwaltung bzw. im Verwaltungsverfahren Defizite bei Perspektiven und den Methoden beklagen, haben in der Kommentarliteratur zum VwVfG bisher kaum einen Niederschlag gefunden. Da-

35 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs Einl. Rn. 129 ff.; Knack vor § 1 Rn. 21 ff.; Kopp/Ramsauer Einl. Rn. 51 ff.

36 Vgl. Hirsch, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, NJW 2000, 1817, 1821; v. Danwitz, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl 1998, 421; Gornig/Trübe, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht – Teil 1, JZ 2000, 395.

37 Die umfangreichsten Erläuterungen finden sich bei Stelkens/Bonk/Sachs, die die Rspr. des EuGH bereits weitgehend in die Kommentierungen der Einzelvorschriften integriert haben.

bei handelt es sich zumeist um Ansätze, die nicht speziell auf Vorschriften des herkömmlichen Verfahrensrechts, ja nicht einmal allgemein auf das im VwVfG geregelte Verwaltungsverfahren bezogen sind, sondern weit darüber hinaus greifen und teilweise bereits bei den Staatsaufgaben und Staatsfunktionen (Privatisierung, Public Private Partnership)<sup>38</sup>, den Möglichkeiten der Beschaffung, Verarbeitung, Verbreitung und Vermarktung von Informationen sowie allgemein bei der Möglichkeit staatlicher Steuerung gesellschaftlicher Abläufe ansetzen<sup>39</sup>. Diese teilweise sehr grundsätzlichen Ansätze der Innovationsdiskussion sind in der Kommentarliteratur bisher praktisch nicht aufgegriffen worden, obwohl sie in der verwaltungswissenschaftlichen Diskussion inzwischen breiten Raum einnehmen. Einige Beispiele hierfür seien ohne Anspruch auf Vollständigkeit stichwortartig aufgeführt: So wird man in der Kommentarliteratur eine Behandlung der Probleme der abweichenden Funktionslogik des europäischen Gemeinschaftsrechts ebenso vergeblich suchen, wie die Verarbeitung von Untersuchungen über die Krise der herkömmlichen Steuerungsinstrumente, die Forderungen nach einer stärkeren Dienstleistungsorientierung der Verwaltung sowie nach einer verfahrensrechtlichen »Umhegung« bisher nicht geregelter administrativer Binnenabläufe im Sinne einer neuen Form von Ergebnisrichtigkeit. Auch die ökonomische Perspektive mit dem Ziel einer effizienten Steigerung herkömmlicher Verwaltungsverfahren wird in der Kommentarliteratur kaum behandelt; insoweit finden sich allenfalls Randnotizen.

## 2. Gründe für die begrenzte Rezeption

Sucht man nach den Gründen für die begrenzte Verarbeitung von Gedanken und Vorschlägen der Reformdiskussion in der aktuellen Kommentarliteratur, so lassen sich drei Problemkreise feststellen, denen jeweils Teilursachen für die festgestellte Zurückhaltung zugeordnet werden können: Probleme der Rezeptionseignung (a), des Rezeptionsbedürfnisses (b) und der technischen sowie methodischen Bewältigung (c).

### a) Problem der Rezeptionseignung

Es gehört zum Wesen der Kommentarliteratur, dass sie nach ihrem Aufbau streng normorientiert ist. Kommentierungen beziehen sich auf die Einzelvor-

38 S. hierzu insbesondere die Beiträge in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1997.

39 Vgl. hierzu die Beiträge in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Organisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; und in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001.

schriften eines Gesetzes; deren Regelungsbereich und praktische Relevanz begrenzen zugleich regelmäßig auch inhaltlich und strukturell den Erläuterungsbereich. Die Kommentierungen des VwVfG können deshalb nicht »die Verwaltung« in ihren vielfältigen tatsächlichen Erscheinungsformen oder die unterschiedlichen wissenschaftlichen Perspektiven (etwa Verwaltung als Organisation, System oder Subsystem) behandeln. Kommentare sind von ihrer Funktion und ihrer Struktur her darauf beschränkt, die Bestimmungen des VwVfG zu erläutern und dabei die Praxis von Verwaltung und Verwaltungsgerichten sowie die Vorschläge aus der Rechtswissenschaft zu berücksichtigen. Freilich schließt das nicht aus, das Gesetz insgesamt wie auch einzelne Bestimmungen oder Regelungskomplexe in größere systematische Zusammenhänge zu stellen, soweit dies den der jeweiligen Kommentierung zugeordneten Funktionen nützlich ist.

Ein Teil der in der Innovationsdiskussion unterbreiteten Vorschläge bezieht sich auf spezielle Regelungskomplexe des Besonderen Verwaltungsrechts und somit auf verfahrensrechtliche Sondervorschriften, deren Berücksichtigungsfähigkeit in Kommentierungen zum VwVfG aus den oben dargelegten Gründen begrenzt ist (aa). Ein anderer Teil bezieht sich auf den im VwVfG nicht näher geregelten Innenbereich der Verwaltung und wird deshalb in den Kommentierungen nur am Rande berücksichtigt (bb). Schließlich erweisen sich Überlegungen zu anderen als rechtlichen Steuerungs- und Kontrollstrukturen für eine Rezeption nur wenig geeignet (cc).

