

Europäische Rechtsakte als „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts

Ulrich Stelkens*

Inhalt

I.	Einleitung	130
II.	Mögliche europäische „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts	133
1.	Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats zum Verwaltungsverfahrensrechts	133
2.	Das Recht auf gute Verwaltung des Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union	136
3.	Bereichsspezifische verwaltungsverfahrensrechtliche Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts	142
III.	Methodische Zulässigkeit und Gebotenheit des „Abbaus“ allgemeiner Grundsätze des deutschen Verwaltungsrechts aus europäischen „Fundgruben“	149
1.	Abschließende Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts durch die Verwaltungsverfahrensgesetze?	149
2.	Methodische Zulässigkeit der Auslegung deutschen Rechts unter Rückgriff auf europäische Rechtsakte?	151
3.	Implementationsfähigkeit europäischer Grundsätze des Verwaltungsverfahrens in das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht	155
IV.	Einzelbeispiele für einen Erfolg versprechenden „Abbau“	156
1.	Ergänzung des in § 9 ff. VwVfG bereits geregelten Verwaltungsverfahrensrechts	157

* Privatdozent Dr. Ulrich Stelkens, Saarbrücken. Bei dem nachfolgenden Beitrag handelt es sich um eine erweiterte Fassung des vom Verfasser am 17. Dezember 2003 vor dem Fakultätsrat der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes gehaltenen Habilitationsvortrages.

2.	Erstreckung bekannter verwaltungsverfahrensrechtlicher Prinzipien auf Verwaltungsverfahren, die nicht von den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt werden	158
3.	Der allgemeine ungeschriebene Anspruch auf Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen	160
V.	Notwendige „Veredelung“ der „abgebauten“ Grundsätze durch analoge Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze	161
VI.	Fazit	163

I. Einleitung

Das Verwaltungsverfahrensrecht ist auch in Deutschland nach wie vor nur lückenhaft kodifiziert. Besonders deutlich zeigt sich dies zunächst daran, dass die sich mit dem eigentlichen Verwaltungsverfahren befassenden Kenvorschriften der §§ 9 ff. des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, der entsprechenden Vorschriften der Länder und der §§ 8 ff. SGB X nur solche Verwaltungsverfahren erfassen, die auf den Erlass von Verwaltungsakten und den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet sind. Damit werden von den Verwaltungsverfahrensgesetzen z.B. weder die Verwaltungsverfahren geregelt, die auf Abschluss privatrechtlicher Verwaltungsverträge gerichtet sind, noch solche Verwaltungsverfahren, deren Ziel die Vornahme einer nur tatsächlichen Handlung, eines Realakts, ist. In der Abgabenordnung fehlen darüber hinaus selbst Regelungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, obwohl von seiner Existenz (wenn auch nicht seiner generellen Zulässigkeit) mittlerweile auch im Abgabenrecht weitgehend ausgegangen wird.¹ Aber auch innerhalb des durch die Verwaltungsverfahrensgesetze „an sich“ kodifizierten Bereichs stellt sich immer wieder die Frage, ob insbesondere dem Bürger gegenüber der Verwaltung ein bestimmtes Recht zusteht, das durch die Verwaltungsverfahrensgesetze weder ausdrücklich anerkannt noch ausdrücklich ausgeschlossen wird. Das geschriebene Verwaltungsverfahrensrecht lässt damit zum Beispiel offen,

- ob der Betroffene vor endgültiger Ablehnung einer beantragten Begünstigung anzuhören ist;²

¹ Vgl. z.B. BVerwG, NVwZ 2003, S. 993 (994); BGH, NVwZ 2003, S. 1015 (1017).

² Bejahend z.B.: *Grünewald*, in: Obermayer (Begr.), VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 28 Rdnr. 13; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 28 Rdnr. 26; a.A. BVerwGE 66, 184 (186); *Bonk/Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 28 Rdnr. 27.

- ob derjenige, der einen schriftlichen Antrag stellt, einen Anspruch auf schriftliche Bescheidung hat (und dementsprechend eine nur mündlich mitgeteilte Entscheidung nicht als endgültige Entscheidung ansehen muss);³
- ob die Ablehnung des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verwaltungsvertrages gegenüber dem Betroffenen zu begründen ist;⁴
- ob derjenige, der durch ein bestimmtes tatsächliches Verwaltungshandeln gezielt beeinträchtigt wird (insbesondere bei Warnungen und bei Ausübung tatsächlicher Gewalt) vor deren Vornahme einen Anspruch auf Anhörung⁵ und Akteneinsicht und nach deren Vornahme einen Anspruch auf Bestätigung und Begründung⁶ hat;
- ob und in welcher Weise bei der Prüfung der Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verwaltungsvertrages etwaiges Vertrauen des privaten Vertragspartners auf den Bestand des Vertrages zu berücksichtigen ist,⁷
und
- ob ein grundsätzlicher Anspruch auf Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen besteht.⁸

³ Bejahend: *Martens*, Die verweigerte Zusicherung, JuS 1988, S. 777 (776 f.); *P. Stelkens*, Probleme der Zusicherung, NVwZ 1987, S. 471; *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 2), § 37 Rdnrs. 33, 35a; a.A. BVerwG, NVwZ 1986, S. 1011.

⁴ Bejahend z.B.: *J. Becker*, Verwaltungsprivatrecht und Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1994, S. 83 ff.; *W. Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979, S. 215; *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 442; *Kopp/Ramsauer*, (Fn. 2), § 39 Rdnr. 10; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (Loseblatt), Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 254 (Bearbeitung 2003); a.A. *Liebetanz*, in: *Obermayer*, (Fn. 2), VwFG, 3. Aufl. 1999, § 39 Rdnr. 12.

⁵ Bejahend z.B. *Hochhuth*, Vor schlichthoheitlichen Eingriffen anhören?, NVwZ 2003, S. 30 ff.; ferner BVerfG, 1 BvR 558/91 u. 1 BvR 1428/91 v. 26.6.2002, Abs. 58, <http://www.bverfge.de> = BVerfGE 105, 252 (272); *Bonk/Kallerhoff*, (Fn. 2), § 28 Rdnr. 25; *Di Fabio*, System der Handlungsformen und Fehlerfolgenlehre, in: *K. Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.)*, Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht, 1991, S. 47 (64); *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 150 ff.; *Hufen*, (Fn. 4), Rdnr. 483; *Kopp/Ramsauer*, (Fn. 2), § 28 Rdnr. 4; offen: BVerwG, NVwZ 2003, S. 354 (356); differenzierend: VGH München, NVwZ 2003, S. 998 (999); ablehnend für Äußerungen wertenden Charakters im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Regierung: VGH Kassel, NVwZ 2003, S. 1000 (1001).

⁶ Zu dieser Fragestellung *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 2), § 39 Rdnr. 8c.

⁷ Für die Berücksichtigung von Vertrauenschutz z.B. OVG Münster, DVBl 1973, S. 696 (697); BGH, EuZW 2003, S. 444 (446) *Blanke*, Vertrauenschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, S. 237 ff.; ablehnend BVerwGE 49, 359 (363).

⁸ Bejahend z.B.: *Kugelmann*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001, S. 32 ff.; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 207 ff.; *ders.*, Von den *arcana imperii* zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, ThürVBl 2003, S. 193 (196 ff.); a.A. die überkommene Meinung, vgl. *Bonk/Kallerhoff*, (Fn. 2), § 29 Rdnr. 18 ff. sowie dezidiert *Kaufmann*, Grundrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht als Voraussetzung der Demokratie?, in: *Bertschi u.a. (Hrsg.)*, Demokratie und Freiheit, 1999, S. 41 ff.

In methodischer Hinsicht geht es bei allen diesen Fragen um das gleiche Problem: Der Betroffene behauptet, ihm stehe ein bestimmtes Recht gegenüber der Behörde zu, das nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sei, sich jedoch aus „allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ ergebe. Die Behörde hält dem entgegen, dass ein solches Recht gerade nicht gesetzlich gewährt werde, woraus zu schließen sei, dass es dem Betroffenen auch nicht zustehen solle. Sodann verlagert sich die Diskussion auf die verfassungsrechtliche Ebene: Der Betroffene leitet das von ihm behauptete Recht unmittelbar aus den Grundrechten und allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien her, wobei zumeist das Schlagwort „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ fällt. Die Behörde wendet hiergegen ein, der Gewährung des Rechts stünden die ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Grundsätze des effizienten Verwaltungshandelns⁹ und der „Handlungsfähigkeit des Staates“¹⁰ entgegen, die es ausschließen, die „eigentliche“ Verwaltungstätigkeit durch Anerkennung immer weiterer Verfahrensrechte der Betroffenen zu lähmen. Die Argumentation beider Seiten stellt sich dabei vielfach im Kern nur als schlichte Behauptung des erwünschten Rechtsprinzips und seine Ausstattung mit Verfassungsrang dar.¹¹ Im Ergebnis läuft die Diskussion dieser Fragen damit zumeist auf ein „Argumentationspatt“ hinaus: Gegen jede Geltendmachung ungeschriebener Rechtssätze können Argumente erhoben werden, die sich ihrerseits auf irgendwelche ungeschriebenen Rechtssätze stützen können.¹²

In solchen Fällen wäre es hilfreich, wenn die Diskussion nicht auf den Austausch abstrakter verfassungsrechtlicher Argumente begrenzt bleiben müsste, sondern anhand konkreter Rechtsnormen präzisere Anhaltspunkte für die Lösung der gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten Rechtsfrage gewonnen werden könnten. Unter Heranziehung der herkömmlichen juristischen Methoden würde es sich in solchen Situationen im Grundsatz anbieten, sich auf die Suche nach einzelnen Vorschriften im geschriebenen einfachgesetzlichen Verwaltungsrecht zu begeben, die in einem vergleichbaren Fall einen entsprechenden Rechtssatz ausdrücklich aufstellen oder ausdrücklich ausschließen, um dann zu fragen, ob sich die entsprechende Regelung als Basis für eine Einzelanalogie oder sogar zusammen mit anderen vergleichbaren Regelungen als Basis für eine Gesamtanalogie eignet. Aber insoweit bleibt die Suche im geschriebenen deutschen Verwaltungsrecht regelmäßig fruchtlos: Denn die spezialgesetzlichen Bestimmungen des Besonderen Verwaltungsrechts sind nach Inkrafttreten der Verfahrensgesetze in verschiedenen Stufen zumeist um ihre potentiell allgemeingültigen Aussagen bereinigt worden,

⁹ Siehe hierzu: *Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 245 (255 ff.).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 60, 253 (270); *Park*, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S. 305 f.

¹¹ Ein schönes Beispiel für diese Art der Argumentation bildet der Fall von BVerwG, NJW 2003, S. 2696 (2697 f.).

¹² Deutlich *Park*, (Fn. 10), S. 224.

eben um die Verwaltungsverfahrensgesetze als „Grundgesetze der Verwaltung“¹³ zu stärken.¹⁴ Soweit Rechtssätze des Besonderen Verwaltungsrechts dennoch verallgemeinerungsfähige Regelungen enthalten, beschränken sie sich zudem – nicht anders als die Verwaltungsverfahrensgesetze – regelmäßig auf die Regelung solcher Verwaltungsverfahren, die auf den Erlass von Verwaltungsakten und den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet sind. Als Basis für die Entwicklung handlungsformübergreifender Rechtsgrundsätze sind sie daher nur genauso viel oder genauso wenig tauglich wie eben die Verwaltungsverfahrensgesetze. Wohl deshalb hat die auf Rechtssätze des Besonderen Verwaltungsrechts gestützte Analogie in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft bisher allenfalls eine untergeordnete Rolle gespielt.¹⁵ Dies wirft die Frage auf, ob als Gelände für die Prospektion von „Fundgruben“ allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts¹⁶ nicht auch das Gebiet des Europarechts im weitesten Sinne in Betracht kommt.

II. Mögliche europäische „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts

Eine solche Horizonterweiterung erscheint als sehr viel versprechend: Denn das Europarecht sieht in verschiedenen Zusammenhängen und unterschiedlichen Rechtsakten bestimmte verwaltungsverfahrensrechtliche Grundsätze ausdrücklich vor, die im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht nicht ausdrücklich normiert sind.

1. Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates zum Verwaltungsverfahrensrecht

a) Am aussichtsreichsten scheint insoweit zunächst ein Blick in die mittlerweile zwanzig Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats zum Verwaltungsverfahrensrecht. Bei diesen in der deutschen Diskussion zur Europäisierung des Verwaltungsrechts wenig beachteten Empfehlungen handelt es sich um Empfehlungen nach Art. 15 Abs. b der Satzung des Europarates, die weite Teile des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozessrechts abdecken, wobei

¹³ Zum Begriff *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 2), § 1 Rdnr. 1.

¹⁴ Siehe hierzu *Bonk/Schmitz*, (Fn. 13), § 1 Rdnr. 242 ff.

¹⁵ Die auf Rechtssätze des Privatrechts gestützte Analogie ist demgegenüber im Verwaltungsrecht nach wie vor weit verbreitet, hierzu ausführlich *Park*, (Fn. 10), S. 63 ff.; *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 62 ff.

¹⁶ Begriff der „Fundgrube“ in diesem Zusammenhang von *Menger*, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, Fs. Bogs, 1967, S. 89 (95).

einerseits Bewährtes rechtssatzartig zusammengefasst, andererseits aber auch innovative Ansätze den Mitgliedstaaten zur Befolgung nahe gelegt werden. Sie wurden und werden sehr sorgfältig durch den 1970 gegründeten¹⁷ Arbeitsausschuss „Verwaltungsrecht“ (abkürzt: CJ-DA) vorbereitet,¹⁸ der 1997 auch ein offizielles „Handbuch“ vorgelegt hat, das die den Empfehlungen zu Grunde liegenden Prinzipien erläutern soll und daher eine „authentische Interpretation“ dieser Empfehlungen bildet.¹⁹ Die wohl bedeutendste dieser Empfehlungen ist die Entschließung²⁰ (77) 31 vom 28. September 1977 über den „Schutz des Einzelnen gegenüber Maßnahmen der Verwaltung“.²¹ Sie stellt fünf Grundsätze des Verwaltungsverfahrens auf, über die nach der Präambel der Entschließung trotz unterschiedlicher Verwaltungsrechtssysteme in den Mitgliedstaaten ein „breiter Konsens“ besteht. Dies sind das Recht auf Anhörung, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht, sich im Verwaltungsverfahren vertreten zu lassen, das Recht auf Begründung und das Recht auf Rechtsbehelfsbelehrung. Von Bedeutung ist nun, dass die Entschließung diese Verfahrensrechte an alle Verwaltungsverfahren knüpft, die auf Erlass eines „*administrative act*“ bzw. eines „*acte administratif*“ gerichtet sind. Dieser Begriff wird in der Entschließung in einer Weise „legal“-definiert, die sich übersetzen lässt als „Einzelmaßnahme oder -entscheidung, die in Ausübung öffentlicher Gewalt getroffen wird, und die Rechte, Freiheiten und Interessen natürlicher und juristischer Personen unmittelbar berührt.“²² Die Übersetzung zeigt, dass der Begriff des „*administrative act*“ bzw. des „*acte administratif*“ im Sinne dieser Entschließung nicht mit dem Begriff des Verwaltungsaktes deckungsgleich ist, wie er in § 35 VwVfG, § 31 SGB X und § 118 AO legaldefiniert wird. Insbesondere fehlt das Tatbestandsmerkmal „Regelung“. Es spricht daher Einiges dafür, dass sich die Entschließung (77) 31 auch auf direkt belastende Realakte der Verwaltung

17 P. Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, (Fn. 2), Einleitung Rdnr. 139.

18 Zu diesem Ausschuss siehe die Informationen auf der offiziellen Internet-Seite des Europarats: http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Administrative_law_and_justice/; http://www.coe.int/T/F/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/Droit_et_justice_administratif_s/ (alle zitierten Internetseiten wurden am 9.2.2004 zuletzt besucht).

