

Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.)

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem

Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann

Band 9

Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem /
Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.)

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 3-7890-8040-3

1. Auflage 2002

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort der Herausgeber

Verwaltungsverfahren sind planvoll geordnete Vorgänge zur Gewinnung und Verarbeitung von Informationen bei der Bewältigung öffentlicher Aufgaben. Das Verfahren erlaubt es allen Beteiligten, die jeweils eigenen Interessen und damit auch die eigene Sichtweise in den Problemlösungsprozess einzubringen. Insofern dienen Verfahren der Interessenklärung und damit zugleich der Verbesserung der Rationalität administrativen Handelns. Zahlreiche Verfahren zielen zudem auf einen dem Gerichtsverfahren vorgelagerten Rechtsschutz. Je weniger das administrative Verhalten durch exakt formulierte Gesetzesprogramme vorgezeichnet ist, je mehr Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume die Verwaltung also vorfindet, desto wichtiger wird die Aufgabe des Verfahrens, durch Erfassung der vielfältigen Fakten und der maßgebenden Werte unter Einschluss der individuellen Interessen der Akteure eine gute Grundlage für die Erarbeitung eines Entscheidungsergebnisses zu finden, das nicht nur rechtliche Vorgaben wahrt, sondern im Rahmen des Zugelassenen auch Optimierungen vornimmt und dadurch Akzeptanz ermöglicht. Die neuen informationstechnischen Gegebenheiten schaffen dabei neue Möglichkeiten der Vernetzung und damit auch der Gleichartigkeit der Verfahrensteilhabe vieler.

Richtigkeitsgewähr durch Verfahren wird zu einer eigenständigen Funktion. Eine solche nicht nur am Rechtsschutz orientierte Sichtweise hat durch die Europäisierung der Rechtsordnung, auch des Verwaltungsrechts, Auftrieb erhalten. Auf europäischer Ebene werden gegenwärtig Konzepte »guter administrativer Praxis« (good governance) forciert, die an Grundsätzen der Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz orientiert sein sollen. Ihre Einzelausprägungen sind nur begrenzt durch Recht vorgegeben, sie wirken aber auf die Verwirklichung rechtlicher Ziele in administrativen Verfahren ein.

Demgegenüber ist das im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz verankerte Verfahrenskonzept gegenwärtig noch enger, vorrangig am Typ gesetzesvollziehender Verwaltung orientiert. Zum Teil neuartige Verfahrenskonzepte finden sich allerdings in vielen bereichsspezifischen Sondergesetzen (etwa im Umwelt-, Informations-, Telekommunikations- und Produktsicherungsrecht). Darüber hinaus hat die Praxis eigene Formen der Informationsverarbeitung, insbesondere im Zuge kooperativer Problembewältigung, entwickelt und dabei die im Verfahrensrecht enthaltenen Flexibilitätsmargen ausgiebig genutzt. Damit aber drohen die »alten Ziele« der Kodifikation des Verfahrensrechts geschwächt zu werden, nämlich die der Vereinheitlichung, der Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit, aber auch der Vereinfachung.

Neue Herausforderungen im europäischen und deutschen Recht, neue Verfahrenskonzepte und neue Typen von Verwaltungsentscheidungen (etwa Versteigerungsverfahren oder Qualitätssicherungsverfahren) provozieren die Frage nach dem Reformbedarf des Verfahrensrechts. Die in diesem Band enthaltenen Beiträge diskutieren diese Frage vor dem Hintergrund der vor nunmehr zehn Jahren begonnenen, in den »Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts« dokumentierten Diskussionen um eine Modernisierung des Verwaltungsrechts. Den Beiträgen ist ein DFG-Rundgespräch vorangegangen, das im November 2001 in Hamburg stattgefunden hat. Die Aufsätze nehmen das Verfahrensrecht als Ordnungsidee, um seine Prämissen und Erscheinungsformen vor dem Hintergrund längerfristiger Entwicklungslinien und aktueller Änderungsbedarfe zu reflektieren: Zu erfassen sind intra- und interbehördliche Informations-, Klärungs- und Aufsichtsverfahren; in den Blick geraten informelle Absprachen im Vorfeld oder in Begleitung von formellen Verfahren; einzuordnen sind Verfahren realer Leistungsbewirkung, Planungsverfahren, Zulassungsverfahren (Eröffnungskontrollen u. ä.), Auswahl- und Verteilungsverfahren (wie Vergabe- und Versteigerungsverfahren), Verfahren laufender Überwachung (z. B. Risikoaufsicht), aber auch Verfahren zur hoheitlichen Wahrnehmung der Gewährleistungs- und Auffangverantwortung des Staates im Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung (etwa Zertifizierung, Akkreditierung, Auditierung). Zu analysieren sind unterschiedliche Verfahrensschritte und deren Vernetzung sowie das Zusammenspiel von Förmlichkeit und Nichtförmlichkeit. Zu berücksichtigen sind Machtasymmetrien in der Verfahrensteilhabe, etwa bei der Informationsaufnahme oder dem Zugriff auf Expertenwissen. Immer wichtiger werden die internationalen, insbesondere europarechtlichen Impulse. Verfahren der europäischen Verwaltungskooperation sind ebenso zu behandeln wie die europabedingte Umorientierung nationalen Rechts. Die europäische Dimension wird dementsprechend in die Einzelanalysen einbezogen, also nicht in ausgegliederter Weise thematisiert. Die Beiträge arbeiten neue Verfahrenselemente heraus, fragen nach ihrer Verallgemeinerungsfähigkeit und wollen die vielfältigen Entwicklungen in Ordnungskonzepte eingliedern. Sie analysieren das Spannungsverhältnis zwischen evolutionären Änderungen in der Rechtsdogmatik und der Kodifikation neuer Verfahrensformen und -typen. Für einzelne Bereiche wird Kodifikationsbedarf herausgearbeitet, nicht aber die Forderung nach einer Gesamtkodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts erhoben. Die Beschäftigung mit dem Verfahrensrecht ist ein wichtiges Anwendungsfeld für das Bemühen, die Reform des Verwaltungsrechts im Rahmen des Möglichen auch durch die problemangemessene Auslegung und Anwendung vorhandenen Rechts und die Modifikation überkommener rechtsdogmatischer Figuren voranzutreiben.