#### aa) *Bereichsspezifische Innovationen*

Innovative Verfahrensstrukturen werden häufig zunächst in besonderen Verwaltungsbereichen zur Lösung der dort vorgefundenen Problemlagen entwickelt. Nicht selten bieten auch die spezielleren verfahrensrechtlichen Regelungen dieser Bereiche normative Ansatzpunkte für innovative Vorschläge. Zutreffend bezeichnen *Hoffmann-Riem*<sup>40</sup> und *Schmidt-Aßmann*<sup>41</sup> das Besondere Verwaltungsrecht als Innovationsressource, die es zur Weiterentwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts und Verwaltungsverfahrenrechts zu nutzen gelte. Inwieweit bereichsspezifische Lösungen in den Kommentierungen des VwVfG wiedergegeben werden, hängt deshalb auch davon ab, ob die dort entwickelten Ansätze für verallgemeinerungsfähig gehalten werden, sei es, dass

40 Vgl. Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 407, 408.

41 Vgl. Schmidt-Aßmann, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektive des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 9, 16.

sie zumindest partiell auf andere Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts übertragbar sein könnten, sei es, dass sie einen Erkenntnisgewinn auch für andere Bereiche versprechen. So lässt sich etwa feststellen, dass bereichsspezifische Regelungen über die Bereitstellung von Information für Verwaltungsverfahren, wie etwa das UVP-Gesetz oder das Arzneimittelgesetz, in Bezug auf einschlägige Genehmigungsverfahren zu einer Modifizierung Amtsermittlungsgrundsatzes des § 24 VwVfG führen<sup>42</sup>. Außerhalb der von diesen Vorschriften erfassten Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts bleibt es indessen bei den Grundregeln des § 24 VwVfG, wonach die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen erfolgt und vollständig im Verantwortungsbereich der federführenden Behörde liegt. Verallgemeinerbar ist die bereichsspezifisch geregelte Einschränkung der Behördenverantwortlichkeit für die Ermittlung des Sachverhalts nämlich nicht. Hier können die Kommentierungen zum VwVfG lediglich deutlich machen, dass der Amtsermittlungsgrundsatz auf bestimmten Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts nur in stark modifizierter Form gilt und mit Blick auf einzelne Referenzbereiche die Unterschiede für die Praxis herausarbeiten<sup>43</sup>.

#### bb) *Begrenzter Kommentierungsrahmen*

Eine begrenzte Rezeptionseignung ergibt sich auch für Vorschläge, die den im VwVfG nicht geregelten Innenbereich der Verwaltung betreffen. Wie bereits dargelegt, regelt das VwVfG selbst die Entscheidungen der Verwaltung in erster Linie aus der Kontrollperspektive; der Prozess der Entscheidungsfindung, der eigentliche Herstellungsprozess, wird nur Regelungen unterworfen, die der Sicherung rechtstaatlicher Mindeststandards dienen. Handlungsanweisungen im Hinblick auf eine schnelle, effiziente und transparente Aufgabenerledigung finden sich, von wenigen allgemeinen Grundsätzen einmal abgesehen – kaum. Damit bleiben viele Überlegungen und Vorschläge etwa zur Effizienz des Verwaltungshandelns, zur Informationsbeschaffung und -bearbeitung sowie zum informalen Verwaltungshandeln außerhalb des engeren Kommentierungsrahmens. Sie sind damit nur begrenzt zur Rezeption geeignet, nämlich nur insoweit, als es entweder um die Kommentierung der allgemeinen Grundsätze etwa des § 10 VwVfG geht oder um Rückwirkungen derartiger Vorschläge auf die auch gerichtlich kontrollierbare Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns.

Die zuletzt genannten Wirkungen können für die Kommentierung eine wesentliche Bedeutung erlangen. Voraussetzung ist, dass die erwarteten bzw.

42 Siehe hierzu zutreffend Obermayer § 24 Rn. 96 ff. m.w.N.

43 S. hierzu Stelkens/Bonk/Sachs § 24 Rn. 3 ff.



feststellbaren Rückwirkungen der in der Innovationsdiskussion unterbreiteten Vorschläge zur Auslegung und Anwendung von Bestimmungen des VwVfG identifiziert und benannt werden. Dies erfordert ein »Herunterbrechen« bzw. ein »Kleinarbeiten« dieser Vorschläge zur Aufdeckung und Bewertung von Wirkungszusammenhängen. Rezeption in die Kommentarliteratur setzt daher Umsetzungs- bzw. Übersetzungsleistungen voraus, die zumeist nicht mitgeliefert werden. Wenn sie erbracht sind, eröffnen sich für die Kommentierungen erhebliche Erkenntnisgewinne. Diese können auch darin bestehen, dass das begriffliche Instrumentarium geschärft wird, wie etwa wenn es um die Abgrenzung der Begriffe »Effizienz« und »Effektivität« geht.