19 Vgl. Europarat (Hrsg.), *The administration and you - A handbook*, 1997, S. 5 und S. 525 ff. Es gibt auch eine Version auf Französisch unter dem Titel „*L'administration et les personnes privées - un manuel*“.

20 Bis 1979 wurden die „Empfehlungen“ (Recommendation/Recommandation) i.S.d. Art. 15 Abs. b der Satzung des Europarats als „Entschließung“ (Resolution/Résolution) bezeichnet: <http://www.coe.int/t/d/Ministerkomitee/>.

21 Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to the Acts of administrative Authorities/Résolution (77) 31 sur la Protection de l'Individu au regard des Actes de l'Administration. Der Text ist in beiden Amtssprachen auf den in Fn. 18 genannten Internet-Seiten veröffentlicht.

22 Übersetzung von Jellinek, Ermessensausübung durch Verwaltungsbehörden, ZRP 1981, S. 68 (69): „*any individual measure or decision which is taken in the exercise of public authority and which is of such nature as directly to affect the rights, liberties or interests of persons whether physical or legal*“; „*toute mesure ou décision d'ordre individuel prise dans l'exercice de la puissance publique et de nature à produire des effets directs sur les droits, libertés ou intérêts des personnes physiques ou morales*“.

bezieht, insbesondere auf staatliche Warnungen, Meinungsäußerungen aber auch die gezielte Ausübung physischer Gewalt.²³ Wenn die Entschließung wirklich so verstanden werden kann,²⁴ ist aber deutlich, dass die verbreitete Einschätzung unzutreffend ist, dass sie keine Gewährleistungen enthalte, die über den Regelungsinhalt der deutschen Verwaltungsverfahrensgesetze hinausreichen.²⁵ Denn im deutschen Recht fehlt es an einer ausdrücklichen Verbürgung der in der Entschließung (77) 31 genannten Verfahrensgarantien für zielgerichtetes belastendes tatsächliches Verwaltungshandeln.

b) Aufmerksamkeit verdienen auch zwei weitere Empfehlungen, die sich mit der Frage des Zugangs zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen befassen. Dies ist zunächst die Empfehlung Nr. R (81) 19 vom 25. November 1981.²⁶ In dieser Empfehlung werden mehrere Grundsätze des Zugangs zu diesen Informationen aufgestellt: Jedem Einzelnen wird ein Rechtsanspruch auf Zugang zu diesen Informationen gewährt, dessen Erfüllung durch effektive Maßnahmen gewährleistet werden muss. Insbesondere darf der Anspruch nicht vom Vorhandensein eines spezifischen Informationsinteresses abhängig gemacht, sondern nur ausgeschlossen werden, wenn und soweit dies zur Sicherung legitimer öffentlicher und privater Interessen notwendig ist. Über entsprechende Anträge muss zügig entschieden und ihre Ablehnung begründet werden. Ergänzt wird die Empfehlung Nr. R 81 (19) durch die Empfehlung Nr. R (91) 10 vom 9. September 1991 über die Übermittlung bei der Verwaltung vorhandener persönlicher Daten an Dritte,²⁷ die gerade im Hinblick auf die Empfehlung Nr. R (81) 19 sehr detaillierte Vorgaben macht, wann die Verwaltung aufgrund des allgemeinen Informationsanspruchs personenbezogene Daten an Dritte dann doch nicht herausgeben darf.

c) Schließlich soll am Rande noch auf die Empfehlung Nr. R (93) 7 vom 18. Oktober 1993 über die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und öffentlicher

23 P. Stelkens/U. Stelkens, (Fn. 6), § 35 Rdnr. 250a.

24 Einschränkend wohl Europarat, (Fn. 19), S. 11, wo „physical acts“ als Maßnahme der Vollstreckung eines „administrative act“, nicht aber selbst als „administrative act“ gewertet wird; anders jedoch wieder S. 27, wo von „administrative acts of a more factual kind“ gesprochen wird, auf den sich die Begründungspflicht nicht ohne weiteres beziehe.

25 So Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 289 (292); Schwarze, Der Beitrag des Europarates zur Entwicklung von Rechtsschutz und Verfahrensgarantien im Verwaltungsrecht, EuGRZ 1993, S. 377 (381); P. Stelkens/Sachs, (Fn. 17), Einleitung Rdnr. 141a.

26 Recommendation No R (81) 19 on the access to information held by public authorities/Recommendation No R (81) 19 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques. Der Text ist in beiden Amtssprachen auf den in Fn. 18 genannten Internet-Seiten veröffentlicht.

27 Recommendation No R (91) 10 on the communication to third parties of personal data held by public bodies/Recommendation No R (91) 10 sur la communication à des tierces personnes de données à caractère personnel détenues par des organismes publiques. Der Text ist in beiden Amtssprachen auf den in Fn. 18 genannten Internet-Seiten veröffentlicht.

Aktivitäten²⁸ hingewiesen werden. Sie befasst sich mit den Voraussetzungen der materiellen Privatisierung und der Vermögensprivatisierung. In verwaltungsverfahrensrechtlicher Hinsicht ist an dieser Empfehlung interessant, dass Anforderungen für das auf den eigentlichen Privatisierungsakt gerichtete Verfahren aufgestellt werden: Es wird ein Gebot der Transparenz und der Gleichbehandlung postuliert und zu dessen Sicherung insbesondere eine öffentliche Ausschreibung der Privatisierungsverträge empfohlen.

2. Das Recht auf gute Verwaltung des Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

a) Jenseits der Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates kommt als weitere „Fundgrube“ für das Auffinden allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts das in Art. 41 Abs. 1 und 2 der Europäischen Grundrechts-Charta²⁹ normierte Recht auf eine gute Verwaltung in Betracht. Hierdurch werden wohl erstmals individualrechtsschützende Rechtsgrundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts in den Rang gerade eines Grundrechts³⁰ erhoben.³¹ Ausweislich der „amtlichen Erläuterung“ dieses Artikels,³² stellen die ersten beiden Absätze des Art. 41 der Charta eine rechtssatzmäßige Formulierung der (bisher ungeschriebenen) gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung³³ dar,³⁴ deren Beachtung – aus der Sicht des EuGH – auch dann für ein rechts-

²⁸ Recommendation No R (93) 7 on privatisation of public undertakings and activities/Recommandation No R (93) 7 relative à la privatisation d'entreprises et d'activités publiques. Der Text ist in beiden Amtssprachen auf den in Fn. 18 genannten Internet-Seiten veröffentlicht.

²⁹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, „feierlich proklamiert“ vom Europäischen Parlament, Rat und Kommission am 7.12.2000, ABI. Nr. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.

³⁰ Verfassungsrang kommt solchen Grundsätzen bereits in den Verfassungen verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu, z.B. in Art. 97 Abs. 1 der Italienischen Verfassung, Art. 266 Abs. 2, Art. 268 der Portugiesischen Verfassung; Art. 103 und Art. 105 der Spanischen Verfassung.

³¹ *Lais*, Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ZEuS 2002, S. 447 (449).

³² Abrufbar unter „Volltext“ unter <http://db.consilium.eu.int/df/default.asp?lang=de>.

³³ EuGH und EuG scheinen zur Umschreibung dieser Grundsätze verschiedene Begriffe zu verwenden. Die Begriffsvielfalt erklärt sich jedoch in banaler Weise durch unterschiedliche Übersetzungen des Begriffs „principe de bonne administration“. Hierzu mit sehr vielen Nachweisen *Bauer*, Das Recht auf eine gute Verwaltung im Europäischen Verwaltungsrecht, 2002, S. 21 ff.

³⁴ Ausführliche Zusammenstellungen der vom EuGH so gewonnenen Verfahrensgrundsätze finden sich bei *Arnold*, Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in der EG, in: Schwarze/Starck (Hrsg.), Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts der EG, 1995, S. 7 (10 ff.); *Bauer*, (Fn. 33), S. 21 ff.; *Classen*, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 1998, S. 307 (309 ff.); *v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 170 ff.; *Gornig/Trüe*, Die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen allgemeinen Verwaltungsrecht, JZ 1993, S. 884 ff.; *dies.*, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht, JZ 2000, S. 395 ff. (Teil 1), S. 446 ff. (Teil 2), S. 501 ff. (Teil 3); *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998,

staatliches Verwaltungsverfahren notwendig ist, wenn sie nicht ausdrücklich normiert sind.³⁵ Diese Grundsätze sind Teil der ungeschriebenen Allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, die vom EuGH durch wertende Rechtsvergleichung der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten gewonnen werden³⁶ und denen nach allgemeiner Ansicht in der Normenhierarchie jedenfalls ein Rang über dem gemeinschaftsrechtlichen Sekundärrecht zukommt.³⁷ Insoweit sei zunächst bemerkt, dass diese wertende Rechtsvergleichung das „Einfallstor“ für die angeprochenen Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates in das Gemeinschaftsrecht sein kann. Denn ihnen kann insoweit eine Funktion zukommen, die mit der Funktion der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Entwicklung des Grundrechtsschutzes gegenüber den Gemeinschaften vergleichbar ist und die mittlerweile durch Art. 6 Abs. 2 EUV auch ausdrücklich anerkannt wird.³⁸ Jedenfalls liegt die Forderung nahe, dass sich der EuGH bei der Entwicklung allgemeiner Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung auch an den Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates als Rechtserkenntnisquelle zu orientieren hat, was dann wieder für die Auslegung des Art. 41 der Grundrechtscharta von Bedeutung wäre. Denn der Katalog der Verfahrensrechte des Art. 41 der Charta ist, wie das Wort „insbesondere“ in Absatz 2 zeigt, nicht abschließend, sondern für weitere Entwicklungen offen.³⁹

b) Unabhängig davon sollen nach dem Wortlaut des Art. 41 der Charta aus dem Recht auf gute Verwaltung jedoch nur die Gemeinschaftsorgane verpflichtet sein, so dass es unmittelbar nur in Verwaltungsverfahren Anwendung findet, die die Gemeinschaftsorgane selbst durchführen. Entgegen dem Grundsatz des Art. 51 der

S. 456 ff.; *Kuntze*, Europarecht im deutschen Verwaltungsprozess (4): Allgemeines Verwaltungsrecht, VBIBW 2001, S. 5 (8 ff.); *Schilling*, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, S. 3 (17 ff.); *Schoch*, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 (297 ff.); *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht II, 1988, S. 1135 ff.

35 Zu diesem Verständnis der Bedeutung des Begriffs „Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung“ im Gemeinschaftsrecht *Gornig/Trüe*, ibid., JZ 1993, S. 893; *dies.*, ibid., JZ 2000, S. 403; *Haibach*, ibid., S. 461 f.; *Lais*, (Fn. 31), S. 453 f.; *Schilling*, ibid., S. 22 f.; wohl auch *Weber*, Das Verwaltungsverfahren, in: *Schweitzer* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 1991, S. 55 (82).

36 Hierzu näher (jeweils m.w.N.) *Bleckmann*, Methoden der Bildung europäischen Verwaltungsrechts, DÖV 1993, S. 837 (838 ff.); *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 482 f.; *Schilling*, (Fn. 34), S. 7 f.; *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht I, 1988, S. 69 ff.; *Steinze*, Der Einfluss des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, in: *Schweitzer*, (Fn. 35), S. 240 (249 ff.).

37 Hierzu näher *Oppermann*, (Fn. 36), Rdnr. 488; *Schilling*, (Fn. 34), S. 29 ff.; *Schwarze*, (Fn. 36), S. 66 ff.; *Szczekalla*, in: *Rengeling* (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht I, 2. Aufl. 2003, § 11 Rdnr. 27 ff., jeweils m.w.N.

38 Siehe zur Entwicklung *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 6 EUV Rdnr. 33 ff.

39 *Lais*, (Fn. 31), S. 452; *Magiera*, in: *Meyer* (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte für eine Europäische Union, 2003, Art. 41 Rdnrn. 7, 10, 16.

Charta sollen die Mitgliedstaaten dementsprechend jedenfalls nicht unmittelbar an das Recht auf gute Verwaltung gebunden sein.⁴⁰ Dennoch ist Art. 41 der Charta nicht ohne jede Relevanz für das deutsche Verwaltungsrecht. Denn nicht anders als Art. 41 der Charta waren die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung zunächst allein auf die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane bezogen und sollten insoweit Lücken im Eigenverwaltungsrecht der Gemeinschaftsorgane schließen. Ihnen ist jedoch später Bedeutung auch für die Mitgliedstaaten beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts zugemessen worden. Auch wenn Art und Umfang dieser Bindungswirkung und das Verhältnis dieser Grundsätze zum nationalen Verfahrensrecht als nicht abschließend geklärt gelten,⁴¹ ist eine solche Erstreckung der Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung auch auf die Mitgliedstaaten bei Vollzug des Gemeinschaftsrechts jedoch folgerichtig. Dies betrifft insbesondere drei Konstellationen:

- Zunächst betroffen sind solche Verwaltungsverfahren vor mitgliedstaatlichen Behörden, an denen die Kommission unmittelbar durch Mitentscheidungsrechte und Stellungnahmepflichten zu beteiligen ist, weil bei einer solchen Mischverwaltung die Grenze zwischen direktem und indirektem Vollzug von Gemeinschaftsrecht teilweise verschwimmt und dies nicht zu Lasten des Betroffenen gehen kann.⁴²
- Darüber hinaus verpflichten die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung die mitgliedstaatlichen Behörden in solchen Verwaltungsverfahren, bei denen die Anwendbarkeit des nationalen Verfahrensrechts durch Gemeinschaftsrecht modifiziert oder eingeschränkt wird; in diesen Fällen bilden sie einerseits eine Schranke für einen Ausschluss national begründeter Rechtspositionen im Verwaltungsverfahren,⁴³ können aber andererseits als ungeschriebene Rechtssätze des Primärrechts auch das nationale Verfahrensrecht bürgerschützend modifizieren.⁴⁴

⁴⁰ Wie hier *Lais*, (Fn. 31), S. 457; *Magiera*, (Fn. 29), Art. 41 Rdnr. 9; ebenso wohl auch *Szczekalla*, (Fn. 37), § 12 Rdnr. 64. Hierfür spricht insbesondere auch der systematische Zusammenhang mit Art. 41 Abs. 4 der Charta, der jeder Person das Recht garantiert, dass ihm in der von ihm verwendeten Sprache der Verträge geantwortet wird. Mit einer solchen Verpflichtung wären die Mitgliedstaaten überfordert, vgl. auch *Gundel*, Verfahrensgrundrechte, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 18 Rdnr. 8 mit Fn. 22; *P. Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, (Fn. 2), § 23 Rdnr. 54. Differenzierend: *Bauer*, (Fn. 33), S. 142 f. (Grundsatz des Art. 51 der Charta gelte für Art. 41 Abs. 1 und Abs. 2, nicht aber für Abs. 3 u. 4).