Hamburg/Heidelberg, im Juni 2002

*Wolfgang Hoffmann-Riem
Eberhard Schmidt-Aßmann*

Inhaltsverzeichnis

<i>Wolfgang Hoffmann-Riem</i> Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz – Einleitende Problemskizze	9
<i>Wolfgang Kahl</i> Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen	67
<i>Heribert Schmitz</i> Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven	135
<i>Martin Burgi</i> Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen – Verfahren als Gegenstand der Regulierung nach Verantwortungs- teilung	155
<i>Michael Holoubek</i> Die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungs- verfahren	193
<i>Gabriele Britz</i> Reaktionen des Verwaltungsverfahrenrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung	213
<i>Andreas Voßkuhle</i> Strukturen und Bauformen ausgewählter neuer Verfahren	277
<i>Jan Ziekow</i> Der Einfluss des neuen Steuerungsmodells auf das Verwaltungs- verfahren und seine gesetzliche Regelung	349
<i>Ulrich Ramsauer</i> Das Verwaltungsverfahrenrecht im Spiegel der Kommentarliteratur	387

Michael Gerhardt

Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier
Rationalitäten?

Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungs-
prozess am Beispiel der jüngeren Verfahrensfehlerlehre

413

Eberhard Schmidt-Aßmann

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz –
Perspektiven der Systembildung

429

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz

Einleitende Problemskizze

*Wolfgang Hoffmann-Riem**

Inhaltsübersicht

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

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

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

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

A. *Rechtliche Gestaltung des Verwaltungsverfahrens als Herausforderung*

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

1. *Begriff des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensrechts*

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

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

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

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

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

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

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

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

Kennzeichnend für die gewählte Definition ist die Begrenzung auf das nach außen wirksame Verwaltungshandeln⁵ – also der Ausschluss des sog. internen Verwaltungsverfahrens.⁶ Hier wirkt sich die überkommene – heute aber in vielerlei Hinsicht als überholt anzusehende⁷ – Aufteilung zwischen Innen- und Außenrecht aus, die auch der in § 35 VwVfG enthaltenen Definition des Verwaltungsaktes zu Grunde liegt. Diese Außenorientierung macht erklärlich, dass die Normen des Verwaltungsverfahrensrechts gar nicht darauf abzielen, das Verfahren als Entscheidungsprozess zu strukturieren – die sog. Ablauforganisation in der Terminologie der Verwaltungswissenschaften⁸ – und damit die Interaktion der Beteiligten zu steuern. Dies zeigt sich auch daran, dass die Definition des Verfahrens ausschließlich vom Standpunkt der Behörde aus vorgenommen wird. Vor diesem Hintergrund werden punktuell einzelne auch für den Entscheidungsprozess wichtige Elemente – wie z. B. Beteiligungsrechte – normiert, ohne ihr Zusammenspiel zu regeln oder sie gar in ein Gesamtkonzept der interaktiven Problembewältigung zu integrieren. Rechtlich geregelt werden in den »Allgemeinen Vorschriften über das Verwaltungsverfahren« (Teil II des VwVfG) insbesondere Fragen zur Rechtsstellung der Beteiligten, die in vergleichbarer Weise auch im Verwaltungsgerichtsverfahrensrecht geregelt sind. Einzelne Normen sind sogar inhaltlich weitgehend deckungsgleich⁹ (vgl. §§ 13 Abs. 2, 24 und 40 VwVfG mit §§ 65, 86 und 114 VwGO).

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

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

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

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

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

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

Das Rechtsschutzkonzept der 1960 bzw. 1977 in Kraft getretenen VwGO bzw. des VwVfG orientiert sich vorrangig an der Idee der Maßgeblichkeit einer Ergebnisrichtigkeit. Das Verwaltungsverfahren dient der Sicherung eines der Rechtsordnung entsprechenden, durch zutreffende Subsumtion ermittelbaren Entscheidungsergebnisses, dessen Richtigkeit gegebenenfalls im Gerichtsverfahren überprüft wird, und zwar anhand der vorrangig ergebnisbezogenen Maßstäbe des Verwaltungsrechts. Dabei dient das Verwaltungsverfahren in erster Linie dem vorgezogenen Rechtsschutz.¹⁰ Verfahrensfehler als solche gelten nur ausnahmsweise als erheblich. Die erst später aus Grundrechtssicht immer wichtiger gewordene Idee der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren¹¹, die auch durch die europäische Integration neuen Schub erhalten hat¹², stand nicht Pate bei der Kodifikation.

II. Ziele der Kodifikation des Verfahrensrechts

1. Ziele bei der Schaffung des VwVfG

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

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

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

2. Fortwährende Erheblichkeit dieser Ziele

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

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

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

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

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

kann.¹⁶ Zugleich ist die (zum Teil lange) Dauer von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zum Problem in einer Zeit schnellen Wandels geworden. Es ließen sich noch weitere Stichworte des Wandels benennen. Die These vom Fortbestand der alten Ziele auch unter neuen Rahmenbedingungen dürfte aber auch so hinreichend illustriert sein. Viel spricht dafür, dass eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts, würde sie unter heutigen Bedingungen erfolgen, erheblich komplexer und effizienter als seinerzeit ansetzen müsste. Auf anfängliche Defizite deuten auch die zwischenzeitlich erfolgten Novellierungen des VwVfG hin¹⁷ (s. z. B. § 71 a ff. VwVfG). Heute läge auch die Prüfung nahe, ob die vielen bereichsspezifischen Sonderverfahrensgesetze in ein allgemeines VwVfG integriert werden könnten und im Interesse der Erreichung der erwähnten »alten« Ziele müssten. Diese Gesetze haben nämlich deutliche Modifikationen des Verfahrenskonzepts gebracht und dabei insbesondere Anstöße oder gar Rechtspflichten aus dem europäischen Rechtskreis aufgenommen. Beispielhaft genannt seien das UVP-Gesetz mit seinen Vorgaben für das Scoping (§ 5 UVPg) und für besondere Arten der Informationsverarbeitung, etwa die kooperative Bewertung von Umweltauswirkungen (§§ 11, 12 UVPg). Ein anderes Beispiel ist das Telekommunikationsrecht¹⁸, etwa in seinen Regeln über kooperative Streitbewältigung (vgl. § 35 TKV i. V. m. § 41 Abs. 3 Nr. 8 TKG) oder das Versteigerungsverfahren (§ 11 TKG). Weitere Beispiele sind Regeln über Auditierungen und Zertifizierungen (Öko-Audit, Datenschutz-Audit)¹⁹ oder über die Gewährleistung der Produktsicherheit durch Risikorecht und -verfahren.²⁰ In solchen und weiteren Vorkehrungen dokumentiert sich insbesondere eine verstärkte Einschaltung Privater in das Verfahren, sei es als Instanzen zur Vorbereitung staatlicher Entscheidungen (s. z. B. §§ 4 b, 12 BauGB) oder als primär Verantwortliche, denen der Staat das Feld überlässt, solange ein Mindeststandard an Aufgaben-