Auch beim Umgang mit Phänomenen informalen Verwaltungshandelns bestehen die Schwierigkeiten weniger darin, die Erscheinungsformen informalen Verwaltungshandelns zu beschreiben. Hierfür gibt es inzwischen eine Fülle von Darstellungen und Anleitungen, in denen ausländische und inländische Erfahrungen mit diesen Instrumenten wiedergegeben und verarbeitet worden sind. Es fehlt aber nach wie vor an Darlegungen zu der Frage, welche Schranken die Bestimmungen des VwVfG dem informalen Verwaltungshandeln und deren Übernahme seiner Ergebnisse in das förmliche Verwaltungsvorgehen ziehen, bzw. welche Anforderungen informales Verwaltungshandeln erfüllen muss, damit es später im förmlichen Verwaltungsvorgehen rechtmäßigerweise umgesetzt werden kann.

#### cc) *Reform allgemeiner Steuerungs- und Kontrollstrukturen*

Manche Vorschläge aus der Innovationsdiskussion betreffen übergreifende Steuerungs- und Kontrollstrukturen. Als Beispiele seien hier die Überlegungen zur Finanz- und Haushaltskontrolle sowie zu anderen verwaltungsinternen Kontrollsystemen genannt<sup>44</sup>. Diese erlauben es zwar, die rechtliche Kontrolle durch Widerspruchs- und gerichtliches Verfahren in ein allgemeines System von Verwaltungskontrollen einzuordnen, werden aber für ersteres nicht unmittelbar handlungsleitend. Der Hinweis in Kommentierungen auf das Bestehen weiterer Kontrollsysteme außerhalb des im VwVfG und in der VwGO geregelten Rechtskontrollsystems bleibt weitgehend ohne praktische Relevanz. Insbesondere kann die Existenz weiterer Kontrollsysteme hier zu keiner Entlastung führen.

44 Vgl. hierzu die Beiträge in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001.

## b) *Problem des Rezeptionsbedürfnisses*

### aa) *Beharrungsvermögen von Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*

Obwohl heute die Notwendigkeit einer dynamischen Entwicklung von Verwaltung und Verwaltungsrecht kaum bestritten wird und die Fülle von gesetzlichen Neuerungen in unterschiedlichsten Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts diesem dynamischen Verständnis Recht zu geben scheint, weisen das Allgemeine Verwaltungsrecht und das Verwaltungsverfahrenrecht eine erstaunliche Konstanz auf. Das VwVfG, welches selbst eine Kodifikation von überkommenen, teilweise gewohnheitsrechtlich fundierten Grundstrukturen des Verwaltungsverfahrens darstellt, hat sich in den letzten Jahrzehnten im Vergleich zum sonstigen Besonderen Verwaltungsrecht kaum verändert. Selbst das 2.VwVfG Änderungsgesetz hat lediglich Randkorrekturen gebracht.

Bei dieser relativen Konstanz verwundert es nicht, dass auch die Kommentierungen zum VwVfG ein gewisses Beharrungsvermögen aufweisen. Einen allgemeinen Konsens über einen Bedarf für die Rezeption innovativer Vorschläge gibt es nur dort, wo sie ersichtlich forensische Relevanz haben. Überlegungen und Vorschläge, die sich auf die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen und damit auch auf ihre Angreifbarkeit auswirken können, werden in den Kommentierungen regelmäßig zeitnah aufgegriffen. Ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung des EuGH zu den europarechtlich gebotenen Modifizierungen von Widerruf und Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte im Subventionswesen. Auch wenn die rechtspolitischen und rechtsstrukturellen Hintergründe dieser EuGH-Rechtsprechung zumeist nicht näher gewürdigt werden, so fehlt doch in keiner Kommentierung eine ausführliche Befassung mit den Modifizierungen der §§ 48 ff. VwVfG. Wenn rechtliche Konflikte und vor allem einschlägige Gerichtsentscheidungen fehlen, dann fehlt es dagegen zumeist auch an einem Konsens über den Rezeptionsbedarf. Die Notwendigkeit für Neuorientierungen wird nicht überall in gleicher Weise gesehen. Teilweise werden Zweifel an der innovativen Substanz der Vorschläge (neuer Wein in alten Schläuchen), teilweise auch an einer sinnvollen konkreten Umsetzbarkeit gehegt, teilweise werden die Vorschläge auch in den Bereich von Verwaltungshandbüchern verwiesen.