⁴¹ *Classen*, (Fn. 34), S. 308; *Schilling*, (Fn. 34), S. 8 f.; *Szczekalla*, (Fn. 37), § 11 Rdnr. 37.

⁴² *Gundel*, (Fn. 40), § 18 Rdnr. 48 ff.; allgemein zu den gestuften Verwaltungsverfahren unter Beteiligung der Kommission beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts *Sydow*, *Die Vereinheitlichung des mitgliedstaatlichen Vollzugs des Europarechts in mehrstufigen Verwaltungsverfahren*, *Die Verwaltung* 2001, S. 517 ff. m.w.N. Aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-97/91, Slg. 1992, I-6313 (*Borelli*).

⁴³ *Rengeling*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, *VVDStRL* 53 (1994), S. 202 (224); *Schilling*, (Fn. 34), S. 8 f. u. 33 f.

- Schließlich sind die Verwaltungsverfahren vor mitgliedstaatlichen Behörden betroffen, die in Zusammenhang mit der Einschränkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten stehen. In diesem Zusammenhang können die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung eine bestimmte Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsverfahrens fordern, die letztlich erst die nationale Beschränkung der Grundfreiheit gemeinschaftsrechtlich zu rechtfertigen vermag.⁴⁵

Wird das Grundrecht auf gute Verwaltung des Art. 41 Abs. 1 und 2 der Charta in diesen Zusammenhang gestellt, wird deutlich, dass die dort zusammengefassten Rechtsgrundsätze eine Ausstrahlungswirkung auf das Verwaltungsverfahrensrecht der Mitgliedstaaten haben können, soweit diese das Gemeinschaftsrecht vollziehen.⁴⁶ Sie können also ein gemeinschaftsweit einheitliches, für den indirekten Vollzug des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten geltendes Verwaltungsverfahrensrecht skizzieren. Dies gilt um so mehr, als das Gericht erster Instanz mittlerweile ausdrücklich anerkannt hat, dass Art. 41 der Charta die ungeschriebenen rechtsstaatlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung „bekräftigt“,⁴⁷ was impliziert, dass die in Art. 41 der Charta enthaltene rechtssatzmäßige Formulierung dieser Grundsätze als gelungen angesehen wird. Konkretisieren lassen sich diese Grundsätze zudem unter Rückgriff auf den vom Europäischen Bürgerbeauftragten – nach verschiedenen Anläufen⁴⁸ – entwickelten „Europäischen Kodex für gute Verwaltungspraxis“.⁴⁹ Dieser Kodex versteht sich mittlerweile als Entwurf für eine Verordnung, nachdem frühere Initiativen zur Einführung entsprechender Verhaltenskodizes durch Abgabe von Selbstverpflichtungserklärungen der Organe

44 Arnold, (Fn. 34), S. 7 (10); v. Danwitz, (Fn. 34), S. 499 f.; Gornig/Trüe, (Fn. 34), JZ 1993 S. 942; Grabitz, Europäisches Verwaltungsrecht – Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, S. 1776 (1781); Gundel, (Fn. 40), § 18 Rdnr. 35; Kuntze, (Fn. 34), S. 15; Streinz, Der Einfluss des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: Schweitzer, (Fn. 35), S. 241 (275 ff.).

45 Vgl. z.B. EuGH, Rs. 226/86, Abs. 14 f., Slg. 1987, 4097 ff. (Heylens); näher Gundel, (Fn. 40), § 18 Rdnr. 34; Kingreen, (Fn. 38), Art. 6 EUV Rdnr. 60 ff.; Schilling, (Fn. 34), S. 9; Streinz, (Fn. 36), S. 276; einschränkend demgegenüber Art. 51 der Grundrechtscharta, hierzu Borowsky, in: Meyer, (Fn. 39), Art. 51 Rdnr. 29 ff.; Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261 (266); Cremer, Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung, NVwZ 2003, S. 1452 ff.

46 Vgl. zu diesem „Parallelisierungsgebot“ zwischen dem für den direkten und den indirekten Vollzug von Gemeinschaftsrecht geltenden Verwaltungsverfahrensrecht Schmidt-Aßmann, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, S. 131 (139); dem folgend z.B. Hill, Verwaltungskommunikation und Verwaltungsverfahren unter europäischem Einfluss, DVBl 2002, S. 1316 (1317). Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 95 (2004), S. 1 (16 ff.).

47 EuG, Rs. T-54/99, Slg. 2002, II-313, Rdnr. 48 (max.mobilkom Telekommunikationsservice).

48 Siehe hierzu Lais, (Fn. 31), S. 476 f.; Martinez Soria, Die Kodizes für gute Verwaltungspraxis, EuR 2001, S. 682 ff.

49 Veröffentlicht unter http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/de/code_de.pdf.

nicht zum Erfolg geführt haben.⁵⁰ Das Europäische Parlament hat den Kodex angenommen und in Ausübung seines Initiativrechts nach Art. 192 Abs. 2 EGV die Kommission aufgefordert, auf Grundlage des Art. 308 EGV einen Vorschlag für den Erlass einer entsprechenden Verordnung zu unterbreiten.⁵¹ Was daraus wird, ist natürlich offen. Jedoch dürfte es nicht verfehlt sein, den Kodex zunächst einmal als eine Art „authentische Interpretation“ des Art. 41 der Charta zu verstehen, vor allem weil auch die Aufnahme des Rechts auf gute Verwaltung in die Grundrechtscharta auf eine Initiative des Europäischen Bürgerbeauftragten zurückgeht.⁵²

c) Art. 41 der Charta gewährt nun zunächst in Abs. 1 jeder Person ein allgemeines Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten unparteiisch, gerecht (= fair)⁵³ und innerhalb angemessener Frist behandelt werden. Während die Begriffe der Unparteilichkeit und der Zügigkeit relativ präzise Vorstellungen erwecken, ist der Begriff des „gerechten“ Verwaltungsverfahrens denkbar weit, wird jedoch durch Art. 41 Abs. 2 der Charta näher umschrieben. Zunächst gewährt nun Art. 41 Abs. 2 der Charta ein Recht auf Anhörung jeder Person vor jeder ihr nachteiligen individuellen Maßnahme. Der Kodex für gute Verwaltungspraxis geht insoweit noch weiter, da er in Art. 16 das (dort als Verteidigungsrecht bezeichnete) Anhörungsrecht in allen Fällen gewährt, „in denen Rechte und Interessen von Einzelpersonen berührt werden.“ Damit ist das Anhörungsrecht nicht nur auf solche Maßnahmen beschränkt, die Eingriffe in Rechte – also Belastungen – darstellen, sondern erstreckt sich auch auf die Ablehnung von (beantragten) Begünstigungen. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung,⁵⁴ auf die die Erläuterung der Charta auch ausdrücklich Bezug nimmt, und geht über das in Deutschland durch § 28 Abs. 1 VwVfG ausdrücklich normierte Anhörungsrecht hinaus.⁵⁵ Das Anhörungsrecht geht jedoch vor allem deshalb über den geschriebenen Standard des deutschen Verwaltungsrechts hinaus, weil es nicht nur in Verwaltungsverfahren gewährt wird, die auf Erlass von einseitigen

⁵⁰ *Lais*, (Fn. 31), S. 476 f.

⁵¹ Entschließung des Europäischen Parlaments v. 6.9.2001 zum Sonderbericht des Europäischen Bürgerbeauftragten an das Europäische Parlament im Anschluss an die Initiativuntersuchung betreffend das Vorhandensein und die öffentliche Zugänglichkeit eines Kodexes für gute Verwaltungspraxis in den verschiedenen Gemeinschaftsinstitutionen und Organen (C5-0438/2000 - 2000/2212 (COS); am einfachsten über „C-Nummer“ unter http://www.europarl.eu.int/plenary/default_de.htm zu finden.

⁵² Wie hier auch *Magiera*, (Fn. 39), Art. 41 Rdnr. 16.

⁵³ Der in Art. 41 der Charta in ihrer deutschen Version gebrauchte Begriff des „gerechten“ Verfahrens bedeutet nichts anderes als der in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft mittlerweile in Aehnung an die deutsche Übersetzung des Art. 6 EMRK gebräuchliche (vgl. z.B. *P. Stelkens/Schmitz*, [Fn. 40], § 9 Rdnr. 60) Begriff des „fairen“ Verfahrens. Dies zeigt sich daran, dass in der englischen und französischen Version der Grundrechts-Charta die Begriffe „fairly“ und „équitablement“ verwendet werden, die sich auch in der englischen und französischen Version des Art. 6 EMRK finden.

⁵⁴ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-269/90, Slg. 1991, I 5469, Rdnr. 23 ff. (*TU-München*).

⁵⁵ *Classen*, (Fn. 34), S. 312; *Schoch*, (Fn. 34), S. 297 f.

Hoheitsakten, insbesondere Verwaltungsakten, gerichtet sind. Denn Art. 41 Abs. 2 der Charta knüpft das Anhörungsrecht allgemein an den geplanten Erlass einer Maßnahme, nicht an den geplanten Erlass einer Entscheidung i.S.d. Art. 249 Abs. 4 EGV, die die Handlungsform der Gemeinschaftsorgane ist, die funktional der Handlungsform des Verwaltungsaktes im Sinne der deutschen Verwaltungsverfahrensgesetze noch am ehesten entspricht.⁵⁶ Zu begründen sind allerdings nach Art. 41 Abs. 2 der Charta nur „Entscheidungen“. Die Erläuterungen zur Charta nehmen insoweit auf Art. 253 EGV Bezug, was verdeutlicht, dass das Begründungsrecht auch nur auf Entscheidungen i.S.d. Art. 249 Abs. 4 EGV beschränkt ist.⁵⁷ Auch der Kodex für eine gute Verwaltungspraxis geht wohl nicht über ein solches handlungsformgebundenes Begründungserfordernis hinaus (Art. 18). Bedeutung hat dies für die Frage, inwieweit die Ablehnung des Abschlusses eines Verwaltungsvertrages durch die Gemeinschaftsorgane zu begründen ist. Der EuGH hat eine solche Begründungspflicht bisher verneint.⁵⁸ Diese Aussage wird allerdings dadurch relativiert, dass jedenfalls das Gericht erster Instanz die Ablehnung des Vertragsschlusses – insoweit vergleichbar mit der deutschen Zwei-Stufen-Theorie – als Entscheidung nach Art. 249 Abs. 4 EGV wertet, die deshalb unmittelbar nach Art. 253 EGV zu begründen ist.⁵⁹

d) In engem Zusammenhang mit dem Grundrecht auf gute Verwaltung steht schließlich auch das in Art. 42 der Charta normierte Grundrecht auf Zugang zu Dokumenten des Europäischen Rats, des Parlaments und der Kommission, das den Grundsatz des Art. 255 EGV aufnimmt, in den Rang eines Grundrechts erhebt und damit einen grundrechtlichen allgemeinen Informationszugangsanspruch gegenüber der Verwaltung begründet. Dieser Zugangsanspruch wird näher ausgestaltet durch die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.⁶⁰ Bedeutsam ist, dass im zweiten Erwägungsgrund zu dieser Verordnung ausdrücklich ein Zusammenhang zwischen dem Informationszugangsrecht und dem

⁵⁶ Zur Frage, inwieweit die gemeinschaftsrechtliche Entscheidung i.S.d. Art. 249 Abs. 4 EGV mit dem deutschen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG vergleichbar ist, siehe nur P. Stelkens/U. Stelkens, (Fn. 6), § 35 Rdnr. 250d.

⁵⁷ Der Begriff „Entscheidung“ wird also in einem rechtstechnischen Sinne, nicht in einem verwaltungswissenschaftlichen Sinne („*Decision-Making*“) gebraucht, für den der „Entscheidungsvorgang“ maßgeblich ist, nicht aber das in eine bestimmte rechtliche Handlungsform der Verwaltung gegossene „Entscheidungsprodukt“, siehe z.B. B. Becker, Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 71 ff.; Püttner, Verwaltungslehre, 3. Aufl. 2000, S. 327 ff.; Schuppert, Verwaltungswissenschaft 2000, S. 740 ff.

⁵⁸ EuGH, Rs. 56/77, Slg. 1978, 679, Rdnr. 13 (*Agence européenne d'Interims*); hierzu Schwarze, (Fn. 34), S. 1352 f.

⁵⁹ EuG, Rs. T-19/95, Slg. 1996, II-321, Rdnr. 31 f. (*Adia Interim*); EuG, Rs. T-169/00, Slg. 2002, II-609, Rdnr. 188 ff. (*Esedra SPRL*).

⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. Nr. L 145 v. 31.5.2001, S. 43.

in Art. 1 Abs. 2 EUV angesprochenen Transparenzprinzip hergestellt⁶¹ und betont wird, dass diese Transparenz – und damit auch das Informationszugangsrecht – zur Achtung der Demokratie und der Grundrechte beiträgt. Dies deutet eine Allgemeingültigkeit des Grundsatzes des Informationszugangs an, der damit offenbar nicht nur als spezifische Reaktion auf besondere Missstände bei den Gemeinschaftsorganen verstanden wird. Vor diesem Hintergrund wirkt die alte wie die neue Umweltinformationsrichtlinie⁶² als bereichsspezifische Ausformung eines im Grundsatz auch außerhalb des Umweltbereichs maßgeblichen Prinzips. Der begrenzte Anwendungsbereich dieser Richtlinie wäre dann nur auf die beschränkten Rechtssetzungskompetenzen der Gemeinschaft gegenüber den mitgliedstaatlichen Verwaltungen zurückzuführen. In gewisser Weise bestätigt wird diese Sichtweise durch die bereits angesprochene Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats Nr. R. (81) 19 über den Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen, die den Grundsatz der Aktenöffentlichkeit als allgemeines Rechtsprinzip empfiehlt, an dem sich die Mitgliedstaaten des Europarates ausrichten sollten (s.o. II.2.b).⁶³ Es ist daher nicht so fern liegend, wenn in der Literatur der Grundsatz der Aktenöffentlichkeit mittlerweile zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts gezählt wird, der deshalb – entsprechend den oben dargelegten Grundsätzen – von den Mitgliedstaaten auch jenseits der Umweltinformationsrichtlinie in Fällen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug zu beachten ist.⁶⁴ Der EuGH hat diese Frage bisher offengelassen.⁶⁵

3. Bereichsspezifische verwaltungsverfahrensrechtliche Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts

a) Mit der Erwähnung der Umweltinformationsrichtlinien und der Verordnung über den Zugang zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission ist schließlich bereits unterstellt worden, dass „Fundgruben“ für allgemeine Rechtsgrundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts auch die bereichsspezifischen Verwaltungsverfahrensrechtsregelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts sein können. Dies erscheint vor allem deshalb als nahe liegend, weil es im

⁶¹ Siehe hierzu auch *Calliess*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 38), Art. 1 EUV Rdnr. 34 ff.