- 16 Zu solchen Problemen siehe *W. Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001.
- 17 Überblick bei *H. Schmitz/S. Olbertz*, Das zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz, NVwZ 1999, S. 126 ff.; *H. Schmitz/F. Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, S. 955 ff.; *H. J. Bonk*, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 320 ff.
- 18 Dazu siehe *W. Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 191, 214 f.
- 19 Dazu siehe *G. Lübke-Wolf*, Das Umweltauditgesetz, NuR 1996, S. 217 ff.; *D. Schottelius*, Ein kritischer Blick in die Tiefen des EG-Öko-Audit-Systems, BB 1997, Beilage 2, S. 1 ff.; *W. Ewer/R. Lechelt/A. Theuer* (Hrsg.), Handbuch Umwelt-Audit; *U. Kämmerer*, Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001. Siehe auch den Entwurf für ein Gesetz zur Änderung des Umweltauditgesetzes (BR-Drs. 31/02 vom 18. Januar 2002). Zum Datenschutzaudit siehe *A. Roßnagel*, Datenschutzaudit: Konzeption, Durchführung, gesetzliche Regelung, 2000.
- 20 Dazu vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994; *K.-H. Ladeur*, Risikowissen und Risikoentscheidung, KritV 1991, 241 ff. sowie *R. Wahl*, Risikobewertung und Risikobewältigung im Lebensmittelrecht, ZLR 1998, S. 275 ff.

erfüllung gesichert ist²¹, bei dessen Unterschreiten der Staat aber im Zuge einer Auffangverantwortung wieder tätig wird (s. z. B. das duale System im Abfallrecht, §§ 22, 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG iVm VerpackV).²²

3. Aktuelle Herausforderungen

Die vielfältigen neuen Herausforderungen an das Verwaltungsrecht unter Einschluss des Verwaltungsverfahrenrechts werden besonders deutlich, wenn aus übergreifender Sicht Tendenzen staatlicher und gesellschaftlicher Entwicklung betrachtet werden. Sie lassen das Regelungsproblem zum Teil in anderem Licht erscheinen als in der Zeit der Schaffung des VwVfG. Ich nenne einige Stichworte zur Kennzeichnung aktueller Probleme und Problemlösungsansätze. Sie sind Ursache für eine hohe Komplexität rechtlich geprägter Problemlagen. Insbesondere stellen sie die Vorstellung der Gemeinwohlsicherung durch einen Typ des Rechts in Frage, das erwünschte Ergebnisse definiert und das Entscheidungsverfahren auf die Herstellung dieses Ergebnisses ausrichtet in der Annahme, es sei im Wesentlichen durch Rechtsnormen vorgezeichnet. Die Stichworte verweisen auf Bestimmungsgründe für weiteren Klärungs- und gegebenenfalls für neuen Regelungsbedarf und führen zu der Frage, ob neu vermessene Wege und neue oder neu akzentuierte Formen der Problembewältigung in Staat²³ und Gesellschaft angezeigt sind.

- Technisierung, insbesondere Informationierung²⁴
- Informalisierung²⁵
- Ökonomisierung²⁶
- Privatisierung²⁷

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

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

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

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

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

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

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

- Europäisierung²⁸/Globalisierung²⁹
- Flexibilisierung³⁰
- Vernetzung³¹
- Verantwortungsgliederung³²
- Kooperationsalisierung³³

Vielfältige Wettbewerbsbeziehungen³⁴, starker Innovationsdruck³⁵ und hohe Unsicherheit³⁶, gekoppelt mit einem beschleunigten Wissenszerfall³⁷, prägen

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

darüber hinaus die Dynamik der Entwicklung und können zur Triebkraft im Prozess der Modernisierung³⁸ werden, also bei der Umsetzung einer Strategie zur Erhaltung der Problemlösungsfähigkeit in Anbetracht des Wandels der Probleme und der die Problemlösung begleitenden Strukturen.

4. *Übergreifende verfassungs- und europarechtliche Vorgaben*

Die Dynamik des Wandels ist rechtlich vor dem Hintergrund der im Kernbereich gleich gebliebenen verfassungsrechtlichen Ziel- und Rahmenvorgaben einzufangen. Demokratie, Rechts- und Sozialstaatlichkeit sowie die Verpflichtung auf die europäische Integration sind verfassungsrechtliche Vorgaben zur rechtlichen Prägung der neuen Entwicklungen, bedürfen aber einer zum Teil neuen Konkretisierung angesichts veränderter Verhältnisse. Dabei sind auch die rechtlichen und politischen Impulse aus dem Bereich der Europäischen Union aufzunehmen, die jüngst etwa im Vertrag von Nizza³⁹ und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴⁰ konkretisiert worden sind.

Die für den EG-Raum wichtigen Grundsätze der Subsidiarität (Art. 2 EUV, Art. 5 EGV) und der Kohärenz (Art. 3 EUV) betreffen mittelbar auch das Verwaltungungsverfahren. Ein Beispiel für ein verändertes Konzept ist Art. 41 EU-Grundrechtecharta, der ein Recht auf eine »gute« Verwaltung zu normieren sucht, dass trotz des begrenzten Anwendungsfeldes der Charta (siehe Art. 51 ff. EU-Grundrechtecharta) Ausstrahlungswirkungen in weitere Bereiche der europäischen Rechtsordnung haben kann. Dass die Kommission der EG, die auch vom Europäischem Parlament insbesondere zu mehr Demokratie angetrieben wird, die Herausforderungen annehmen will, dokumentiert etwa ihr Weißbuch »Europäisches Regieren« (European Governance) vom Juli 2001.⁴¹ Es fordert für Regierung i.w.S. (also unter Einschluss der Administration) Grundsätze der Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz ein⁴², die zu den Grundsätzen des EG-Vertrages über Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität hinzutreten. Programmatisch heißt es: »Das alte lineare Modell, bei dem die Politik von oben herab verkündet wird, muss durch einen *circulus virtuosus* ersetzt werden, einen Spiralprozess, der – von der Gestaltung bis zur Durchführung der Politik – auf Rückkoppelung, Netzwerken und Partizipation auf allen Ebenen beruht.«⁴³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ausführungshandelns an den parlamentarischen Gesetzgeber ab, das – auch im Interesse des Rechtsschutzes – auf weitgehende Verrechtlichung und möglichst eine konditionale Vorsteuerung administrativen Handelns zielte. Es erlaubt ein stärkeres Eingehen auf neuere Entwicklungen auch in Deutschland, etwa soweit vermehrt von der konditionalen Programmierung auf unterschiedliche Formen finaler Steuerung (Ziel- und Konzeptvorgaben, Leitbilder, Gestaltungsaufträge u.ä.) übergegangen wird⁴⁵ und soweit die Lage durch erhebliche Kooperation des Staates mit außerstaatlichen Akteuren und durch die Nutzung informeller, also auch nicht rechtlich geprägter, Vorgehensweisen und Instrumente gekennzeichnet ist.⁴⁶ Auch gibt das Europarecht Impulse für die Weiterentwicklung und Modifikation des Verfahrensgedankens im deutschen Recht.⁴⁷