### bb) *Probleme der Begriffswahl*

Ernst zu nehmen und kritisch zu prüfen ist der nicht selten gehörte Vorwurf, die in der Reformdiskussion erarbeiteten Vorschläge und Einsichten seien in Wahrheit nicht neu, sie würden nur in neuen Begrifflichkeiten präsentiert. Es

lässt sich nicht leugnen, dass in der Reformdiskussion oft mit Begriffen operiert wird, die nicht der klassischen Rechtswissenschaft entstammen, sondern vielmehr zumeist in den Nachbarwissenschaften wie etwa den Sozialwissenschaften oder der Ökonomie. Gerade deshalb lassen sie sich aber auch nicht ohne weiteres durch rechtswissenschaftliche Begriffe ersetzen. Zwar haben juristische Begriffe ihren Bedeutungsgehalt auch schon in der Vergangenheit nicht selten aus Nachbardisziplinen bezogen, wie man leicht an dem Begriff der Wirtschaftlichkeit oder an dem Begriff der Erforderlichkeit zeigen kann. Die Verwendung neuer Begriffe in der Reformdiskussion ist aber nicht nur Ausdruck eines »modernen« Sprachgebrauchs; sie signalisiert eine neue Perspektive auf die Dinge ebenso wie die Bezugnahme auf einen anderen wissenschaftlichen Kontext. Dies zeigt, dass sich die Kommentierungen des VwVfG nicht ohne weiteres der neuen Begrifflichkeiten bedienen können. Vielmehr bedarf es auch hier einer Transformationsleistung, sofern nicht die Kommentierung die innovative Perspektive einschl. ihres wissenschaftlichen Kontextes vollständig übernehmen will<sup>45</sup>. Die Aufgabe besteht darin, die in ungewohnten Begrifflichkeiten formulierten Gedankengänge so aufzunehmen und zu verarbeiten, dass sie im herkömmlichen deduktiven Begründungsmodell der Jurisprudenz verarbeitet werden können. Diese Transformationsleistung wird in der Reformdiskussion selbst nicht immer im wünschenswerten Umfang erbracht.

### c) *Problem der kommentartechnischen Bewältigung*

Neben den bereits behandelten begrifflichen Schwierigkeiten ergeben sich für die Rezeptionsarbeit der Kommentatoren vor allem Zuordnungsprobleme. Dabei geht es zum einen um die Zuordnung zu bestimmten Einzelvorschriften, die ja die Grundgliederung einer jeden Kommentierung vorgeben, zum anderen aber auch um die Einpassung in die jeder Kommentierung eigene innere Struktur der Einzelkommentierung. Dabei handelt es sich aber nicht um ein spezifisches Problem der Übernahme von Gedanken aus der Innovationsdiskussion. Will der Kommentar der reinen Kompilation entgehen, so bleibt nichts anderes übrig, als im Zuge der Rezeption neuer Gedanken den bereits vorhandenen Text zu verändern und damit insgesamt etwas Neues zu schaffen. Gerade die innovativen Vorschläge stellen aber für jede Kommentierung eine besondere Herausforderung dar, weil sie nicht die Fortschreibung bereits bestehenden Gedankenguts verlangen, sondern größere gedankliche Strukturen und damit nicht selten ganze Kommentierungskomplexe in Frage stellen und dazu zwingen, Fragen von Grund auf neu zu durchdenken, für die Antworten bisher gesichert erschienen.

45 Gelegentlich werden Schlüsselbegriffe ohne besondere Reflexionsleistungen übernommen, was allerdings der Rezeption innovativer Vorschläge auch wenig nützt, vgl. Obermayer § 10 Rn. 16.

### III. *Beispiele für Rezeptionsmöglichkeiten*

Im folgenden sollen einige Beispiele für einen weiterführenden Umgang mit Elementen der Reformdiskussion gegeben werden. Dabei wird sich zeigen, dass dies nicht nur analytische Bemühungen erfordert, sondern jeweils auch spezielle Transformationsleistungen, die vielleicht nicht selten erst am Ende eines längeren fachlichen Diskussionsprozesses stehen werden.

#### 1. *Beispiel Informationsmanagement*

##### a) *Amtsermittlungsprinzip nach dem VwVfG*

Das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält nur relativ wenige Bestimmungen über die Erhebung und Verarbeitung von Informationen. Der Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG verpflichtet die Behörde, von Amts wegen und in eigener Verantwortung den Sachverhalt zu ermitteln. Diese Regelung wird ergänzt durch einige wenige Bestimmungen zur Beweiserhebung in § 26 VwVfG, die im wesentlichen klarstellender Natur sind. Die Rolle der Beteiligten bei der »Aufklärung des Sachverhalts«, also der Erhebung und Verarbeitung der zur Entscheidung erforderlichen Informationen, ist in §§ 28 – 30 VwVfG in Bezug auf Anhörung und Akteneinsicht sowie in § 26 Abs. 2 VwVfG hinsichtlich der sonstigen Mitwirkung geregelt. Eine Rechtspflicht, an der Aufklärung des Sachverhalts und der Beschaffung der dafür erforderlichen Informationen mitzuwirken, kennt das Verwaltungsverfahrensgesetz erstaunlicherweise nicht und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um Antragsverfahren handelt<sup>46</sup>. Nach § 26 Abs. 2 »sollen« die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken; weitergehende Pflichten bestehen, wie § 26 Abs. 2 Satz 3 VwVfG klarstellt, nur kraft besonderer Rechtsvorschriften.