⁶² Alte Umweltinformationsrichtlinie: Richtlinie 90/313/EWG des Rates v. 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl. Nr. L 158 v. 23.6.1990, S. 56; neue Umweltinformationsrichtlinie: Richtlinie 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABl. Nr. L 41 v. 14.2.2003, S. 26.

⁶³ Eine gewisse Verwandtschaft zwischen der Umweltinformationsrichtlinie und der Empfehlung Nr. R. (81) 19 sieht auch *Bieber*, Informationsrechte Dritter im Verwaltungsverfahren, DÖV 1991, S. 857 (858).

⁶⁴ So ausführlich *Scherzberg*, (Fn. 8), S. 237 ff.

⁶⁵ EuGH, Rs. C-353/99, Slg. 2001, I-9565, Rdnr. 31 (*Hautala*; *Lecheler*), Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick, ZEuS 2003, S. 337 (350).

Gemeinschaftsrecht an einer allgemeinen Kodifizierung der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts fehlt. Trifft der Gemeinschaftsgesetzgeber daher für bestimmte Verwaltungszweige Regelungen auch über das hierbei zu beachtende Verwaltungsverfahren, entspricht es durchaus deren Regelungsprogramm, auch solche Regelungen mit aufzunehmen, die nicht Ausdruck der Besonderheiten des jeweiligen Verwaltungszweigs, sondern rechtssatzförmige Formulierungen allgemeiner Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung darstellen. Für die hier interessierende Frage, ob ein einzelner Rechtssatz des sekundären Gemeinschaftsrechts in dieser Form „Fundgrube“ für den „Abbau“ von allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts sein kann, ist damit aber auch unerheblich, ob die Regelung den mittelbaren Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten oder dessen unmittelbaren Vollzug durch die Gemeinschaftsorgane regelt.

b) „Kandidaten“ für solche Regelungen mit potentiell allgemeingültigem Inhalt finden sich z.B. im Zollkodex,⁶⁶ eine 1994 in Kraft getretene Verordnung, die erstmals das von den Mitgliedstaaten zu beachtende Verwaltungsverfahren bei der Vollziehung des Gemeinschaftsrechts in einem bestimmten Bereich kodifiziert.⁶⁷ Art. 6 des Zollkodexes normiert nun bestimmte verfahrensrechtliche Grundsätze für den Erlass zollrechtlicher Entscheidungen⁶⁸, wobei im vorliegenden Zusammenhang besonders erwähnenswert der Grundsatz des Art. 6 Abs. 2 Satz 3 ist. Hiernach muss die Zollbehörde einen schriftlichen Antrag schriftlich bescheiden. Zudem wird der Grundsatz aufgestellt, dass die Zollbehörden dann, wenn sie den Antrag nicht sofort bescheiden können, dem Antragsteller hierüber schriftlich unter Angabe der Gründe für die verzögerte Bearbeitung informieren müssen. Letzterer Grundsatz findet sich im Übrigen auch allgemein formuliert in Art. 17 des erwähnten Kodexes für gute Verwaltungspraxis des Bürgerbeauftragten der Europäischen Union⁶⁹ und in Art. 2 Abs. 2 lit. b der neuen Umweltinformationsrichtlinie.⁷⁰

⁶⁶ Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates v. 12.10.1992 zur Festlegung des Zollkodexes der Gemeinschaften, ABl. Nr. L 302 v. 19.10.1992, S. 1 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter: http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1992/de_1992R2913_do_001.pdf).

⁶⁷ Siehe hierzu insbes. *Friedrich*, Zollkodex und Abgabenordnung, StuW 1995, S. 15 ff.; *R. Henke/Huchatz*, Das neue Abgabenverwaltungsrecht für Einfuhr- und Ausfuhrabgaben, ZfZ 1996, S. 226 ff. u. 262 ff.

⁶⁸ Die zollrechtliche Entscheidung wird in Art. 4 Nr. 5 des Kodexes definiert als eine „hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des Zollrechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Rechtswirkungen für eine oder mehrere bestimmte Personen.“ Sie darf damit zwar nicht in jeder Hinsicht mit dem deutschen Begriff des Verwaltungsaktes gleichgesetzt werden, erfüllt aber im Zollrecht im Wesentlichen die Funktionen der Handlungsform des Verwaltungsakts im rein deutschen Verwaltungsverfahrensrecht, siehe *P. Stelkens/U. Stelkens*, (Fn. 6), § 35 Rdnr. 254b.

⁶⁹ Ebenso findet sich dieser Grundsatz in Nr. 4 des Kodexes für gute Verwaltungspraxis in den Beziehungen der Bediensteten der Europäischen Kommission zur Öffentlichkeit, Anhang der Geschäftsordnung der Kommission, ABl. Nr. L 308 v. 8.12.2000, S. 26.

⁷⁰ Richtlinie 2003/4/EG (siehe Fn. 62).

c) Wesentlich bedeutsamer als solche Einzelregelungen dürfte jedoch der verschiedenen Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts zu Grunde liegende Grundsatz sein, dass dem Betroffenen Rechte im Verwaltungsverfahren unabhängig davon zu gewähren sind, ob sich die Verwaltung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Seinen Ursprung findet dieser Grundsatz darin, dass die Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft nicht an die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht anknüpfen.⁷¹ Die Frage der Zuordnung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen zum öffentlichen oder privaten Recht wird damit erst auf der Ebene der Mitgliedstaaten aktuell und zwar auch nur dann, wenn es nach deren Rechtsordnung hierauf ankommt.⁷² Gerade deshalb können die mitgliedstaatlichen Verwaltungen ihren spezifischen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen jedoch nicht schon dadurch entgehen, dass sie sich nicht anders als Private verhalten, also privatrechtliche Handlungsformen zur Verfolgung ihrer Verwaltungsaufgaben einsetzen. Konsequenz ist, dass das Gemeinschaftsrecht in einheitlichen Rechtssätzen bestimmte verwaltungsverfahrensrechtliche Grundsätze aufstellt, die „handlungsformunabhängig“ gelten. So finden z.B. nach allgemeiner Auffassung die Art. 87 ff. EGV über die Zulässigkeit der Gewährung von Beihilfen durch die Mitgliedstaaten und die diese Regelungen konkretisierenden Verordnungen⁷³ auch dann Anwendung, wenn eine Beihilfe in privatrechtlichen Formen gewährt wird.⁷⁴ Umgekehrt steht nunmehr fest, dass die

⁷¹ Bullinger, Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 239 (240); Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, S. 7 (42).

⁷² Dünchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, S. 71 f.; Dreher, Public Private Partnership und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, S. 255; Kadellbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 350 ff.; Skouris, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht, EuR 1998, S. 111 (112).

⁷³ Siehe insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. Nr. L 83 v. 27.3.1999, S. 1; ferner: Verordnung Nr. 994/98 des Rates v. 7.5.1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. Nr. L 142 v. 14.5.1998, S. 1; Verordnung (EG) Nr. 68/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbefreiungen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 20; Verordnung (EG) Nr. 70/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 23; Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 30; Verordnung (EG) Nr. 2204/2002 der Kommission v. 12.12.2002 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf Beschäftigungsbeihilfen, ABl. Nr. L 337 v. 13.12.2002, S. 3.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-232/02 P (R), Slg. 2002, I-8977 ff. (*Technische Glaswerke Ilmenau*); BGH, EuZW 2003, S. 444 ff.; Bartosch, Das Risikopotenzial der Beihilferechtswidrigkeit staatlicher Bürgschaften für den Kreditgeber, EuZW 2001, S. 650 ff.; Eblers, Rechtsprobleme bei der Rückforderung von Subventionen, GewArch 1999, S. 305 (319); Fischer, Rechtsfolgen des Beihilfeverbots für öffentliche Bürgschaften, WM 2001, S. 277 (283 ff.); Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 325; Habersack, Staats-

Richtlinien für die öffentliche Auftragsvergabe,⁷⁵ die den Mitgliedstaaten für die Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte die Durchführung streng formalisierter (Verwaltungs-)Verfahren mit hiermit korrespondierenden Verfahrensrechten der Bieter vorschreiben,⁷⁶ unabhängig davon gelten, ob der abzuschließende Vertrag nach dem Recht der Mitgliedstaaten dem Privatrecht

bürgschaften und EG-vertragliches Beihilfeverbot, ZHR 159 (1995), S. 662 (668); *Hopt/Mestmäcker*, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach europäischem und deutschem Recht, WM 1996, S. 753 (761); *Kadelbach*, (Fn. 72), S. 358 ff.; *Klanten*, Staatliche Kreditabsicherung durch Bürgschaft oder Exportkreditversicherung und EG-Beihilfeverbot, ZIP 1995, S. 535 ff.; *Koenig/Käbling*, Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, planerischer Wandel und EG-Beihilfenrecht, NZBau 2001, S. 409 ff.; *Koenig/Pickartz*, Die aufschiebend bedingte staatliche Beihilfengewährung nach der Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, NVwZ 2002, S. 151 ff.; *Möller*, Staatsbürgschaften im Lichte des EG-Beihilferechts, 2001, S. 16; *Niggemann*, Staatsbürgschaften und Europäisches Beihilferecht, 2001, S. 6 ff.; *Palombini*, Staatsbürgschaften und Gemeinschaftsrecht, 2000, S. 89 ff.; *Pechstein*, Nichtigkeit beihilfengewährender Verträge nach Art. 93 III 3 EGV, EuZW 1998, S. 495 ff.; *Remmert*, Nichtigkeit von Verwaltungsverträgen wegen Verstoßes gegen das EG-Beihilfenrecht, EuR 2000, S. 469 ff.; *Schütterle*, EG-Beihilfenkontrolle und kommunale Grundstücksverkäufe, EuZW 1993, S. 625 (627); *Steinhoff*, Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften, EuZW 1997, S. 7 ff.; *ders.*, Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationales Privatrecht, Fs. *Mestmäcker*, 1996, S. 497 ff.; *Tilmann/Schreibauer*, Rechtsfolgen rechtswidriger nationaler Beihilfen, GRUR 2002, S. 212 (214); *Tollmann*, Das Nichtigkeitsrisiko von Staatsbürgschaften vor dem Hintergrund des EG-Beihilfeverbots, WM 2000, S. 2030 (2035); *Triantafyllou*, Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht, DÖV 1999, S. 51 (52 f.).

75 Richtlinie (EWG) Nr. 665/1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 33 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1989/de_1989L0665_do_001.pdf); Richtlinie 92/13/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung des Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor v. 25.2.1992, ABl. Nr. L 76 v. 23.3.1992, S. 14 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1992/de_1992L0013_do_001.pdf); Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209 v. 24.6.1992, S. 1 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1992/de_1992L0050_do_001.pdf); Richtlinie 93/37/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge v. 14.6.1993, ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 54 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1993/de_1993L0037_do_001.pdf); Richtlinie 93/36/EWG des Rates v. 14.6.1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 1 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1993/de_1993L0036_do_001.pdf); Richtlinie 93/38/EWG des Rates v. 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993; S. 84 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1993/de_1993L0038_do_001.pdf).

76 Zur Zuordnung des Vergaberechts zum Verwaltungsverfahrensrecht: *Schmidt-Alßmann*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 429 (435); *P. Stelkens/Schmitz*, (Fn. 40), § 9 Rdnr. 89c; ablehnend *Pietzcker*, Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, S. 242 (244), der anscheinend annimmt, dass ein Verwaltungsverfahren zwingend mit dem Erlass eines öffentlich-rechtlichen Rechtsaktes abgeschlossen werden müsse und damit den Begriff des Verwaltungsverfahrens mit dem Begriff des Verwaltungsverfahrens des § 9 VwVfG gleichsetzt.

oder dem öffentlichen Recht angehört.⁷⁷ Konsequenz ist, dass das Gemeinschaftsrecht – entgegen der in Deutschland zumeist verwendeten Rechtsetzungstechnik – in einheitlichen Rechtssätzen bestimmte Grundsätze aufstellt, die handlungsformunabhängig gelten. Sie normieren dann handlungsformübergreifende Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, denen schon deshalb Bedeutung über ihren jeweiligen Anwendungsbereich hinaus zukommen könnte.

d) Deutlich zeigt dies zunächst die Beihilfeverfahrensverordnung⁷⁸: Sie regelt die Beihilfeaufsichtsbefugnisse der Kommission gegenüber den Mitgliedstaaten unabhängig davon, in welcher Form die Beihilfe durch den Mitgliedstaat gewährt wurde. In Art. 14 der Verordnung wird nun geregelt, dass die Kommission von den Mitgliedstaaten die Rückforderung einer rechtswidrig gewährten Beihilfe verlangen kann. Begrenzt wird diese Befugnis jedoch durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2, nach dem die Kommission die Rückforderung der Beihilfe nicht verlangt, wenn dies gegen einen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts verstößen würde. Diese Bestimmung schließt damit vor allem das Rückforderungsverlangen dann aus, wenn sie im Verhältnis zwischen dem Mitgliedstaat und dem Beihilfeempfänger gegen den gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeits- und den gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzgrundsatz verstößen würde.⁷⁹ Damit legt die Beihilfeverfahrensverordnung umgekehrt nahe, dass diesen Grundsätzen bei jeder Form der Beihilfegewährung Bedeutung zukommt und damit in Deutschland auch für die Gewährung von Beihilfen durch öffentliche und privatrechtliche Verwaltungsverträge. Indirekt bestätigt wird dies im Vergaberecht durch Art. 2 Abs. 6 der Nachprüfungsrichtlinie,⁸⁰ die den Mitgliedstaaten – auch zum Schutz des Vertrauens des erfolgreichen Bieters – ausdrücklich gestattet, die Erteilung eines Zuschlages auch dann für wirksam zu erachten, wenn hierbei gegen die Vorgaben des Vergaberechts verstößen wurde. Tatsächlich wird deshalb auch in Deutschland grund-

⁷⁷ So unmissverständlich EuGH, Rs. C-399/98, Slg. 2001, I-5409, Rdnr. 73 (*Ordine degli Architetti delle province Milano*); ferner OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, S. 404 (410); Althaus, Öffentlich-rechtliche Verträge als öffentliche Aufträge gem. § 99 GWB?, NZBau 2000, S. 277 ff.; Antweiler, Erschließungsverträge mit Kommunalunternehmen: Zulässigkeit und Ausschreibungspflicht, NZBau 2003, S. 93 (95 f.); Burgi, Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, NZBau 2002, S. 57 (60 ff.); Dreher, (Fn. 72), S. 254 f.; Eichenhofer, Das Rechtsverhältnis zwischen Rehabilitationsträger und Rehabilitationseinrichtungen, NZS 2002, S. 348 (350); Koenig/Haratsch, Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, S. 2637 (2639); Kunze/Kreikebohm, Sozialrecht versus Wettbewerbsrecht – dargestellt am Beispiel der Belegung von Rehabilitationseinrichtungen, NZS 2003, S. 5 (9); Pieper, Keine Flucht ins öffentliche Recht, DVBl 2000, S. 160 (162 ff.); Röhl, Der Anwendungsbereich des Vergaberechts, JuS 2002, S. 1053 (1057 f.); Schulte, Ausnahmen vom neuen Vergaberecht durch öffentlich-rechtliche Verträge, NZBau 2000, S. 272 (275 f.); Würfel/Butt, Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge – oder – Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?, NVwZ 2003, S. 153 (156); Zeiss, Beileitung – Ende einer lieb gewonnenen Ausnahme von der Ausschreibungspflicht?, DVBl 2003, S. 435 (437).