Rechtlicher Klärung bedarf insoweit die Vereinbarkeit neuer Handlungskonzepte mit den normativen Vorgaben des Rechts- und Sozialstaats sowie der Demokratie. Soll gesichert werden, dass diese als verfassungsnormative Prämissen bedeutsam bleiben, also nicht zum rhetorischen Dekor verkommen, muss geklärt werden, ob und wie weit angesichts heutiger Anforderungen neue Antworten ausstehen. Insofern gehört auch der Gesetzesvorbehalt – etwa in seiner Ausprägung der Wesentlichkeitstheorie⁴⁸ – auf den Prüfstand, dies insbesondere unter der Fragerichtung, mit welchem Inhalt und in welcher Intensität der Gesetzesvorbehalt im Verfahrensbereich zu beachten ist (s. auch unten D I). Zu entwickeln sind auch problemangemessene Vorkehrungen zur Erkennbarkeit rechtlicher Vorgaben und zur Vorhersehbarkeit ihrer Umsetzung durch die Administration und durch die in die Aufgabenerfüllung einbezogenen Privaten. Unter rechts- und sozialstaatlichen Aspekten stellt sich die Frage, wie bei der Kooperation mit Privaten oder gar der Auslagerung öffentlicher Aufgaben auf sie mit den real vorfindbaren Machtungleichgewichten in der Gesellschaft und zwischen Staat und Gesellschaft (m. E. mit einer zunehmenden Machtverlagerung zugunsten Letzterer) umzugehen ist. Das Verhältnis von Exekutive und Judikative und damit von Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren ist darauf abzustimmen, dass das Verwaltungs-, insbeson-

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

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

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

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

dere das Verwaltungsverfahrenrecht nicht nur auf Rechtsschutz, sondern umfassender auf Rechtswahrnehmung⁴⁹ und Interessenschutz zielt und dabei nicht auf eindimensionale und bipolare Verhältnisse begrenzt, sondern vielfach durch multidimensionale Problemlagen und multipolare Interessen- und Beteiligtenstrukturen geprägt ist. Das Demokratieprinzip muss daraufhin befragt werden, ob und wie es möglich ist, von dem bisherigen auf eine lückenlose Legitimationskette zum Gesetzgeber ausgerichteten Konzept demokratischer Legitimation⁵⁰ umzusteuern auf ein komplexeres Konzept der Sicherung eines problemangemessenen Legitimationsniveaus unter Einbau neuer Legitimationsfaktoren (s. auch unten C I 8).⁵¹

III. Orientierungen beim konzeptionellen Zugriff auf das Verwaltungsverfahren

1. Dienende Funktion und Richtigkeitsgewähr

Werden die hinter solchen Fragen stehenden Veränderungen in den Blick genommen, wird deutlich, dass das dem VwVfG bisher zu Grunde gelegte Verständnis zu kurz greift, das Verwaltungsverfahrenrecht als die Vorschriften definiert, nach denen die Verwaltungsbehörden ihre öffentlich-rechtliche Tätigkeit ausüben (§ 9 VwVfG). Mit der Beschränkung auf die »Verwaltungsbehörden«, auf »ihre« Tätigkeit und auf die »öffentlich-rechtliche« Problembewältigung wird nämlich nur ein Ausschnitt der heutigen Realität der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den darauf bezogenen Verfahren erfasst. Die in § 9 VwVfG erfolgte Ausrichtung nur an dem Verwaltungsakt und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag⁵² blendet im Übrigen die Vielfalt möglicher verfahrensabschließender Handlungsformen aus. Nicht erfasst werden z. B. schlichtes Verwaltungshandeln und Realakte, die Normsetzung, hybride (etwa privat-öffentliche) Handlungsformen oder informelle Klärungen unter

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

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

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

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

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

Die im Anschluss an § 9 VwVfG in diesem Gesetz enthaltenen Regeln bewirken im Übrigen die schon erwähnte Verengung der Normierung auf punktuelle, vorrangig am Rechtsschutz ausgerichtete Einzelfragen (siehe oben I). Das Verfahrensrecht ist nachhaltig vom Konzept seiner dem Gesetzesvollzug und dem Rechtsschutz dienenden Funktion geprägt.⁵³ Zwischenzeitlich ist – angestoßen durch grundrechtsbezogene Formulierungen des BVerfG⁵⁴ und verstärkt durch Europarecht und den Einfluss anderer europäischer Rechtsordnungen⁵⁵ –, das schon erwähnte Konzept einer Richtigkeitsgewähr durch Verfahren hinzutreten.⁵⁶ Verwaltungsverfahren wird zum Verwirklichungsmodus materiellen Verwaltungsrechts⁵⁷, das zugleich Möglichkeiten zur Verfolgung und Balancierung von Interessen schon im Vorstadium der Entscheidung einräumt und auf strukturierte Wissenserzeugung hin angelegt ist.⁵⁸

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

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

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

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

56 S. o. Fn. 11.

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

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

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

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

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

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

2. *Verwaltungsverfahren als Wirklichkeitskonstruktion*

Die vom Recht erfassten Lebensverhältnisse sind regelhaft komplex. Seit jeher hat das Recht Probleme nicht umfassend und in ganzheitlicher Weise betrachtet, sondern nur einen Ausschnitt als rechterheblich und damit lösungsbedürftig angesehen. Rechtsnormen nehmen dementsprechend nur einen Ausschnitt der Realität in Bezug – den von der Norm erfassten Realbereich⁶² – und versuchen Problemlösungen unter Fokussierung auf einzelne als rechtlich besonders erheblich bewertete Faktoren. Ohne eine entsprechende Verminderung der Komplexität würde das Recht seine Handhabbarkeit verlieren. Die Leistungskraft des Rechts zur Bewältigung von Problemen hängt aber davon ab, ob der in den Blick genommene Ausschnitt der Realität und die Fokussierung auf bestimmte als rechtserheblich anerkannte Interessen und Akteure problemangemessen sind.