Diese Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes gehen im Grunde von einem bestimmten Typus des Verwaltungsverfahrens aus, nämlich von einem, das in den Erlass einer Polizeiverfügung mündet. Sie werden den praktischen Bedürfnissen einer auf schnelle und effiziente Sachverhaltsermittlung gerichteten Verwaltung nicht mehr gerecht und entsprechen auch nicht mehr voll der Realität. Das Verwaltungsverfahrensgesetz macht hinsichtlich der Informationsgewinnung weder einen Unterschied zwischen den sog. amtswegigen Verfahren und Antragsverfahren, noch berücksichtigt es hinreichend den Umstand, dass ein Großteil der Informationen sinnvollerweise nur von den Betei-

46 Vgl. Kopp/Ramsauer, § 26 Rn. 40; Stelkens/Bonk/Sachs, § 26 Rn. 46.

lichten selbst beigesteuert werden kann. Diesen Umständen trägt zum einen das Besondere Verwaltungsrecht in einer Vielzahl von weitergehenden Regelungen Rechnung, zum anderen die Rechtsprechung, die für den Fall einer Verletzung der aus § 26 Abs. 2 VwVfG folgenden Obliegenheiten Beschränkungen der Amtsermittlungspflichten annimmt<sup>47</sup> und dadurch die Regelungen erst praktisch handhabbar gemacht hat.

## b) *Speziellere Regelungen*

Eine Vielzahl von spezielleren Regelungen des Verwaltungsrechts sieht eine stärkere Einbindung von Beteiligten und Öffentlichkeit in den Prozess der Informationsbeschaffung und der Informationsverarbeitung vor. Die Kommentierungen zum VwVfG gehen auf wichtige Sonderbestimmungen ein und machen ihren bereichsspezifischen Vorrang vor den allgemeinen Regelungen des VwVfG deutlich<sup>48</sup>. Weitergehende Folgerungen werden aus diesem Befund indessen nicht gezogen. Hier kann sich im Zuge der Kommentierung die Frage stellen, ob aus einer Gesamtschau der Spezialvorschriften über Mitwirkungspflichten im Besonderen Verwaltungsrecht auf einen Wandel der Rolle der Beteiligten bei Informationserhebung und -verarbeitung geschlossen werden kann oder muss und ob innerhalb des Konzepts der Sachverhaltsermittlung gem. §§ 24 ff. VwVfG das überkommene Verhältnis von Amtsermittlung und Mitwirkungslasten der Beteiligten zugunsten einer differenzierenden Betrachtungsweise einer Modifikation bedarf. Die Regelungen der §§ 24 ff. VwVfG zementieren überkommene Vorstellungen nicht; sie sind vielmehr in einer Weise formuliert, die eine Weiterentwicklung der Aufgabenzuweisungen im Interesse effizienter Informationsbeschaffung unter stärkerer Heranziehung der Beteiligten nicht ausschließt.

## c) *Nachvollziehende Amtsermittlung*

Eine wichtige Aufgabe der Kommentierungen insbesondere des § 24 VwVfG besteht darin, Art und Umfang der Amtsermittlung für diejenigen Fälle zu beschreiben, in denen ein wesentlicher Teil der Beschaffung der für die Entscheidung benötigten Informationen spezialgesetzlich auf die Beteiligten übertragen worden ist. Derartige Pflichten zur Informationsbeschaffung begründet nicht nur das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, sondern eine ganze Reihe von weiteren Gesetzen des Besonderen Verwaltungsrechts<sup>49</sup>. Für diese Fälle wandeln sich Aufgaben und Funktionen der zuständi-

47 Vgl. BVerwGE 26, 30; 74, 223, 242.

48 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, § 26 Rn. 47 f.

49 Vgl. zum Medizinrecht Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1993, S. 185 ff.

gen Behörden bei Erfüllung ihrer Pflicht zur Amtsermittlung. Für die gewandelte Ermittlungsaufgabe wurde der Begriff der nachvollziehenden Amtsermittlung geprägt.<sup>50</sup> Hier wäre es Sache der Kommentare zum VwVfG, Hinweise für die praktische Handhabung der nachvollziehenden Amtsermittlung zu geben und ihre Bedeutung für die Verantwortung der zuständigen Behörde für die zutreffende Aufklärung des Sachverhalts und die Folgen von Ermittlungsdefiziten darzustellen.