⁷⁸ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 (Fn. 73).

⁷⁹ Lindner, Die EG-Verfahrensverordnung zur gemeinschaftsrechtlichen Beihilfekontrolle – Auf dem Weg zu einem allgemeinen Europäischen Verwaltungsrecht, BayVBl 2002, S. 193 (198).

⁸⁰ Richtlinie (EWG) Nr. 665/1989 (Fn. 75).

sätzlich von der Wirksamkeit vergaberechtswidrig geschlossener Verträge ausgegangen.⁸¹ Dies wirft jedoch die Frage auf, ob angesichts dessen an der in Deutschland im Übrigen wohl vorherrschenden Sichtweise festgehalten werden kann, dass ein Verstoß eines Verwaltungsvertrages gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung „an sich“ über § 134 BGB ohne Rücksicht auf das Vertrauen des privaten Vertragspartners auf den Bestand des Vertrages zur Nichtigkeit des Vertrages führt.

e) Die Vergaberichtlinien normieren aber auch weitere verwaltungsverfahrensrechtliche Grundsätze, denen ebenfalls eine über das Vergaberecht hinausreichende Bedeutung zukommen könnte. Sie verpflichten nämlich den öffentlichen Auftraggeber denjenigen Bewerbern, denen der Auftrag nicht erteilt werden soll, schriftlich mitzuteilen, aus welchen Gründen ihr Angebot nicht berücksichtigt wurde.⁸² Damit wird erstmals ausdrücklich eine Pflicht zur Begründung der Ablehnung des Abschlusses eines Verwaltungsvertrages statuiert. Konsequenterweise haben diese Vergaberichtlinien auch als Vorbild für die Art. 88 ff. der neuen Haushaltsoordnung der Europäischen Gemeinschaften⁸³ gedient, die auch das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Gemeinschaftsorgane regelt. Die Haushaltsoordnung sieht nämlich vor, dass die Aufträge im Wege des Abschlusses entgeltlicher Verträge vergeben werden (Art. 88 Abs. 1) und dass der Auftraggeber die unterlegenen Bewerber über die Gründe der Ablehnung ihres Angebots schriftlich informieren muss (Art. 100 Abs. 2 Satz 1). Ein entsprechendes Verfahrensmodell findet sich nun aber auch in den Vorschriften der Art. 108 ff. der Haushaltsoordnung über die Vergabe von Finanzhilfen durch Gemeinschaftsorgane. Auch diese Finanzhilfen sind nunmehr zwingend durch Abschluss schriftlicher Vereinbarungen zu gewähren. In Art. 114 ff. der Haushaltsoordnung ist das Gewährungsverfahren näher geregelt und dort nun ebenfalls vorgesehen, dass im Fall der Ablehnung des Vertragsschlusses die hierfür maßgeblichen Gründe anzugeben sind (Art. 116 Abs. 3). Das Neue hieran ist, dass die Pflicht zur Begründung der Ablehnung eines Vertragsschlusses auch auf solche Verfahren ausgeweitet wird, die

81 BGHZ 146, 202 (213); OLG Brandenburg, NZBau 2002, S. 625 (626); OLG Düsseldorf, NZBau 2000, S. 391 (393 ff.); NZBau 2004, S. 113 (116); OLG Rostock, NZBau 2002, S. 170 (171); OLG Schleswig, NZBau 2000, S. 100 (101); 1. Vergabekammer des Bundes, NZBau 2002, S. 110 (111); Vergabekammer Lüneburg, NZBau 2002, S. 295; *Antweiler*, Vergaberechtsverstöße und Vertragsnichtigkeit, DB 2001, S. 1975; *Burgi*, Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?, NZBau 2003, S. 16 (20); *Jaeger*, Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahr 2000, NZBau 2001, S. 289 (299); *Putzier*, Die Informationspflicht nach dem neuen § 13 Vergabeverordnung, DÖV 2002, S. 517 (519).

82 Art. 12 der Richtlinie 92/50/EWG; Art. 7 der Richtlinie 93/36/EWG; Art. 8 der Richtlinie 93/37/EWG (Fn. 75).

83 Verordnung (EG/Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates v. 25.6.2002 über die Haushaltsoordnung für den Gesamthaushaltplan der Europäischen Gemeinschaften, ABl. Nr. L 248 v. 16.9.2002, S. 1. Allgemein zu dieser Reform der Europäischen Haushaltsoordnung *Noll*, Die Reform der Europäischen Haushaltsoordnung, Finanzwirtschaft 2001, S. 259 ff. (Teil I) und Finanzwirtschaft 2002, S. 21 ff. (Teil II). Nachweise zur Entstehungsgeschichte bei Bulletin EU 6-2002 Nr. 1.7.2, <http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/de/200206/p107002.htm>.

nicht zwingend von einer Konkurrenzsituation zwischen verschiedenen Bewerbern geprägt ist.

f) Abgesehen hiervon ist an den Art. 108 ff. der neuen Haushaltssordnung vor allem bemerkenswert, dass dort erstmals der Verwaltungsvertrag als Handlungsform der Gemeinschaftsorgane außerhalb der rein „fiskalischen“ Verwaltung in allgemeiner Form verfahrensrechtlich „ausgeformt“ wird. Dass sich auch die Gemeinschaftsorgane der Handlungsform des Verwaltungsvertrages bedienen können, wird zwar von Art. 238 und Art. 288 Abs. 1 EGV vorausgesetzt,⁸⁴ vertragliches Handeln auch im Verhältnis nach außen entspricht wohl auch schon längere Zeit der Praxis der Gemeinschaftsorgane.⁸⁵ Die Vertragspraxis der Gemeinschaftsorgane ist jedoch juristisch immer etwas im Dunklen geblieben, wozu insbesondere auch beigetragen haben mag, dass sich im sekundären Gemeinschaftsrecht die „ausgehandelte Entscheidung“ als Alternative zum Verwaltungsvertrag herausgebildet hat, wie sie etwa von Art. 9 der (neuen) Kartellverfahrensverordnung⁸⁶ und Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 Satz 2 der Fusionskontrollverordnung vorausgesetzt wird.⁸⁷ Hiernach kann derjenige, der den Erlass einer ihm nachteiligen Entscheidung fürchtet, gegenüber der Kommission eine Verpflichtungszusage abgeben. Wird diese von der Kommission „angenommen“, wird sie zum Gegenstand von Nebenbestimmungen (Bedingungen oder Auflagen) der Entscheidung gemacht, bei deren Nichtbeachtung die Entscheidung aufgehoben und das Verfahren neu eingeleitet werden kann. Dieses Modell scheint auch – jedenfalls teilweise – im Bereich der Vergabe von Finanzhilfen durch die Kommission angewandt worden zu sein.⁸⁸ Dass der Erlass solcher „ausgehandelter Entscheidungen“ funktional dem Abschluss eines Vertrages entspricht, zeigt deutlich Art. 8 der Anti-Dumping-Verordnung.⁸⁹ Dort ist vorgesehen, dass ein auf Erlass einer nachteiligen Entscheidung gerichtetes Verwaltungsverfahren ohne Entscheidung eingestellt wird, wenn der Betroffene zur Abwendung dieser Entscheidung bestimmte Ver-

⁸⁴ Bleckmann, Die öffentlichrechtlichen Verträge der EWG, NJW 1978, S. 464; i.E. ebenso Grunwald, Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, EuR 1984, S. 227 (233 f.).

⁸⁵ Vgl. hierzu OVG Münster, NVwZ 2001, S. 691 ff.; Grunwald, ibid., S. 227 ff.; Priebe, Die Aufgaben des Rechts in einer sich ausdifferenzierenden EG-Administration, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, (Fn. 34), S. 71 (94); Weber, (Fn. 35), S. 59 ff.

⁸⁶ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 EG niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

⁸⁷ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates v. 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 1 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1989/de_1989R4064_do_001.pdf).

⁸⁸ Vgl. EuG, Rs. T-331/94, Slg. 1997, II-1665, Rdnr. 4 f. (*IPK München*); an anderer Stelle des Urteils (Rdnr. 83) wird allerdings ein Vermerk der Kommission zitiert, in dem der Vorgang als „Subventionsvertrag“ bezeichnet wird.

⁸⁹ Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates v. 22.12.1995 über den Schutz gegen gedumpfte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern, ABl. Nr. L 56 v. 6.3.1996, S. 1 (Nachweis nachfolgender Änderungen unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1996/de_1996R0384_do_001.pdf).

pflichtungen übernimmt und die Kommission diese Verpflichtung annimmt. Gera-
de diese funktionale Äquivalenz von Entscheidung und Verwaltungsvertrag zeigt
aber, dass es sachgerecht ist, wenn entsprechend der Verpflichtung zur Begrün-
dung einer ablehnenden Entscheidung nach Art. 253 EGV nun auch eine Ver-
pflichtung zur Begründung der Ablehnung eines Vertragsschlusses eingeführt
wird.

III. Methodische Zulässigkeit und Gebotenheit des „Abbaus“ allgemeiner Grundsätze des deutschen Verwaltungsrechts aus europäischen „Fundgruben“

Insbesondere im sekundären Gemeinschaftsrecht wären sicherlich noch weitere Verordnungen und Richtlinien „inspirierend“, insbesondere etwa aus dem praktisch besonders wichtigen, wissenschaftlich aber kaum erschlossenen Agrarbereich. Für einen Überblick über mögliche „Fundgruben“ für allgemeine Rechtsgrund-
sätze des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts in Europäischen Rechtsakten soll diese Aufzählung jedoch hinreichend belegen, dass das geschriebene Europarecht vielfach verallgemeinerungsfähige Grundsätze kennt, die sich im geschriebenen deutschen Verwaltungsverfahrensrecht zwar nicht finden, die aber als Hinweis auf die Geltung entsprechender ungeschriebener Rechtsgrundsätze im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht und damit als Rechtserkenntnisquelle für das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht dienen könnten. Dies setzt allerdings voraus, dass es methodisch überhaupt zulässig ist, sich bei der Anwendung des deutschen Rechts vom Europarecht inspirieren zu lassen. Hiergegen können vor allem drei Argumente vorgebracht werden, die sich jedoch im Ergebnis als nicht durchschlagend erweisen.

1. Abschließende Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts durch die Verwaltungsverfahrensgesetze?

a) Das aus methodischer Sicht wohl am nächsten liegende Argument gegen eine Ausweitung bürgerschützender Rechte im Verwaltungsverfahren unter Berufung auf ungeschriebene Rechtsgrundsätze dürfte ein Argument sein, dass sich nicht spezifisch gegen eine „europarechtliche“ Herleitung dieser Grundsätze wendet, sondern gegen jede Form der Ergänzung der durch die Verwaltungsverfahrensgesetze ausdrücklich gewährten Rechte durch weitere ungeschriebene Rechte: Denn auch soweit die Verwaltungsverfahrensgesetze bestimmte Rechte nicht gewähren, beruht dies auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers. Besonders deutlich ist dies bei den Normen, die den Betroffenen in Verwaltungsverfahren, die unmittelbar von den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt werden, bestimmte

Rechte nur eingeschränkt gewähren: So sieht § 28 Abs. 1 VwVfG eine Pflicht zur Anhörung nur dann vor, wenn ein Verwaltungsakt erlassen werden soll, der in die Rechte des Betroffenen eingreift, während § 39 VwVfG eine Begründungspflicht nur für Verwaltungsakte, nicht aber für die Ablehnung des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages statuiert. Aber auch soweit die Verwaltungsverfahrensgesetze bestimmte Verwaltungsverfahren insgesamt nicht erfassen, war dies vom Gesetzgeber gewollt: Eine unreflektierte „Überspielung“ dieser gesetzgeberischen Entscheidungen im Wege der Rechtsfortbildung verbietet sich daher.⁹⁰

b) Jedoch darf auch nicht verkannt werden, dass es ausweislich der Entstehungsgeschichte der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht Anliegen dieser Kodifikation war, das Verwaltungsverfahrensrecht abschließend zu regeln. Es ging vielmehr darum, die bisher von Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelten ungeschriebenen Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts auch im Interesse des Bürgers zusammenzufassen, um das bisher Erreichte, aber noch „Labile“, zu festigen und damit der Rechtssicherheit zu dienen.⁹¹ In den Gesetzgebungsmaterialien wird zudem ausdrücklich hervorgehoben, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze (nur) Grundlage einer Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts durch die Rechtsprechung sein könnten und die Bedeutung der Rechtsprechung für das Verwaltungsverfahrensrecht durch das Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze nicht geschmälert werden solle.⁹² Nur dies ist auch sachgerecht: Die Annahme, es könne Anliegen der Verwaltungsverfahrensgesetze sein, die Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts letztlich auf dem Stand von 1976 zu „versteinern“, würde diese Gesetze in weiten Teilen der Gefahr der Verfassungswidrigkeit aussetzen: Die Verfassung in ihrer Teil-Funktion als „abstrahiertes Verwaltungsrecht“ verlangt eine unmittelbare Geltung der ihr zu entnehmenden verwaltungsrechtlichen Grundsätze, ohne dass es insoweit einer vorherigen Umsetzung durch den Gesetzgeber bedarf; denn der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gilt nur für die Verwaltung, nicht für die Anerkennung von Rechten gegenüber der Verwaltung. Dies schließt zwar nicht aus, dass der Gesetzgeber auch die gegenüber der Verwaltung bestehenden Rechte abschließend kodifiziert.⁹³ Folge einer solchen abschließenden Kodifizierung ist jedoch ihre Verfassungswidrigkeit, wenn ein bestimmtes unmittelbar aus der Verfassung herzuleitendes Recht des Bürgers bei der

90 So deutlich nunmehr BGH, NJW 2003, S. 2451 (2452 f.).

91 Siehe Nr. 3.5. der Allgemeinen Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVerwVerfG 1963), den BT-Drucks. 7/910 (S. 29 f.) ausdrücklich als Grundlage für den schließlich zum Gesetz gewordenen Regierungsentwurf bezeichnet; allg. zur Entstehungsgeschichte des VwVfG, *P. Stelkens/Sachs*, (Fn. 17), Einl. Rdnr. 36 ff.

92 Siehe Nr. 3.6. der Allgemeinen Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVerwVerfG 1963); ebenso BT-Drucks. 7/910 (S. 29).

93 Einen solchen abschließenden Charakter misst die Rechtsprechung z.B. den §§ 29 ff. BauGB zu, die abschließend die bauplanungsrechtliche Bebaubarkeit von Grundstücken regeln sollen, ohne dass Raum dafür bestehe, unter unmittelbaren Rückgriff auf Art. 14 GG weitergehende „Baurechte“ des Grundstückseigentümers zu begründen: BVerwGE 106, 228, 234 ff.