Das Verfahren – verstanden als Entscheidungsprozess – dient dazu, die von der Rechtsordnung als maßgeblich – als verbindlich oder rechtlich möglich – bestimmten Entscheidungsfaktoren zu identifizieren und sie in rechtlich dirigierter Weise in das Entscheidungsergebnis einfließen zu lassen. Diese Aufgabe des Verfahrens legt es nahe, es als Konstruktion einer neuen, durch das Recht geprägten Wirklichkeit zu verstehen. Aus der – auch für die Rechtswissenschaft weiterführenden – Sicht des Konstruktivismus⁶³, ist »Wirklichkeit« eine soziale Konstruktion. Mit dem Blick auf die Rechtsordnung kann festgestellt werden, dass diese ein Programm zur Konstruktion einer neuen »Wirklichkeit«, nämlich der im Recht für den konkreten Entscheidungsprozess als erheblich anerkannten Wirklichkeit, bereitstellt. Das rechtliche Verfahren strukturiert diesen Prozess der Wirklichkeitskonstruktion, indem es Rollen verteilt, Ziele und Verhaltensspielräume vorgibt, früher gefundene Kon-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Rechtswissenschaft kann durch ihre Systematisierungsleistungen unterstützend wirken. Die von ihr entwickelten rechtsdogmatischen Figuren⁶⁸ dienen dabei als verallgemeinernd vorgefertigte Konstrukte, die für die Schaffung einer rechtserheblichen Wirklichkeit einsetzbar sind. Insbesondere formen und bündeln sie über die vom Gesetzgeber vorgesehenen Festlegungen gesetzlicher Tatbestandselemente hinaus die in diesem Prozess der Wirklichkeitskonstruktion rechtlich zugelassenen Argumentationen.⁶⁹ Die Rechtsdogmatik bezieht sich allerdings vorrangig auf die so genannte Darstellung der Richtigkeit eines Entscheidungsergebnisses, kaum aber unmittelbar auf den Prozess seiner Herstellung.⁷⁰ Je stärker die Bedeutung des Verfahrens für die Findung eines richtigen Ergebnisses wahrgenommen wird, desto dringlicher dürfte es sein, die Rechtsdogmatik auch auf die Ablaufprozesse der Entscheidungsbildung zu beziehen, zumindest insoweit, als sie rechtlich geprägt sind. Die gewachsene Prozeduralisierung des Rechts⁷¹ benötigt auch eine darauf abgestimmte Rechtsdogmatik. Der »überlieferte Formenhaushalt«⁷² ist dafür zwar auch von Nutzen, aber mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht ausreichend.

3. Richtigkeitsmaßstäbe

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

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

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

Verwaltungsrecht wird dabei im Verwaltungsvorhaben in seiner Funktion als Verhaltensauftrag und Handlungsprogramm wichtig. Es ist zwar auch Kontrollmaßstab⁷³, nämlich Maßstab einer das Verfahren begleitenden und einer gegebenenfalls im Gerichtsverfahren aktivierten nachfolgenden Fehlerkontrolle. In erster Linie aber soll es das Handeln der Akteure steuern; diese Steuerung aber funktioniert nicht nur über Fehlervermeidung. Zwar sind selbstverständlich auch aus der Handlungsperspektive die Rechtmäßigkeit im Sinne der Fehlerfreiheit der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Norm und bei Abwägungsermächtigungen die Abwägungsrichtigkeit wichtig. Soweit Rechtsnormen Ziele, Prinzipien, Leitbilder, Konzeptvorgaben u.ä. enthalten, geht es um die Orientierung an ihnen und damit auch an den durch sie vermittelten Visionen (programmatischen Aufträgen u. ä.), nicht nur an den gleichzeitig transportierten rechtlichen Grenzen. Maßgebend werden darüber hinaus die den Verfahrensbeteiligten eingeräumten Möglichkeiten der Interessenartikulation und -durchsetzung, die zusätzliche, aus der verwaltungsrechtlichen Norm nicht ablesbare Wertorientierungen aktivieren können. Handlungsprogramme der Verwaltung sind häufig in größere, auch politisch gesetzte, Vorhaben eingebettet – etwa Raumordnung, Standortsicherung, Erhaltung von Arbeitsplätzen u.ä. –, die zwar weit über das aktuell entscheidungsbedürftige Problem hinaus weisen, aber auch für dessen Lösung Restriktionen schaffen oder Möglichkeitsräume erweitern und in der Folge erheblich auf den Prozess der Wirklichkeitskonstruktion einwirken und bei Beachtung des rechtlichen Rahmens auch einwirken dürfen. Die im Blick auf solche Vorhaben erzielten Ergebnisse können sich auch auf die Akzeptanz des Verwaltungshandelns bei den Beteiligten und sonstigen Betroffenen (und damit zugleich auf die Implementationschancen), aber auch auf die Akzeptanz in der Öffentlichkeit auswirken; dadurch tragen sie auch zur materiellen Legitimation administrativer Aufgabenwahrnehmung bei. Angesichts der Vielfalt rechtsnormativer, sozialnormativer und politischer Orientierungen⁷⁴ und auch

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

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

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

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

- Rechtmäßigkeit (Legalität), zugleich als Teilelement der Legitimation administrativen Handelns
 - Beachtung der Kompetenzordnung (Sicherung von Sachnähe und Distanz zugleich)
 - Auswahl der rechtlich erheblichen Fakten und deren
 - Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Handlungsnorm
 - Orientierung an normative Zielvorgaben.
- Optimalität
 - Interessenberücksichtigung (Rücksichtnahme auf Individualinteressen, aber auch Sicherung der Verträglichkeit mit oder Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen)
 - Effizienz (Berücksichtigung des Grundsatzes schonenden Ressourceneinsatzes im Verfahren und hinsichtlich der letztlich gewählten Option)⁷⁵
 - Zeitrichtigkeit/Schnelligkeit⁷⁶
- Akzeptabilität bei Beteiligten, Betroffenen und der Öffentlichkeit⁷⁷ (z. B. Bürgerfreundlichkeit)
 - Effektivität (Zieltauglichkeit, Wirksamkeit)
 - Implementierbarkeit
 - Gegenwarts- und Zukunftstauglichkeit⁷⁸

4. *Verfahrensfunktionen*

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

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

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

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

78 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 35.