d) *Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 73 VwVfG)*

aa) *Die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes*

Für Planfeststellungsverfahren sieht das Verwaltungsverfahrensgesetz eine besondere Form der Informationsgewinnung vor, nämlich die Öffentlichkeitsbeteiligung. Wegen der Vielzahl der durch Planfeststellungen typischerweise berührte Belange hat der Gesetzgeber in § 73 VwVfG eine ebenso komplizierte wie anspruchsvolle zusätzliche Form der Informationsbeschaffung geregelt. Es kommt danach zu einer förmlichen Auslegung der Unterlagen für das planfeststellungsbedürftige Vorhaben, die jedermann die Möglichkeit einer umfassenden Information einräumt. Anschließend können innerhalb einer Frist Bedenken und Anregungen erhoben werden, die in einem Erörterungstermin mündlich verhandelt werden müssen.

bb) *Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Praxis*

In der Praxis wird die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht selten als ärgerliches Hindernis für schnelle Zulassungsentscheidungen angesehen<sup>51</sup> und als ebenso ärgerliche Quelle für das Entstehen von Verfahrensfehlern. Dass die Öffentlichkeitsbeteiligung ein Mittel effizienter und umfassender Sachverhaltsermittlung sein könnte, tritt in der Wahrnehmung hinter die negativen Effekte zurück. Dies ist deshalb verständlich, weil in den meisten Fällen die Entscheidung über die Planfeststellung jedenfalls dem Grunde nach de facto bereits vor Beginn der Öffentlichkeitsbeteiligung gefallen ist. Die Bürgerbeteiligung nach § 73 VwVfG wird deshalb von Behörden und Antragsstellern nur noch als formale Hürde auf den Weg zur Realisierung des Vorhabens gesehen, die es möglichst unbeschadet zu überwinden gilt. Die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung haben deshalb in der Praxis nur noch Randkorrekturen am

50 J. P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991; ders. Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch Bd. 86 (1996), S. 38 ff., 55.

51 Vgl. hierzu Reiner Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 91 (2000), 149, 157.

planfeststellungsbedürftigen Vorhaben zur Folge. Damit verfehlt die Öffentlichkeitsbeteiligung das ihr vom Gesetzgeber zugedachte Ziel jedenfalls zu einem großem Teil; die Informationsbeschaffung über das »ob« der Planfeststellung findet im Vorfeld der Öffentlichkeitsbeteiligung statt und wird von ihrem Ergebnis nur noch am Rande berührt. Dieser Befund hat bisher in den Kommentierungen nur begrenzt zur Berücksichtigung gefunden; der Gesetzgeber hat darauf vor allem durch eine Reduktion der Fehlerfolgen in den §§ 45 und 46 VwVfG reagiert. Es erscheint notwendig, dass der in den letzten Jahrzehnten eingetretene Funktionsverlust oder – weniger streng ausgedrückt – Funktionswandel in den Kommentierungen stärker als bisher behandelt wird, und dass hieraus auch Konsequenzen gezogen werden. Freilich handelt es sich um einen Themenkomplex, der zu allererst in der planungsrechtlichen Fachdiskussion Raum einnehmen müsste. Die dogmatische Durchdringung und Weiterentwicklung des Fachplanungsrechts ist nicht in erster Linie Aufgabe der Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz.

## 2. *Beispiel: Umgang mit Mediationsverfahren*

### a) *Konfliktmittlung in den bisherigen Kommentierungen des VwVfG*

In der Diskussion um innovative Formen der Konfliktbewältigung und Streitbeilegung spielen die verschiedenen Formen der Mediation oder Konfliktmittlung eine wesentliche Rolle. Nach diesem Konzept sollen Interessensgegensätze unter Einschaltung eines neutralen Dritten, des sog. Mediators oder Konfliktmittlers, im Rahmen eines Aushandlungsprozesses beigelegt werden, indem eine Lösung gefunden wird, die für alle Beteiligten gegenüber der herkömmlichen Entscheidung im Verwaltungsverfahren und einem anschließenden gerichtlichen Verfahren günstiger erscheint (sog. win-win-Lösung)<sup>52</sup>. Dies erfordert eine »unkonventionelle« Herangehensweise, bei der kreative Lösungen angestrebt werden müssen, die nicht selten über den ursprünglichen Streitgegenstand hinausreichen (»Vergrößerung des Kuchens«). Ist eine derartige Lösung gefunden, so muss sie im Rahmen eines herkömmlichen Verwaltungsverfahrens »umgesetzt«, d.h. in eine rechtlich haltbare Form gegossen werden.

Es liegt auf der Hand, dass das Verhältnis derartiger Mediationsverfahren zum herkömmlichen Verwaltungsverfahren prekär ist. Es besteht die Gefahr, dass die rechtsstaatlichen Sicherungen, die das Verwaltungsverfahren kennzeichnen (Beteiligungsrechte, insbesondere Anhörungsrechte, Begründungspflichten usw.) unterlaufen werden, wenn die eigentlichen Ergebnisse in einem Me-

52 Überblick bei Kopp/Ramsauer Einf. Rn. 87 ff.



diationsverfahren, das derartigen Bindungen nicht unterliegt, bereits entscheidend vorgeprägt sind<sup>53</sup>. Es wäre deshalb zu erwarten, dass sich die Kommentarliteratur dieses Problems angenommen hätte. Dies ist jedoch nur äußerst begrenzt der Fall. Soweit die Kommentare überhaupt auf das Phänomen der Mediation eingehen, bleibt es zumeist bei der Beschreibung, in der Regel in einer vor die eigentliche Kommentierung gestellten Einführung. Die Rückwirkungen des Mediationsverfahrens auf das Verwaltungsverfahren bleiben weitgehend unerörtert.