Kodifizierung übersehen wurde. Für eine abschließende Kodifizierung bürge-schützender Rechte ist damit allenfalls ein überschaubarer Teilbereich geeignet, nicht jedoch ein Bereich der – wie gerade das Verwaltungsverfahrensrecht als Teil des Allgemeinen Verwaltungsrechts – unvermittelt den u.U. weitreichenden Folge-wirkungen der Verfassungsinterpretation ausgesetzt ist.⁹⁴ Die Verwaltungsver-fahrensgesetze nehmen daher nur für sich in Anspruch, einen Mindestschutz des Bürgers im Verwaltungsverfahren zu gewährleisten und stehen damit ihrer Ergän-zung durch ungeschriebene bürge-schützende Rechtsgrundsätze nicht entgegen, sofern sie methodengerecht gewonnen wurden.⁹⁵ Dies bedeutet aus der Sicht der Verwaltungsverfahrensgesetze aber auch, dass demjenigen die „Argumentations-last“ obliegt, der die Existenz eines über die Regelung der Verwaltungsverfahrens-gesetze hinausreichenden Verfahrensrechts geltend macht.

2. Methodische Zulässigkeit der Auslegung deutschen Rechts unter Rück-griff auf europäische Rechtsakte?

- a) Die eigentliche methodische Frage, die im vorliegenden Zusammenhang aufge-worfen wird, ist daher, ob der Hinweis darauf, dass das Europarecht innerhalb bestimmter Verfahrenskonstellationen dem Bürger bestimmte Rechte gegenüber der Verwaltung gewährt, überhaupt dazu geeignet ist, die Existenz eines ent-sprechenden bürge-schützenden Rechts im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht nachzuweisen. Dies ist nicht selbstverständlich. Denn hiermit würde anerkannt, dass der Inhalt deutschen Verwaltungsrechts durch einen Vergleich mit Rechts-sätzen bestimmt werden kann, die nur sehr mittelbar auf die Aktivitäten deutscher Rechtsetzungsorgane zurückgeführt werden können. Welche Bedeutung für die Interpretation des deutschen Verwaltungsrechts kommt damit dem Rechtsver-gleich zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsverfahrensrecht zu?
- b) Auf diese Frage zu antworten, dass auch im öffentlichen Recht der Rechtsver-gleich als Hilfe zur Interpretation des deutschen Rechts anerkannt sei,⁹⁶ hilft nicht wirklich weiter: In dieser Form mag der Rechtsvergleich den Horizont auf der Suche nach möglichen Problemlösungen erweitern, indem er ein bestimmtes

⁹⁴ Wären die Verwaltungsverfahrensgesetze als abschließende Regelung zu verstehen gewesen, hätte z.B. die Glykol-Wein Entscheidung des BVerfG diese Gesetze für teil-verfassungswidrig erklären müssen; denn in dieser Entscheidung wird ein Anhörungsrecht auch vor Ausspruch einer staatlichen Warnung vorausgesetzt (BVerfG, 1 BvR 558/91 u. 1 BvR 1428/91 v. 26.6.2002, Abs. 58, <http://www.bverfg.de> = BVerfGE 105, 252, 272); ebenso wäre angesichts der Rechtsprechung des BVerfG zur Pflicht der Begründung prüfungsrechtlicher Entscheidungen von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG auszugehen gewesen, weil dieser Prüfungsentscheidungen gerade vom Anwendungsbereich des § 39 VwVfG ausnimmt, vgl. BVerwGE 91, 262 (265).

⁹⁵ Deutlich zuletzt z.B. BVerwG, NJW 2003, S. 2696 (2697).

⁹⁶ Krüger, Eigenart, Methode und Funktion der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Fs. Kriele, 1997, S. 1393 (1403); Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, S. 1017 (1020); Schwarze, (Fn. 36), S. 79; Starck, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, S. 1021 (1024) m.w.N.

Recht vorstellbar macht. Dass ein Recht vorstellbar ist, entbindet jedoch nicht davon, seine Existenz in der deutschen Rechtsordnung positiv nachzuweisen, um seine Geltung auch in Deutschland zu begründen. Insoweit scheint nur die Möglichkeit zu bestehen, schlicht zu behaupten, dass das in einer anderen Rechtsordnung gefundene Recht auch im Grundgesetz verankert sei, was bisher nur noch niemand bemerkt habe.⁹⁷ Diese Form des Abbaus allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsrechts aus europäischen Rechtsakten wäre damit keine große Hilfe bei der Rechtsfindung. Anders wäre es, wenn der gelungene Nachweis, dass im europäischen Recht ein bestimmtes bürgerschützendes Recht im Verwaltungsverfahren anerkannt ist, die Vermutung begründen würde, dass dieses Recht – unabhängig von einer etwaigen Verankerung im Grundgesetz – auch Teil des ungeschriebenen deutschen Verwaltungsverfahrensrechts ist. Voraussetzen würde dies, dass Rechtsätze europäischen Ursprungs jenseits ihres eigentlichen Anwendungsbereichs die deutsche Rechtsordnung – oder genauer: die Rechtsfindung innerhalb der deutschen Rechtsordnung – unmittelbar prägen und beeinflussen können. Jedenfalls, was die Rechte des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Gewalt angeht, müsste anzunehmen sein, dass das deutsche Verwaltungsrecht nicht hinter dem Rechtsstand des Europarechts zurückbleiben will. Ein unmittelbar rechtlich wirkender Grundsatz der Konvergenz zwischen dem deutschen und dem europäischen Verwaltungsrecht müsste bestehen. Dieser Grundsatz müsste wiederum seine Verankerung im deutschen Recht finden – dies schon deshalb, weil aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelzuständigkeit keine eben über die Einzelzuständigkeiten der Union und der Gemeinschaften hinausreichenden unmittelbaren Bindungen der Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht bestehen – und damit insoweit auch eine unmittelbare Bindung des deutschen Verwaltungsrechts an die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung ausgeschlossen ist.⁹⁸

c) Ein solcher rechtlich wirkender Grundsatz der Konvergenz zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht könnte sich aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG ergeben. Hiernach wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit. Diese Bestimmung wird allgemein als Staatszielbestimmung verstanden, die eine Verpflichtung begründet, eine Europäische Union zu verwirklichen und damit insbesondere auch an einer Weiterentwicklung der Europäischen Union mitzuwirken.⁹⁹ Sie verpflichtet damit die innerstaatliche Ge-

⁹⁷ In diese Richtung wohl der Ansatz von *Wahl*, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl 2003, S. 1285 (1291 ff.).

⁹⁸ *Kingreen*, (Fn. 38), Art. 6 EUV Rdnr. 56; *Rengeling*, (Fn. 43), S. 230 ff.; *Scheuing*, (Fn. 25), S. 353; *Streinz*, (Fn. 36), S. 247.

⁹⁹ Ausführlich: *Sommermann*, Staatsziel „Europäische Union“, DÖV 1994, S. 596 ff.; ferner: *Classen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz II, 4. Aufl. 2000, Art. 23 Rdnr. 29; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 23 Rdnr. 36. (Bearbeitung 1996); *Streinz*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 23 Rdnr. 10; ähnlich *Rojahn*, in: v. *Münch/Kunig*, Grundgesetz-Kommentar III, 4./5. Aufl. 2001, Art. 23 Rdnr. 10 („Entwicklungsgebot“).

setzung, Rechtsprechung und Verwaltung schlechthin und damit unabhängig davon, ob sie sich konkret mit der Umsetzung, Anwendung oder dem Vollzug von Gemeinschaftsrecht befassen.¹⁰⁰ Es dürfte daher auch verkürzt sein, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nur als Spiegelbild zu dem in Art. 10 EGV normierten Grundsatz der Gemeinschaftstreue zu verstehen,¹⁰¹ vielmehr verpflichtet Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG die deutsche Staatsgewalt insgesamt dazu, letztlich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht überobligationsmäßig auf ein Fortschreiten der Integration hinzuwirken. Damit ist das Staatsziel des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG grundsätzlich auch für die Rechtsfindung im Verwaltungsrecht von Bedeutung, wenn unter Rechtsfindung die Suche nach ungeschriebenen Rechtsnormen und ihre Begründung verstanden wird.¹⁰² Wie der Gesetzgeber nur mit der Staatszielbestimmung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG zu vereinbartes Recht erlassen darf, darf auch der Rechtsfinder nur solches ungeschriebenes Recht als geltendes Recht anerkennen, das mit der Verfassung – und damit auch mit Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG – übereinstimmt.

d) Für das Verwaltungsrecht hat die Bindung der Rechtsfindung an Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG konkrete Auswirkungen. Sie hat zur Folge, dass das Verhältnis des deutschen Verwaltungsrechts gegenüber europäischen Einflüssen von Verfassungs wegen nicht in einer Weise bestimmt werden darf, die gegenüber den gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen auf das Verwaltungsrecht eine grundsätzliche Abwehrhaltung einnimmt und zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben allenfalls minimalistisch durchsetzt. Dem liegt nämlich ein „dualistischer Ansatz“ zu Grunde, der strikt zwischen gemeinschaftsrechtlich determinierten und originär nationalen Sachverhalten trennt und nur falls gemeinschaftsrechtlich unumgänglich für die gemeinschaftsrechtlich determinierten Sachverhalte ein „Sonderverwaltungsrecht“ schafft, im Übrigen aber an der überkommenen „deutschrechtlichen“ Konzeption des Verwaltungsrechts festhält, ohne die gemeinschaftsrechtlichen Impulse für eine Überprüfung dieser Konzeption zum Anlass zu nehmen. Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht werden bei dieser Sichtweise als zwei strikt voneinander getrennte Rechtsordnungen begriffen, deren Verhältnis zuein-

100 Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass der Adressat der Staatszielbestimmung als „Bundesrepublik Deutschland“ bezeichnet wird, während Art. 20a GG allgemein vom Staat, der Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung spricht. Aus dieser unterschiedlichen Begriffsverwendung lässt sich nicht schließen, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG beziehe sich nur auf „außenwirksame“ Handlungen der Bundesrepublik gegenüber der Union und betreffe damit nur die Übertragung neuer Hoheitsrechte, die Mitwirkung an der Änderung der Vertragsgrundlagen der Gemeinschaften und der Union und das Verhalten der Regierungsvertreter in den Organen der Union und der Gemeinschaften (so aber wohl *Rojahn*, [Fn. 99], Art. 23 Rdnr. 17; *Scholz*, [Fn. 99], Art. 23 Rdnr. 38). Wie die amtliche Überschrift des Grundgesetzes – „Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland“ – und Art. 20 GG zeigt, der ebenfalls ausdrücklich die Bundesrepublik Deutschland als Adressaten des Staatsziels „Sozialstaat“ benennt, verwendet das Grundgesetz diese Bezeichnung zur Bezeichnung des Gesamtstaates und spricht damit alle Staatsorgane von Bund und Ländern an, siehe nur *Sommermann*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, (Fn. 99), Art. 20 Rdnr. 97.

101 So aber wohl *Classen*, (Fn. 99), Art. 23 Rdnr. 12 a.E.; *Sommermann*, (Fn. 99), S. 602.

102 Vgl. *Park*, (Fn. 10), S. 7 ff.

ander ausschließlich als „Kollisionsverhältnis“ verstanden wird¹⁰³; schon dies zeigt, dass dieser Ansatz nicht geeignet ist, zu einer Vertiefung der Europäischen Union auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts beizutragen: Er betont und verfestigt bestehende Unterschiede und sieht die Strukturen des deutschen Verwaltungsrechts letztlich als Eigenwerte, die um ihrer selbst willen zu schützen sind.¹⁰⁴

Gegenmodell zu diesem dualistischen Ansatz ist eine Fortentwicklung des deutschen und europäischen Verwaltungsrechts zu einem einheitlichen Verwaltungsrecht für Deutschland mit dem Anliegen, die überkommenen Grundstrukturen des deutschen Verwaltungsrechts mit den europäischen Vorgaben zu harmonisieren. Grundlage für diesen „monistischen Ansatz“ ist die Annahme, dass sich Gemeinschaftsrecht und deutsches Verwaltungsrecht nicht gegenüberstehen, sondern jeweils Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind. Der Schwerpunkt wird dann darauf gelegt, dass es sich bei den Europäischen Gemeinschaften um Rechtsgemeinschaften handelt. Dies lässt für sich allein als geboten erscheinen, die Verwaltungsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten gegenüber der Verwaltungsrechtsordnung der Gemeinschaften auch über den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts hinaus zu parallelisieren.¹⁰⁵ Durch diesen „monistischen Ansatz“ wird zudem die Fortentwicklung und Vertiefung der Europäischen Union erheblich vereinfacht, weil nicht jede weitere Einflussnahme des Europäischen Rechts auf das deutsche Verwaltungsrecht als erneuter Eingriff in eine gewachsene Verwaltungsrechtsstruktur, sondern als Impuls für eine Strukturerneuerung jedenfalls insoweit angesehen wird, als dem nicht die wirklichen Grundwerte des deutschen Verwaltungsrechts wie z.B. die deutschen Grundrechte, die Grundsätze des Gesetzesvorangs, des Gesetzesvorbehalts und sonstige Rechtsstaatsgebote entgegenstehen. Dieser „monistische Ansatz“ dürfte dementsprechend nicht nur rechtspolitisches Desiderat, sondern wegen Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG rechtlich zwingende Leitlinie für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung sein.

103 So insbesondere *Kadelbach*, (Fn. 72), S. 290 ff.; als wünschenswert wird dieses Modell wohl auch angesehen von *v. Danwitz*, (Fn. 34), S. 394 ff. Dass diese Sichtweise anscheinend auch in Frankreich Anhänger findet, berichtet *Lecheler*, (Fn. 65), S. 352.

104 Vor einer solchen Sichtweise warnt zu Recht *Zuleeg*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), S. 154 (176 f.).

105 Für eine solche Sichtweise *Battis*, Verwaltungsrecht als konkretisierendes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, S. 988 (1989); *Engel*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 1996, S. 437 (468 ff.); *Kahl*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht, Die Verwaltung 1996, S. 341 (377 ff.); *ders.*, (Fn. 46), S. 34 f.; *Schmidt-Aßmann*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 1993, S. 924 (927 ff.); *ders.*, (Fn. 46), S. 136 ff.; *Schwarze*, Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedsstaaten, DVBl 1996, S. 881 (882); *Vedder*, (Teil)Kodifikationen des Verwaltungsverfahrensrechts der EG, in: *Schwarze/ Starck*, (Fn. 34), S. 75 (98); *Wahl*, (Fn. 97), S. 1290 ff.; *Ziekow*, Die Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts bei der Modernisierung und Internationalisierung des Staates, in: *Pitschas/Kisa* (Hrsg.), Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts, S. 187 (218); *Zuleeg*, ibid., S. 178.

e) Dementsprechend ist im Zweifel von einer Parallelisierung der deutschen und der europäischen Verwaltungsrechtsordnung auszugehen. Europäische Impulse sind für die deutsche Verwaltungsrechtsordnung genau so wenig Fremdkörper, wie dies Impulse des Bundesverwaltungsrechts für das Verwaltungsrecht der Länder und Impulse des Verwaltungsrechts eines Landes für das Verwaltungsrecht der anderen Bundesländer sind.¹⁰⁶ Für die Ermittlung allgemeiner Grundsätze des deutschen Verwaltungsrechts kann – und muss – daher auch das europäische Verwaltungsrecht als „Fundgrube“ und Rechtserkenntnisquelle in Betracht kommen. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht nur als methodisch zulässig, sondern als rechtlich geboten, von der Anerkennung bestimmter Rechte im europäischen Verwaltungsverfahrensrecht auf die Geltung paralleler Rechte auch im deutschen Recht zu schließen. Denn in aller Regel bestehen keine offensichtlichen Gründe, bei der Abwägung zwischen dem Individualinteresse an einem bestimmten Recht im Verwaltungsverfahren und dem Interesse der Verwaltung, möglichst unbunden arbeiten zu können, auf der Ebene des deutschen Rechts zu einem restriktiveren Ergebnis zu kommen als auf der Ebene des europäischen Rechts.