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

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

B. Ausdifferenzierung des Verwaltungshandelns und des Verwaltungsverfahrens

I. Typenarmut und Typenvielfalt

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

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

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

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

tene Planfeststellungsverfahren wurde zwischenzeitlich so in das VwVfG einbezogen, dass darauf in bereichsspezifischen Sondergesetzen verwiesen werden kann und wird. Das für das Bau-, Immissionsschutz-, Wasser-, Abfall-, Atom- und Gentechnikrecht wichtige förmliche Genehmigungsverfahren ist demgegenüber nicht im VwVfG geregelt⁸², abgesehen von einzelnen, auf die Beschleunigung ausgerichteten Normen in § 71 a ff. VwVfG. Das Gesetz berücksichtigt insofern – so *R. Wahl* in seiner Kritik – etwas, das es an sich gar nicht regelt.⁸³ Auch schafft es keine verfahrensrechtlichen Vorgaben für die im Zuge der Beschleunigungsbemühungen geschaffenen Anzeige- bzw. Anmelde- und Freistellungsverfahren.⁸⁴

Während das VwVfG typenarm ist⁸⁵, findet sich in den bereichsspezifischen Sonderregeln eine große Typenvielfalt. Allerdings fehlt weitgehend eine rechtliche Systematisierung solcher Typen, die es erleichtern könnte, gemeinsame Strukturen herauszuarbeiten sowie Besonderheiten zu erkennen. Die Gründe der Heterogenität liegen nur zum Teil in den betroffenen Gegenständen; sie sind auch in der Kompetenzaufteilung zwischen EG, Bund und Ländern und darauf beruhenden Schwierigkeiten oder gar dem Fehlen einer hinreichenden Abstimmung⁸⁶ sowie in fachressortspezifischen (auch egoistischen) Ausrichtungen zu finden und werden durch die jeweils betroffenen Interessen und Interessenträger zum Teil massiv verteidigt, etwa um geschaffene Besitzstände nicht zu gefährden⁸⁷. Insofern reicht es zur folgenreichen Korrektur nicht, in der Wissenschaft mit kritischer Absicht auf Doppelungen, Unübersichtlichkeiten oder Disfunktionalitäten hinzuweisen und ein stimmigeres System einzufordern. Allerdings liegt hier eine Aufgabe auch der Wissenschaft, die der Praxis zumindest Angebote einer Neustrukturierung unterbreiten kann. Maßgeblich bleiben aber die Gesetzgeber zur besseren Systematisierung und damit Kohärenz ihrer Regelungen aufgefordert.

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

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

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

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

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

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

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

II. *Exkurs: Art und Intensität staatlicher Aufgabenübernahme*

Die ausstehenden Typisierungs- und Strukturierungsleistungen – die in einem Beitrag wie diesem nicht erbracht, wohl aber vorbereitet werden können – lassen sich auf Einsichten über die Arten und Intensitäten der staatlichen Aufgabenwahrnehmung stützen, die (auch) im Zuge der Diskussion um die Reform des Verwaltungsrechts erarbeitet worden sind. Hier sollen zur Erinnerung die entsprechenden Stichworte aufgelistet werden, die in den bisherigen acht Bänden der Schriftenreihe zur Reform des Verwaltungsrechts näher behandelt worden sind. Diese Stichworte verweisen nicht vorrangig auf rechtliche Institutionen und greifen nicht – jedenfalls nicht stets – auf rechtsdogmatisch sedimentierte Begriffe⁸⁸ zurück. Vielmehr handelt es sich um die Bündelung von Beschreibungen und um Systematisierungen, die Zusammenhänge verdeutlichen und die Aufmerksamkeit bei der Analyse von Leistungen und Leistungsdefiziten rechtlicher Regelungen auch auf nicht ausschließlich rechtlich geprägte Faktoren lenken und damit einen Suchprozess begleiten sollen, der auch auf das Erkennen und Verstehen neuartiger Problemlösungen zielt. Die Begriffe sind nicht als Rechtsbegriffe gedacht und nicht (ausschließlich) aus rechtsnormativer Sicht konzipiert, aber auf Verwendbarkeit in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ausgerichtet. Ihre Verwendung soll es erleichtern, die Einbettung des Rechts in ein größeres Bündel von Faktoren der Problem-entstehung und -lösung wahrzunehmen und zu verstehen, und zugleich helfen, die spezifische Leistungsfähigkeit – die Möglichkeiten und Grenzen – des Rechts erfassen zu können.

Die Herausarbeitung der größeren Zusammenhänge, die Umschreibung von Sichtweisen und von Tendenzen und die Nutzung von Schlüssel- und Brückenbegriffen⁸⁹ soll den Rahmen verdeutlichen, in dem die im vorliegenden Zusammenhang wichtige Prüfung erfolgt, ob und wie weit je spezifische Verfahrensarrangements mit dazu beitragen, die Leistungsfähigkeit rechtlicher Regelungen positiv (oder negativ) zu beeinflussen, die auf die je unterschiedlichen, beobachtbaren Erscheinungen bezogen sind. Die Stichworte sind in der verwaltungs- und verwaltungsrechtswissenschaftlichen Diskussion vor-

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

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

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

1. Grundtypen der Regulierung

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

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

In dieser Auflistung wird der Begriff der (hoheitlichen) Regulierung – in Anlehnung an das angelsächsische Begriffsverständnis – auf Vorkehrungen zur Umsetzung von Gemeinwohlerwartungen⁹¹ bezogen, erfasst also nicht jedwede rechtliche Regelung. Die am Ende der Übersicht aufgeführte, in Klammern gerückte Kategorie »reiner« Selbstregulierung soll verdeutlichen, dass es auch privatverantwortetes Handeln gibt, an das keine rechtlichen Gemeinwohlerwartungen außer der geknüpft sind, dass funktionierende Selbstregulierung der Gemeinschaft nützt.

2. Verantwortungsdimensionen – Verantwortungsverteilung

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

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

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

worden, und zwar durch die Rechtsordnung, aber nicht nur durch sie. Diese Erwartungen konstituieren ein – wie *Schuppert*⁹² formuliert – »Mandat eines sachlich wie zeitlich entgrenzten Verwaltungshandelns«. Die rechtsnormativ, aber auch durch faktische Erwartungen an die Aufgabenerfüllung geprägte Verantwortungsdimension⁹³ kann durch den Staat allein oder im Zusammenwirken mit anderen (Privaten) wahrgenommen werden. Bei einem solchen arbeitsteiligen Zusammenwirken gibt es eine Gemengelage von (zum Teil unterschiedlichen) Erwartungen an den Staat einerseits und an die Privaten andererseits. Das Bündel dieser Erwartungen ist auf die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe bezogen. Die so verstandene Verantwortung kann in unterschiedlicher Intensität und auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein. Im Zuge der Diskussion zur Reform des Verwaltungsrechts sind insbesondere die folgenden Verantwortungsdimensionen herausgearbeitet worden.⁹⁴

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

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

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

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

3. Handlungsmodi der Verwaltung

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

- imperatives Verwaltungshandeln
 - gebietend
 - verbietend
 - auf andere Weise Grenzen setzend
- stimulierendes Verwaltungshandeln
 - freisetzend/ermöglichend
 - fördernd
 - Struktur setzend
 - persuasiv/motivierend
- konsensuales Verwaltungshandeln
 - kooperativ
 - vermittelnd/moderierend⁹⁶

III. Ansätze der Typisierung des Verwaltungsverfahrens

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

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

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

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

1. Aufgabenorientierte Typisierung

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

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

Als »neue« Verfahrenstypen identifiziert er:

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

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

Die folgende Übersicht ist demgegenüber stärker an den Handlungsformen und deren Verknüpfung mit Aufgaben sowie an den in den Aufgabenfeldern zum Teil je unterschiedlichen Intensitäten staatlicher Verantwortungsübernahme orientiert⁹⁸:

⁹⁷ In diesem Bande, S. 277, 284.