#### b) *Mediation und Verwaltungsverfahren: Wechselseitige Beeinflussungen*

Für die rechtliche Bewältigung des im Verwaltungsrecht relativ neuen Phänomens der Mediation bedarf es zunächst einer Antwort auf die Frage der Zulässigkeit ohne besondere gesetzliche Grundlage. Wird sie bejaht, so stellen sich weitere schwierige Fragen nach dem Verhältnis von Mediation und Verwaltungsverfahren. Das Mediationsverfahren ist im Verwaltungsrecht regelmäßig darauf angewiesen, dass die dort gefundenen Ergebnisse in ein reguläres Verwaltungsverfahren Eingang finden und dort möglichst unverändert übernommen werden können. Dies ist nur möglich, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind. Erstens muss sich das Ergebnis dem Inhalt nach ohne Verstoß gegen materielles Recht in einem Verwaltungsakt oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag umsetzen lassen, zweitens müssen die Rechte der Beteiligten im Verwaltungsverfahren gewahrt werden. Beide Voraussetzungen müssen bereits im Mediationsverfahren berücksichtigt werden. Steht das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens nämlich von vornherein fest, weil das Mediationsergebnis übernommen werden soll, dann werden die Rechte der Beteiligten nur gewahrt, wenn sie schon im Mediationsverfahren berücksichtigt worden sind. Es muss hier also zu einer Art Vorwirkung der Verfahrensrechte der Beteiligten im Mediationsverfahren kommen<sup>54</sup>. Die Folge ist eine Verzahnung von Mediation und Verwaltungsverfahren, die in den Kommentierungen der Verfahrensrechte von Beteiligten (§§ 28 ff. VwVfG), aber auch in den Kommentierungen der Vorschriften über das Ermessen (§ 40 VwVfG) und über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) behandelt werden muss. Hier besteht ein unabweisbarer Kommentierungsbedarf, da Mediationsverfahren in ihren verschiedenen Spielarten immer weitere Verbreitung finden.

53 Holznapel/Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Haft/v.Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002, S. 1124, Rn. 5 ff.

54 Hierzu näher Holznapel/Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht (Fn. 53), S. 1124, Rn. 4.

### 3. *Beispiel: Das Effizienzprinzip*

#### a) *Der Begriff der Effizienz in der Innovationsdiskussion*

Als Effizienzprinzip<sup>55</sup> bzw. Effizienzgebot wird der Grundsatz bezeichnet, wonach entweder ein bestimmter Erfolg mit dem Einsatz möglichst geringer Mittel erzielt werden soll (Minimalisierung der Mittel) oder mit bestimmten Mitteln ein möglichst großer Erfolg (Maximalisierung des Erfolgs)<sup>56</sup>. Damit wird eine rein ökonomische Mittel-Zweck-Relation bezeichnet, die unabhängig von der rechtlichen Bewertung des Mittels bzw. des Zwecks zu einem Maßstab für möglichst »wirtschaftlichen« Mitteleinsatz führt. Der Begriff der Effizienz hat damit mehr mit Wirtschaftlichkeit zu tun als mit Effektivität<sup>57</sup>. Der Begriff der Effektivität wird in der Innovationsdiskussion von der Effizienz streng unterschieden<sup>58</sup>. Der Begriff Effektivität bezieht sich auf Art und Ausmaß einer Zielerreichung, soll danach also nur die Relation zwischen dem erreichten und dem angestrebten Ziel betreffen. Eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr kann also effektiv sein, aber nicht effizient, weil sie die Gefahr zwar beseitigt, hierfür aber einen unwirtschaftlich hohen Mitteleinsatz erfordert.

#### b) *Effizienz als verwaltungsverfahrenrechtliches Gebot*

Der Ausdruck »Effizienz« kommt im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht vor. Verwaltungsverfahren sind nach § 10 VwVfG einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen; von effizienter Durchführung ist nicht die Rede. Gleichwohl zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der Effizienzgedanke dem Verfahrensrecht keineswegs fremd ist. Allgemein wird dem Gebot der Einfachheit und Zweckmäßigkeit auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit entnommen, welches dem der Effizienz weitgehend entsprechen dürfte<sup>59</sup>. Dies gelangt in den Kommentierungen auch zum Ausdruck. Allerdings betrifft die Frage der Effizienz kaum den gerichtlich kontrollierbaren Teil des Verwaltungsverfahrens, sondern denjenigen Teil, der dem Verfahrensermessen der zuständigen Behörden bzw. im Organisationsermessen der jeweiligen Behördenträger zugewiesen ist. Insoweit scheint er die Auslegung und Anwendung des Verwal-