3. Implementationsfähigkeit europäischer Grundsätze des Verwaltungsverfahrens in das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht

a) Allerdings setzt eine solche Parallelisierung voraus, dass dem europäischen Verwaltungsverfahrensrecht zumindest eine ähnliche Funktion zukommt wie dem in Deutschland geltenden Verwaltungsverfahrensrecht. Dies könnte aufgrund eines unterschiedlichen Verständnisses von der behördlichen Ermittlungspflicht und den hiermit korrespondierenden Kontrollbefugnissen der Gerichte zweifelhaft sein. Denn die Anerkennung bürgerschützender Rechte im Verwaltungsverfahren wird um so wichtiger, je größer der Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei der Anwendung des materiellen Rechts ist. Ist dieser Beurteilungsspielraum groß, kommt dem Verwaltungsverfahrensrecht eine primäre Steuerungsfunktion zu, da dieses vor allem die Willensbildung in der Verwaltung zum Gegenstand zwingender Rechtssätze macht. Ist der Beurteilungsspielraum klein, rückt das Verwaltungsverfahrensrecht automatisch in eine primär dienende Funktion zur Verwirklichung des materiellen Rechts. Das Recht interessiert sich dann mehr für das Verfahrensergebnis als dafür, wie das Ergebnis zu Stande gekommen ist.¹⁰⁷ Nun ist weitgehend anerkannt, dass das europäische Verwaltungsrecht der Verwaltung weite Beurteilungsspielräume bei der Anwendung des materiellen Rechts zuspricht, so dass den Rechten der Betroffenen im Verwaltungsverfahren im Europarecht ein ungleich größeres Gewicht zukommt als im deutschen Verwaltungs-

¹⁰⁶ Vgl. hierzu *Starck*, (Fn. 96), S. 1026.

¹⁰⁷ *Wahl*, (Fn. 97), S. 1287.

recht.¹⁰⁸ Denn dieses kennt administrative Beurteilungsspielräume bei der Anwendung des materiellen Rechts nur ausnahmsweise. Es liegt daher der Schluss nahe, dass das materielle Recht im deutschen Verwaltungsrecht vielfach und weitreichender die Schutzfunktionen übernimmt, die das europäische Verwaltungsrecht an bestimmte Rechte im Verwaltungsverfahren knüpft. Daher könnte schon diese stärkere Betonung des materiellen Rechts im deutschen Recht als hinreichender Grund dafür angesehen werden, das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung nicht an u.U. weitergehende europäische Standards anzulegen.

b) Jedoch wird bei dieser Sichtweise von vornherein der Blick auf die Rechtsschutzfrage und der hiermit eng verknüpften Frage der Folgen von Verfahrensfehlern beschränkt. Diese Frage ist wichtig, für die Verwaltung – und damit für die Anerkennung von Rechten gegenüber der Verwaltung – jedoch letztlich sekundär: Denn die Verwaltung ist an das Verwaltungsverfahrensrecht unabhängig davon gebunden, ob seine Verletzung zur gerichtlichen Aufhebung eines verfahrensfehlerhaften Rechtsakts führen kann. Auch wenn das Verwaltungsverfahrensrecht aus der Rechtsschutzperspektive im deutschen Verwaltungsrechtssystem nur dienende Funktion hat, ist es jedenfalls aus der Sicht der Verwaltung das Instrument, das sie bei ihrer Willensbildung leitet und begründet vor allem für den Betroffenen Möglichkeiten der Einflussnahme auf diese Willensbildung. Diese Funktion als Handlungsleitlinie der Verwaltung ist die entscheidende Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts, die in der Praxis die Bedeutung der Funktion als Kontrollmaßstab des Verwaltungshandelns im Rechtsschutzverfahren bei weitem überwiegt.¹⁰⁹ Diese Hauptfunktion ist jedoch auf deutscher und europäischer Ebene identisch und nur sie kann letztlich für die Frage maßgeblich sein, welche Rechte dem Bürger gegenüber der Verwaltung zustehen sollen. Nur wenn auf diese Hauptfunktion abgestellt wird, lässt sich auch erklären, weshalb es trotz der unterschiedlichen Verwaltungsrechtssysteme der europäischen Staaten möglich ist und war, im Europarat zu einem „breiten Konsens“ zu verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundprinzipien zu kommen, wie er insbesondere in der Entschließung 77 (31) des Ministerkomitees des Europarates zum Ausdruck kommt.

¹⁰⁸ Siehe hierzu nur *Kahl*, (Fn. 46), S. 8 ff.; *Kokott*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, *Die Verwaltung* 1998, S. 335 (336 ff. u. 364 ff.); *Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 37 ff.; *ders.*, (Fn. 34), S. 295 ff.; *Schwarze*, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, *NVwZ* 2000, S. 241 (249 f.); *Wahl*, (Fn. 97), S. 1290 f.

¹⁰⁹ Hierzu deutlich *P. Stelkens*, *Verwaltungsverfahren*, 1991, Rdnr. 1 ff.

IV. Einzelbeispiele für einen Erfolg versprechenden „Abbau“

Kann man somit davon ausgehen, dass es auf Grundlage des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur zulässig, sondern auch geboten ist, bei der Frage nach der Existenz ungeschriebener bürgerschützender Rechte im Verwaltungsverfahren auch europäische „Fundgruben“ zu erschließen, stellt sich auf einer nächsten Ebene die Frage nach der konkreten Bedeutung dieses Ansatzes: Gibt es Fälle, in denen der Verweis auf die Existenz eines Rechts auf europäischer Ebene tatsächlich für sich allein die Annahme rechtfertigt, dass ein entsprechendes Recht auch dem deutschen Recht nicht fremd ist? Dies ist nach dem bisher entwickelten Parallelisierungsgebot dann der Fall, wenn keine Gründe erkennbar sind, bei der Abwägung zwischen dem Individualinteresse an einem bestimmten Recht im Verwaltungsverfahren und dem Interesse der Verwaltung, möglichst ungebunden arbeiten zu können, auf der Ebene des deutschen Rechts zu einem restriktiveren Ergebnis zu kommen als auf der Ebene des europäischen Rechts.

1. Ergänzung des in § 9 ff. VwVfG bereits geregelten Verwaltungsverfahrensrechts

a) Diese Parallelisierung kann nun zunächst dazu führen, dass den Betroffenen ungeschriebene Verfahrensrechte in solchen Verwaltungsverfahren zu gewähren sind, die auf den Erlass von Verwaltungsakten und den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet sind, und die deshalb von den Verwaltungsverfahrensgesetzen unmittelbar erfasst werden und als abschließend geregelt erscheinen. Dies betrifft zunächst das in Art. 41 der Grundrechtscharta anerkannte Anhörungsrecht auch vor Ablehnung begünstigender Maßnahmen (s.o. II.2.c). Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese über den Wortlaut des § 28 Abs. 1 VwVfG hinausreichende Anhörungspflicht für deutsche Behörden nur in Fällen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug, nicht aber auch in Fällen ohne einen solchen Bezug zu berücksichtigen sein sollte. Tatsächlich entspricht dies im Ergebnis auch der mittlerweile wohl überwiegenden Ansicht in der Literatur, die allerdings insoweit nicht auf die europäischen Grundsätze Bezug nimmt.¹¹⁰ Entsprechendes gilt für die Pflicht zur Begründung der Ablehnung des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages,¹¹¹ die § 39 VwVfG (noch) nicht anerkennt (s.o. II.3.d).

b) Auch das in Art. 6 Abs. 2 des Zollkodexes normierte Recht auf schriftliche Bescheidung schriftlicher Anträge (s.o. II.3.b) ist ein Recht, das im Wege der Parallelisierung als ungeschriebener Grundsatz in das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht zu implementieren ist, obwohl § 10 und § 37 Abs. 2 VwVfG vom Grundsatz der Formfreiheit des Verwaltungshandelns ausgehen. Dieses Recht weist

¹¹⁰ Siehe die Nachweise in Fn. 2.

¹¹¹ Siehe die Nachweise in Fn. 4.

keine zollspezifischen Besonderheiten auf, wie seine allgemeine Aufnahme in Art. 17 des Kodexes für gute Verwaltungspraxis zeigt, sondern ist eine – so sollte man meinen – selbstverständliche Ausformung des rechtsstaatlichen Gebots der Formen- und Verfahrensklarheit.¹¹² Dass die Bedeutung dieses vielleicht banal wirkenden Rechts nicht unterschätzt werden darf, zeigt der Fall, in dem das BVerwG dieses Recht nicht anerkannt hat:¹¹³ Das BVerwG hatte gemeint, einem behördlichen Aktenvermerk entnehmen zu können, dass die Behörde eine schriftlich beantragte Begünstigung bereits vor Jahren mündlich in Form eines – nunmehr bestandskräftig gewordenen – Verwaltungsakts abgelehnt hatte, was zuvor anscheinend niemandem bewusst geworden war – auch der Behörde nicht. Dass es sich bei diesem Urteil wohl auch nach rein deutschen Maßstäben um eine Fehlentscheidung handelt,¹¹⁴ ändert an der Sinnhaftigkeit der Betonung gerade des Art. 6 Abs. 2 Satz 3 des Zollkodexes als „Fundgrube“ für den allgemeinen Grundsatz des Rechts auf schriftliche Bescheidung nichts: Vielmehr verdeutlicht der Verweis auf diese Bestimmung, dass es sich bei diesem Grundsatz nicht nur um einen Aspekt guten Verwaltungsstils handelt, sondern dass durch einen Rechtssatz die – von der Behörde letztlich kaum zu widerlegende – Vermutung aufgestellt wird, sie wolle gar nicht abschließend mündlich über schriftliche Anträge bescheiden, sondern allenfalls mündlich den Erlass einer bestimmten noch in Schriftform zu fassenden Entscheidung ankündigen.

2. Erstreckung bekannter verwaltungsverfahrensrechtlicher Prinzipien auf Verwaltungsverfahren, die nicht von den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelt werden

a) Von größerer Bedeutung für die Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts insgesamt dürfte jedoch sein, dass sich über die Parallelisierung des deutschen mit dem europäischen Verwaltungsrecht bestimmen lässt, welche Rechte den Betroffenen in Verwaltungsverfahren zustehen, deren Ablauf von den Verwaltungsverfahrensgesetzen nicht geregelt wird. Dies betrifft zunächst die Verwaltungsverfahren, die auf Abschluss privatrechtlicher Verträge gerichtet sind. Der Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine Kodifizierung auch solcher Verwaltungsverfahren liegt die überkommene Auffassung zugrunde, „rein fiskalisches“ Verwaltungshandeln unterliege keinen öffentlich-rechtlichen Bindungen.¹¹⁵ Diese gesetzgeberische Ent-

¹¹² Siehe die Nachweise in Fn. 3.

¹¹³ BVerwG, NVwZ 1986, S. 1011.

¹¹⁴ Martens, (Fn. 3), S. 777 f; P. Stelkens, (Fn. 3), S. 471.

¹¹⁵ Die Begründung zu § 9 des Regierungsentwurfs (BT-Drucks. 7/910, S. 41 f) verweist insoweit auf Nr. 5.5. der Allgemeine Begründung des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963). Hierach war im Ausschuss erwogen worden, auch das Verwaltungsverfahren für privatrechtliches Verwaltungshandeln für Teilbereiche zu regeln. Hieron sei aber abgesehen worden, weil dies ohnehin nur in Betracht komme, soweit die Behörde gegenüber Dritten unmittelbar

scheidung ist mittlerweile durch die Vergaberichtlinien überholt:¹¹⁶ Wenn nämlich selbst im Recht der Auftragsvergabe, in dem nach deutscher Tradition keine bürgerschützenden verfahrensrechtlichen Bindungen bestehen, aufgrund europarechtlicher Vorgaben letztlich gegen den Willen der politisch Verantwortlichen¹¹⁷ durch das Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung¹¹⁸ nunmehr auch in Deutschland Akteneinsichtsrechte (§ 111 GWB), das Erfordernis der Begründung der Auswahlentscheidung (§ 13 Satz 1 VgV) und der Grundsatz der Neutralität (vgl. § 16 VgV) gelten, ist schlechthin nicht mehr begründbar, weshalb diese und weitere Verfahrenspflichten des Vergaberechts nicht auch für alle Fälle des privatrechtlichen Verwaltungshandelns außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB gelten sollen.¹¹⁹ Dem entspricht, dass sich in der Literatur mittlerweile die Ansicht durchgesetzt hat, dass die Garantien des Kartellvergaberechts in solchen Vergabeverfahren entsprechend anzuwenden sind, die nicht in seinen unmittelbaren Anwendungsbereich fallen.¹²⁰ Zudem werden auch Ansätze zur Entwicklung eines Verwaltungsverfahrensrechts für Vermögensprivatisierungsmaßnahmen erkennbar¹²¹ – wie sie auch die erwähnte Empfehlung Nr. R. (93) 7 des Ministerkomitees des Europarates über die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und öffentlicher Aktivitäten vorsieht (s.o. II.1.c).

b) Entsprechendes dürfte auch für Verwaltungsverfahren gelten, die auf die Vornahme zielgerichteter tatsächlicher Eingriffe gerichtet sind. Wie die Entschließung 77 (31) des Ministerkomitees des Europarates zeigt, besteht auch insoweit auf europäischer Ebene ein „breiter Konsens“, dass die Anerkennung bestimmter Ver-

öffentliche Aufgaben erfüllen wolle. Eine Abgrenzung zum rein „fiskalischen Handeln“ könne jedoch nicht geleistet werden.

116 Anders wohl BGH, NJW 2003, S. 2451 (2452).

117 Deutlich wird dies insbesondere in der Stellungnahme des Bundesrats zu dem Regierungsentwurf für ein Vergaberechtsänderungsgesetz: BT-Drucks. 13/9340, S. 35 ff.

118 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) i.d.F. der Bekanntmachung v. 11.2.2003 (BGBl. I, S. 169).