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

- Verfahren realer Leistungsbewirkung (z. B. Realakte im Rahmen sozialer Dienste oder als Beratung)
- Planungsverfahren (Fach- und Raumplanung)
- Zulassungsverfahren (Eröffnungskontrolle⁹⁹ unter Verzicht auf Auswahlentscheidungen), insbesondere
 - förmliche Genehmigungsverfahren
 - vereinfachte Genehmigungsverfahren
 - Freistellungsverfahren¹⁰⁰
- Zuteilungsverfahren
 - Leistungsversprechen (Subventionen, Sozialleistungen) (Verteilung an Berechtigte, ohne Auswahl unter Knappheitsbedingungen)
- Auswahl- und Verteilungsverfahren (Eröffnungskontrolle verbunden mit einer Auswahl zur Verteilung knapper Güter in Konkurrenzsituationen), z. B.
 - Studienplatzvergabe; Verteilung von Standplätzen am Markt
 - vergleichende Lizenzerteilung (z. B. (§§ 20 ff. RStV)
 - Vergabeverfahren (bezogen auf öffentliche Aufträge z. B. § 97 ff. GWB; § 11 Abs. 6 TKG)
 - Versteigerungsverfahren (z. B. § 11 Abs. 4 TKG)
- Verfahren laufender Überwachung, z. B.
 - Bankaufsicht
 - Risikoaufsicht
- Gewährleistungsverfahren (Verfahren zur hoheitlichen Wahrnehmung der Gewährleistungs- und Auffangverantwortung in Bereichen gesellschaftlicher Selbstregulierung, etwa durch Mindestvorgaben an das Entscheidungsergebnis und durch die Bereitstellung und Überwachung von Verfahrensregeln, etwa zur Machtmäßigung u.ä.), z. B.
 - Zertifizierung und Akkreditierung
 - Audit-Verfahren (Umwelt- und Datenschutz-Audit)
 - Sicherung gesellschaftlicher Selbstregulierung in besonderen Bereichen, z. B. in der Kreislaufwirtschaft (§§ 16 ff. KrW-/AbfG)

IV. *Rechtlich geregelte Elemente des Verwaltungsverfahrens*

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

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

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

waltungsverfahrensrecht¹⁰¹ eingehend dargestellt werden und deshalb im Folgenden nicht näher erläutert werden sollen. Sie zeigen ein reichhaltiges Arsenal verfahrensrechtlicher Institute. Die folgende Auflistung ist allerdings nicht schon übergreifend in systematischer Weise daraufhin gesichtet worden, wie weit die einzelnen Institute für alle Verfahrenstypen passen und wie weit es spezifische Ausprägungen bei einzelnen Verfahrenstypen gibt. Auch beansprucht die Aufzählung keine Vollständigkeit.

- Auswahl der Beteiligten i.w.S.
 - Betroffene
 - Dritte
 - andere Behörden
 - Experten
 - Öffentlichkeit
- Ausschreibung (z. B. § 8 BBG)
- Vorfeld-Interaktion (informelle Beratung im Vorstadium des offiziellen Verfahrens, Voranfragen u.ä.) (s. § 71 c Abs. 2 VwVfG)
- Initiative (Antragsrechte u.ä.)
- Anhörung: von Beteiligten (s. § 29 VwVfG) oder von Sachverständigen, Verbänden (§ 29 BNatSchG), Interessierten oder Jedermann
- Beratung/Auskunft (z. B. §§ 25, 71 c VwVfG)
- Vorausverfahren, Unterrichtung über den Untersuchungsrahmen u.ä. (z. B. § 5 UVPg, § 71 c Abs. 2 VwVfG)
- Erörterung (z. B. im Erörterungstermin nach § 73 Abs. 6 VwVfG)
- Mitwirkung an der Bereitstellung von Entscheidungsoptionen (Alternativenvergleich bei der UVP; Austausch des Mittels im Polizeirecht u.ä.)
- Einsichtnahme
 - in Verwaltungsvorschriften
 - in Sachakten
 - in die Software bei elektronischer Verwaltungsarbeit
- Verantwortlichkeit für die Beibringung von Tatsachen (etwa § 24 VwVfG: Untersuchungsgrundsatz, ergänzt um Mitwirkungsobliegenheiten der Beteiligten)
- Präklusion (z. B. § 73 Abs. 4 Satz 3 VwVfG)
- (interne) Verwaltungskoordination bei der Beteiligung anderer Behörden und anderer Träger öffentlicher Belange¹⁰², auch: Sternverfahren und Antragskonferenzen (§§ 71 d, c VwVfG)

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

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

- Informations- und Amtshilfe (z. B. §§ 4 ff. VwVfG)
- Abwehr personeller oder institutioneller¹⁰³ Befangenheit (z. B. §§ 20 f. VwVfG)
- Verfahrensdokumentation (Protokolle; Dokumentation von informellen Kontakten)
- Auswahl von Optionen
- Unterrichtung von Konkurrenten (z. B. § 13 VgV)
- Begründung (z. B. § 39 VwVfG)
- Kundgabe – Veröffentlichung (z. B. § 43 VwVfG)
- Konzentration (z. B. § 75 VwVfG)
- Implementation (Überwachung, Sanktionierung u.ä.)
- Aufsicht/Prüfung

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

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

I. Konzeptveränderungen

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

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

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

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

Die Ausweitung der Kontrollperspektive um die Handlungsperspektive der rechtlichen Regelungen erfordert ein Verständnis der Normen nicht nur als Kontroll-, sondern auch als Handlungsnormen. Verfahrenshandeln ist aber auch durch außernormative Faktoren geprägt – etwa durch Verwaltungskulturen, Usancen, Konzepte (»good practice«). Sie sind Teil des Handlungsprogramms. Das traditionelle Konzept des Verfahrens als Mittel zum vorgezogenen Rechtsschutz ist zwar weiterhin nicht falsch, aber sinnvoll nur als Teilelement eines weiter reichenden Konzepts¹⁰⁴, das Verfahren übergreifend als Mittel zur Wahrung der rechtserheblichen Interessen versteht, soweit deren Verfolgung im Verfahren vorgesehen oder jedenfalls durch das Recht nicht untersagt (also ermöglicht) ist.¹⁰⁵