55 Zur Effizienz als Rechtsprinzip s. Hoffmann-Riem, Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11, 19 ff.

56 Schmidt-Aßmann, Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, 245 f.

57 Zur Ausdifferenzierbarkeit des Begriffs der Effizienz Hoffmann-Riem (Fn. 40), S. 28 ff.

58 Teilweise anders aber noch Stelkens/Bonk/Sachs § 9 Rn. 76 ff., § 10 Rn. 23.

59 Obermayer § 10 Rn. 16; Kopp/Ramsauer § 10 Rn. 3.

tungsverfahrensrechts nur am Rande zu betreffen. Dementsprechend spielt das Effizienzgebot in der Kommentierung nur eine marginale Rolle<sup>60</sup>. Ineffiziente Beweiserhebungen führen zu Verzögerungen und zu Kostensteigerungen, die rechtlich bisher allenfalls im Rahmen des Ersatzes eines Verzögerungsschadens oder bei der Kostenlast eine Rolle gespielt haben.

c) *Inhaltliche Steuerung der Verwaltung durch das Effizienzgebot?*

Die Innovationsdiskussion hat eine neue Dimension des Effizienzbegriffs zur Debatte gestellt. Es geht um die Frage, ob und in welchem Umfang das Effizienzgebot über seine rein verfahrensrechtliche Bedeutung hinaus auch für den Inhalt von Verwaltungsentscheidungen oder Vereinbarungen Steuerungswirkung entfaltet<sup>61</sup>. Oder anders ausgedrückt: Unter welchen Voraussetzungen und ggf. in welchem Umfang darf der Gesichtspunkt der Effizienz für den Inhalt der Verwaltungsentscheidung selbst, also für den Verwaltungsakt oder den verwaltungsrechtlichen Vertrag, leitend sein?

Diese Frage ist bisher nur in Einzelbereichen des Besonderen Verwaltungsrechts behandelt und beantwortet worden, etwa im Polizei- und Ordnungsrecht, wenn es um die Frage geht, ob die Polizei einen Dritten als Notstandspflichtigen in Anspruch nehmen darf, weil sie die Gefahr anderenfalls nur mit einem exorbitant hohen eigenen Mitteleinsatz bekämpfen oder beseitigen könnte<sup>62</sup>. Auch das Problem des Umgangs mit den Kosten eines planfeststellungsbedürftigen Vorhabens der öffentlichen Hand in der planerischen Abwägung kann hier genannt werden, obwohl es sich hier um die Belange eines von der Planfeststellungsbehörde regelmäßig verschiedenen öffentlichen Rechtsträgers handelt<sup>63</sup>. Für die Kommentierungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes stellt sich hier die Frage, ob das verfahrensrechtliche Gebot der Effizienz für die Betätigung des Ermessens allgemein ein den Zwecken der Ermächtigung i.S.d. § 40 VwVfG entsprechender und damit zulässiger Abwägungsgesichtspunkt ist oder ob dies nur kraft entsprechender spezialgesetzlicher Regelung gelten kann<sup>64</sup>.

60 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 10 Rn. 23; Knack vor § 9 Rn. 18 ff.; Kopp/Ramsauer § 10 Rn. 3; Obermayer § 10 Rn. 16 fasst die Verfahrensgrundsätze des § 10 S. 2 unter dem Begriff der Effizienz zusammen.

61 Hierzu insbesondere Papier, Der Wandel der Lehre von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen als Reaktion auf die staatliche Finanzkrise, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 231 ff.

62 Hoffman-Riem (Fn. 40), S. 19.

63 Papier (Fn. 61), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 231, 240.

64 Bisher wirken die Überlegungen zur Effizienz im materiellen Recht in den Kommentierungen, aber nicht nur dort, eher »diffus und ungeordnet«, vgl. Schmidt-Aßmann, (Fn. 56), S. 260.

### III. *Fazit*

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz die Vorschläge und Überlegungen der seit über zehn Jahren andauernden Diskussion um die Reform der Verwaltung bisher nur sehr begrenzt berücksichtigt haben. Sie hat weiter eine ganze Reihe von Gründen für diese Zurückhaltung aufgezeigt. Zu diesen Gründen zählen neben unterschiedlichen Vorstellungen über den Rezeptionsbedarf auch die teilweise begrenzte Rezeptionseignung. Für letztere finden sich wiederum eine Reihe von Ursachen. Zu ihnen gehören die Ausrichtung des Verwaltungsverfahrensrechts auf die gerichtliche Kontrollperspektive, bei der eigentliche der Herstellungsprozess verwaltungsrechtlicher Entscheidungen weitgehend ausgeblendet wird, und das Erfordernis einer speziellen Übersetzungsleistung, bei der die Rückwirkungen von Vorschlägen und Überlegungen auf Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes analysiert und in deren Begrifflichkeit und Rationalitätsgefüge eingepasst werden müssen.