119 Kahl, (Fn. 46), S. 34. Ähnlich die Sichtweise bei P. Stelkens/Schmitz, (Fn. 40), § 1 Rdnr. 92.

120 So in der Tendenz Byock, Das neue Vergaberecht, NJW 1998, S. 2774 (2776); Dörr, Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV 2001, S. 1014 (1019); Dreher, (Fn. 72), S. 424 ff.; Freitag, Vergaberechtsschutz unterhalb der europäischen Schwellenwerte, NZBau 2002, S. 204 (205 f.); Gallwes, Verfassungsrechtliche Kompetenzregelungen – ungelöste Probleme des Vergaberechts, VergabeR 2001, S. 2 (5 f.); Huber, Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877 ff.; Krist, Zur Verfassungswidrigkeit des schwellenwertabhängigen Vergaberechtsschutz nach §§ 97 ff. GWB, VergabeR 2003, S. 17 (18 ff.); Pietzcker, Das Vergaberechtsänderungsgesetz – europarechtliche Grundlagen, wesentliche Änderungen und offene Fragen, SächsVBl 1999, S. 289 (291); Pünder, Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 38 (49 ff.); Puhl, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 (475 ff.); P. Stelkens/U. Stelkens, (Fn. 6), § 35 Rdnr. 70c; Voßkuhle, Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Åßmann, (Fn. 76), S. 277 (301).

121 J. Becker, (Fn. 4), S. 154 ff.; Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand, NJW 2003, S. 780 (782 f.).

fahrensrechte für den Betroffenen geboten ist. Auch in der deutschen Literatur und Rechtsprechung ist diese Notwendigkeit inzwischen weitgehend anerkannt.¹²² Die Entschließung 77 (31) verdeutlicht, dass Kernrechte dieser Verwaltungsverfahren das Anhörungs- und Akteneinsichtsrecht sind sowie das Recht, sich vertreten zu lassen, und auch das Recht auf schriftliche Begründung der getroffenen Entscheidung. Natürlich hängt es vom Einzelfall ab, ob diese Rechte jeweils „passen“. Dass aber z.B. die Pflicht, einen Realakt schriftlich zu begründen, nichts Unmögliches ist, zeigt die Entschließung 77 (31) deutlich: Sie sieht ausdrücklich vor, dass es dem Begründungserfordernis gerecht wird, wenn die Gründe unabhängig von der begründungspflichtigen Maßnahme nachträglich auf Antrag mitgeteilt werden. Übertragen auf Realakte bedeutet dies, dass eine behördliche Pflicht existiert, den Realakt auf Antrag des Betroffenen schriftlich zu bestätigen und dieser Bestätigung eine Begründung beizufügen, wie dies § 37 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 39 Abs. 1 VwVfG für den Fall vorsieht, dass ein mündlicher Verwaltungsakt erlassen wurde.¹²³

3. Der allgemeine ungeschriebene Anspruch auf Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen

a) Die Öffnung des deutschen Verwaltungsrechts für die Übernahme europäischer Standards des Verwaltungsverfahrensrechts dürfte schließlich auch bewirken, dass an dem traditionellen deutschen Grundsatz des Amtsgeheimnisses aus Rechtsgründen nicht mehr festgehalten werden kann. Nach diesem überkommenen Grundsatz entscheidet die Verwaltung über Begehren auf Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen grundsätzlich nach Ermessen und ist nur dann verpflichtet, einem Einsichtsbegehren nachzukommen, wenn dies - wie z.B. in § 29 VwVfG - ausdrücklich gesetzlich normiert ist.¹²⁴ Die Empfehlung Nr. R. (81) 19 des Ministerkomitees des Europarats über den Zugang zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen (s.o. II.1.b) und das Gemeinschaftsrecht (s.o. II.2.d) gehen demgegenüber vom entgegengesetzt strukturierten Grundsatz der Aktenöffentlichkeit aus, der jedermann - unabhängig von der Darlegung eines berechtigten Interesses - ein allgemeines Zugangsrecht zu bei der Verwaltung vorhandenen Informationen gewährt, sofern dem nicht Rechte Dritter oder spezifische öffentliche Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Dem liegt die Wertung zu Grunde, dass die Schaffung von Transparenz durch Aktenöffentlichkeit eine jeder Behörde obliegende Verwaltungsaufgabe ist. Das überkommene deutsche Modell des Amtsgeheimnisses geht demgegenüber davon aus, dass die Gewährung von Zugang zu Informationen eine „sachfremde“ Verwaltungstätigkeit ist, die die Verwaltung bei der Erfüllung der ihr „an sich“ obliegenden Aufgaben

¹²² Siehe die Nachweise in Fn. 5.

¹²³ Vgl. *P. Stelkens/U. Stelkens*, (Fn. 6), § 39 Rdnr. 8c.

¹²⁴ Siehe nur *Bonk/Kallerhoff*, (Fn. 2), § 29 Rdnr. 18 ff.

behindert.¹²⁵ Allerdings ist dieser Grundsatz des Amtsgeheimnisses auch im deutschen Recht nirgendwo ausdrücklich festgeschrieben – ebenso fehlt es aber im deutschen Recht zumeist an ausdrücklichen Regelungen über allgemeine Informationszugangsrechte.¹²⁶ Da für die Anerkennung von Rechten gegenüber der Verwaltung der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt, obliegt es in dieser Situation letztlich dem Rechtsfinder, über die Existenz eines ungeschriebenen Informationszugangsanspruchs zu entscheiden.¹²⁷

b) Damit ist aber auch in diesem Zusammenhang der Grundsatz der Parallelisierung des deutschen Verwaltungsrechts mit europäischen Standards zu beachten: Es sind keine Gründe erkennbar, bei der Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Einzelnen und dem öffentlichen Interesse an einer Restriktion von Verwaltungsaufgaben auf der Ebene des deutschen Rechts zu einem anderem Ergebnis zu kommen als auf der Ebene des europäischen Rechts, zumal auch das europäische Recht Beschränkungen der Informationszugangsrechte insbesondere zum Schutz Dritter kennt und – wie z.B. die Empfehlung Nr. R. (91) 10 des Ministerkomitees des Europarats über die Übermittlung bei der Verwaltung vorhandener persönlicher Daten an Dritte (s.o. II.1.b) zeigt – auch für zwingend geboten erachtet. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Festhalten an dem Prinzip des Amtsgeheimnisses in Deutschland als ein Festhalten an einem überkommenen Grundsatz des deutschen Verwaltungsrechts um seiner selbst willen, das sich vor dem Hintergrund des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nicht rechtfertigen lässt. Dementsprechend ist schon heute davon auszugehen, dass dem deutschen Verwaltungsrecht ein allgemeiner ungeschriebener Anspruch auf Zugang zu allen bei der Verwaltung vorhandenen Informationen immanent ist, der nur dann ausgeschlossen ist, wenn dem Rechte Dritter oder spezifische staatliche Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.¹²⁸

125 So deutlich *Kaufmann*, (Fn. 8), S. 44.

126 Verschiedene Bundesländer haben jedoch mittlerweile allgemeine Informationszugangsrechte geschaffen: *Berlin*: Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (Berliner Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 15.10.1999, GVBl. 1999, S. 561, zul. geänd. durch Gesetz v. 30.7.2001, GVBl., S. 305; *Brandenburg*: Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) v. 10.3.1998, GVBl. I, 46; *Nordrhein-Westfalen*: Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (Informationsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen – IFG NRW) v. 27.11.2001, GV, S. 806; *Schleswig-Holstein*: Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (IFG-SH) v. 9.2.2000, GVOBl., S. 166, zul. geänd. durch Gesetz v. 18.3.2003, GVOBl., S. 154.

127 Von der zwingenden Notwendigkeit eines Gesetzes gehen demgegenüber wohl aus: *Schoch/Kloepfer*, Informationsfreiheitsgesetz (IFG – ProfE), 2002, Einleitung Rdnr. 28.

128 So im Ergebnis auch *Scherzberg*, (Fn. 8), S. 401 ff.; *ders.*, (Fn. 8), ThürVBl 2003, S. 200 f.; *Voßkuhle*, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 349 (383 ff.).

V. Notwendige „Veredelung“ der „abgebauten“ Grundsätze durch analoge Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze

a) Insgesamt zeigt sich damit, dass Europäische Rechtsakte tatsächlich vielfach „Fundgruben“ bilden, aus denen deutsche ungeschriebene Grundsätze des Verwaltungsverfahrens „abgebaut“ werden können. Jedoch handelt es sich bei dem „Abgebauten“ zumeist noch um einen „Rohstoff“, der „veredelt“ werden muss, bevor er zur Lösung konkreter Rechtsfälle eingesetzt werden kann. Denn zumeist lassen sich den Europäischen Rechtsakten keine zuverlässigen Aussagen über die Ausgestaltung der dort enthaltenen Grundsätze im Detail entnehmen. Wenn ihre Ausgestaltung im Detail jedoch offen ist, sind sie in einem konkreten Verwaltungsverfahren nicht operabel, weil sie dann nicht geeignet sind, dem betroffenen Behördenbediensteten eine Handlungsanweisung für die Gestaltung des konkreten Verfahrensablaufs zu geben. Wenn die Herausarbeitung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts nicht nur den Sinn haben soll, Gesetzgebungsaufträge zu formulieren, muss jedoch eine präzise Konkretisierung dieser allgemeinen Grundsätze erfolgen. Auch das ungeschriebene Recht muss daher z.B. genau festlegen, ob die Ablehnung des Abschlusses eines Verwaltungsvertrages nur zu begründen ist, soweit dies zu ihrem Verständnis erforderlich ist (vgl. § 121 Abs. 1 AO), ob in der Begründung grundsätzlich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG und § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X), ob Ermessensentscheidungen begründet werden sollen (§ 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG) oder begründet werden müssen (§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X) oder ob – wie zur Begründungspflicht des § 13 Satz 1 VgV angenommen wird – „keine hohen Anforderungen“ an den Begründungsinhalt zu stellen sind.¹²⁹

b) Zur Lösung dieses Problems bietet sich wohl nur die Analogie zum geschriebenen deutschen Verwaltungsverfahrensrecht an, indem die dort zu vergleichbaren Verfahrensrechten enthaltenen Regelungen bis ins Detail übernommen werden. Bei der Vielzahl der deutschen Verwaltungsverfahrensgesetze muss insofern insbesondere bestimmt werden, welches Verwaltungsverfahrensgesetz im konkreten Fall als Grundmuster dienen soll, von dem abzuweichen nur dann zulässig ist, wenn hierfür ein besonderer Grund gefunden werden kann. Insoweit kann maßgeblich wohl nur das Verwaltungsverfahrensgesetz sein, das in dem jeweiligen Verwaltungszweig grundsätzlich Anwendung findet. Dies bedeutet, dass für die Behörden der Länder und der landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich die in den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen enthaltenen Regelungen die Analogiebasis bilden, während für Behörden des Bundes und bundesunmittelbarer juristischer Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich das VwVfG des Bundes anwendbar ist. Soweit es um Maßnahmen der Sozial-

¹²⁹ BayObLG, VergabeR 2002, S. 383 (384); OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, S. 429 (430).

leistungsträger geht, die in Zusammenhang mit der Vollziehung des Sozialgesetzbuches stehen, wäre demgegenüber das SGB X maßgeblich (§ 1 SGB X). Auf die Konkretisierung in der Abgabenordnung wäre zurückzugreifen, wenn es um Maßnahmen geht, die in Zusammenhang mit der Erhebung von Steuern- durch die Bundes- oder Landesfinanzbehörden (§ 1 AO), oder – über den Verweis in den Kommunalabgabengesetzen – in Zusammenhang mit der Erhebung von Kommunalabgaben durch die Kommunen stehen.¹³⁰

Konkret bedeutet dies z.B., dass sich der genaue Inhalt der Pflicht zur Begründung der Verweigerung des Abschlusses eines Verwaltungsvertrages nach § 39 VwVfG bestimmt, wenn eine Bundesbehörde handelt, die keine Bundesfinanzbehörde ist und auch das SGB X keine Anwendung findet. Entsprechend lässt sich der genaue Inhalt und die Reichweite der Pflicht zur Anhörung vor Vornahme eines zielgerichteten Realaktes oder vor Ablehnung einer Begünstigung durch Bundesbehörden in analoger Anwendung des § 28 VwVfG bestimmen. Tatsächlich ist diese Form der Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch analoge Anwendung der Verwaltungsverfahrensgesetze der Sache nach auch schon oft verwendet worden: Denn oftmals wurde und wird in der deutschen Rechtsprechung und Literatur eine Maßnahme nur deshalb als Verwaltungsakt oder als öffentlich-rechtlicher Vertrag qualifiziert, um die Anwendbarkeit des geschriebenen Verwaltungsverfahrensrechts sicherzustellen. Dies zeigt deutlich, dass die Verwaltungsverfahrensgesetze innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereichs in ihrer konkreten Gestalt als geeignet angesehen werden, auch solche Verwaltungsverfahren zu steuern, die bei einer weniger „ergebnisorientierten“ Auslegung der Begriffe des Verwaltungsakts und des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht ihrem Regelungsbereich unterfielen.

VI. Fazit

Was lässt sich als Gesamtergebnis der angestellten Überlegungen festhalten? Wohl vor allem, dass die Einbindung des deutschen Verwaltungsrechts in die europäische Verwaltungsrechtsgemeinschaft die Bestimmung des Inhalts des deutschen Verwaltungsrechts erleichtert. Das sich aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG ergebende Gebot der Parallelisierung zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsverfahrensrechtsstandards befreit aus dem Käfig des durch die gängige Redewendung vom „Verwaltungsrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht“ verursachten Missverständnisses, dass nur solche Rechte des Bürgers gegenüber der Verwaltung aner-

130 In den Bereichen außerhalb der „Drei Säulen“ (§ 2 VwVfG) müsste – mangels Alternativen – wohl auf die Konkretisierungen zurückgegriffen werden, wie sie in den allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen enthalten sind. Dies entspricht auch sonst vielfach der Praxis.

kannt werden dürfen, die sich unmittelbar aus der Verfassung herleiten lassen. Das Parallelisierungsgebot erleichtert die Rechtsfindung im Allgemeinen Verwaltungsrecht auch dadurch, dass es ihr als Rechtserkenntnisquelle gleichsam „unbe-reinigtes“ Normenmaterial europäischen Ursprungs aus allen Zweigen des Verwaltungsrechts zur Verfügung stellt, das als Grundlage für Analogie-, Umkehr- oder auch Erst-Recht-Schlüsse dienen kann. Das Parallelisierungsgebot gibt zudem Impulse für die Erneuerung des ungeschriebenen deutschen Verwaltungsrechts, indem es bei überkommenen ungeschriebenen Grundsätzen des Verwaltungsrechts die „Argumentationslast“ neu verteilt, weil es dem Prinzip des „Das-haben-wir-schon-immer-so-gemacht“ keinen Eigenwert zuspricht. Schließlich schützt das Parallelisierungsgebot das Verwaltungsverfahrensrecht auch vor Politaktivismus, indem es der Behauptung, eine bestimmte Regelung sei unbedenklich, weil sie gerade noch verfassungsrechtlich zulässig sei, die Frage entgegenhalten kann, ob diese Regelung nicht den Verwaltungsrechtsstandard unterschreitet, der in der europäischen Rechtsgemeinschaft allgemein anerkannt ist. Denn wenn dies zu verneinen ist, kann dies die politisch unliebsame Folge haben, dass die Bundesrepublik nicht mehr für sich in Anspruch nehmen kann, mit ihrem Verwaltungsrechtssystem prägend auf die europäische Rechtsordnung zu wirken.