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

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

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

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

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

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

bei der Rechtsanwendung »zugelassenen« Folgenberücksichtigung¹⁰⁸ thematisiert werden. Die möglichen Folgendimensionen betreffen:

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

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

2. Abstimmung interner und externer Verfahrenselemente in einem integrierten Gesamtverfahren

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

- Die Trennung beider Bereiche hat häufig faktisch in der Kommunikation und Interaktion der Behörde mit Beteiligten und sonstigen Betroffenen keine oder keine wesentliche Bedeutung, insbesondere nicht im Rahmen einer informellen Vorfeld- und Begleitinteraktion.¹¹⁰
- Die auf die Binnenreform der Verwaltung ausgerichteten Veränderungen in den Orientierungen der Beteiligten, die etwa mit dem Neuen Steuerungsmodell verbunden sind¹¹¹, orientieren sich nicht an der Trennung.¹¹²

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

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

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

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

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

- Die gegenwärtig beobachtbare Ausweitung der Reformperspektive hin zu dem auch von der EG-Kommission verfolgten Konzept der »Good Governance« und der Koregulierung (siehe oben A. II. 4) fußt auf einer Verknüpfung der Binnen- mit der Außenperspektive.
- Auch die aktuell betriebene Umstellung der Verwaltung nach den Vorstellungen des Electronic Government¹¹³ forciert das Zusammenspiel von internem und externem Verwaltungshandeln, indem relativ problemlose Vernetzungen von Kommunikationen aller Art ermöglicht werden. Die für die elektronische Kommunikation eingesetzte Software strukturiert Verfahrensabläufe und befördert Selektivitäten, ohne dabei zwingend zwischen der Innen- und Außenperspektive zu unterscheiden.
- Bei dem Einsatz verwaltungsinternen konzipierter Qualitätssicherungssysteme – wie benchmarking¹¹⁴ – können Elemente beim Qualitätsvergleich miteinander kombiniert werden, die bei einer Orientierung getrennt an Innen- und Außenaspekten unterschieden werden müssten.

3. Kooperative Ermittlung von Fakten, Werten und Optionen

Oben (A. III. 2.) war ausgeführt worden, dass Verfahren auf eine interaktive Vergewisserung über Fakten, Interessen, Ziele und Entscheidungsoptionen ausgerichtet sind. Durch den beobachtbaren Ausbau kooperativer Aufgabenerfüllung im Verwaltungsrecht¹¹⁵ besteht ein Bedarf, die Interaktion am Kooperationsgedanken auszurichten.

Das traditionelle Verfahrensrecht kennt Regeln über die Ermittlung von Fakten (insbesondere die Sachverhaltsermittlung), zum Teil auch von Interessen und Werten (etwa durch Regeln über Partizipation, durch Beteiligung an einem Erörterungstermin)¹¹⁶, sehr begrenzt auch über die Mitwirkung an der Auswahl einer Entscheidungsoption (etwa im Rahmen eines Einigungsverfahrens¹¹⁷). Der Kooperationsgedanke kommt im Verfahrensrecht allerdings

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

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

115 S. o. Fn. 33.

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

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

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

Der vorrangig am überkommenen Modell ordnungsbehördlicher Eingriffe, insbesondere der Gefahrenabwehr, orientierte Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) ist durch das Modell eines hierarchisch in Subordinationsbeziehungen handelnden Staates geprägt.¹¹⁸ Soweit dieses Modell im kooperativen Staat überholt ist, müssen an ihm orientierte Institute des Verfahrensrechts auf ihre Tauglichkeit überprüft werden. Dies gilt auch für das über den Untersuchungsgrundsatz vermittelte Konzept staatlich dominierter Sachverhaltsermittlung. Dieses passt nicht bruchlos für Antrags- und Verteilungsverfahren, erst recht nicht für Verfahren kooperativer Risikoermittlung und -bewältigung sowie der Qualitätssicherung. Die insbesondere bei komplexen Verfahren feststellbare starke Abhängigkeit der Verwaltungsbehörde von der Kooperation Betroffener bei der Sachverhaltsbeibringung¹¹⁹ kommt ebenso wenig in angemessener Weise in den Blick wie das vielfach praktizierte Aushandeln der als maßgeblich für das weitere Verfahren zu Grunde gelegten Sachverhaltsbefunde.¹²⁰ Das VwVfG ordnet die Mitwirkung der Beteiligten zwar im Zuge einer Obliegenheit in das Verfahrensrecht ein (vgl. § 26 Abs. 2 VwVfG), ohne jedoch hinreichend zu berücksichtigen, dass die Mitwirkung für die Beteiligten nicht nur eine Last, sondern auch eine Einflusschance vermittelt. Damit aber geraten die Bedingungen »erfolgreicher« (die Durchsetzung der eigenen Interessen sichernder) Einflussnahme nicht gesondert in den Blick und es fehlen Vorkehrungen zur Sicherung der Chancengleichheit für alle Beteiligten, also gegebenenfalls auch zur Reaktion auf Machtasymmetrien.

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

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

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

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

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

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

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

4. *Spielraum- und Optionenorientierung des Verfahrensrechts*

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

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

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

5. *Management von Interdependenzen*

Oben (A. III. 2.) sind einzelne in der Rechtsordnung vorgesehene Institute der Segmentierung komplexer Verwaltungsentscheidungen erwähnt worden (gestuftes Verfahren, Teil- und Vorabentscheidungen u. ä.). Durch die Aufspaltung und Abschichtung von Entscheidungsteilen soll die Handhabbarkeit der Problemlösung erleichtert werden. Solche Vorkehrungen verstehen sich auch als Beitrag zur Sicherung der Steuerungstauglichkeit des Rechts. Sie können sich aber auch als disfunktional erweisen, etwa wenn durch sie die Komplexität zu stark reduziert wird und insbesondere sachlich gebotene Verknüpfungen vernachlässigt werden. Wird in der Folge bei der Teilentscheidung nicht in hinreichender Weise darauf Rücksicht genommen, dass sie mittelbar die Möglichkeit angemessener Berücksichtigung von Interessen vereiteln kann, die erst in einem späteren Entscheidungsabschnitt zum Tragen kommen können, drohen wichtige Aspekte verkürzt zu werden.¹²² Das Risiko disfunktionaler Unterkomplexität ist früher beispielsweise unter Hinweis auf problematische Zwangspunkte für spätere Teilentscheidungen diskutiert worden¹²³, etwa bei der Verkehrswegeplanung.

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

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

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

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

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

Die vorhandenen Instrumente der Entscheidungssegmentierung sowie -vernetzung gehören gleichwohl auf den Prüfstand hinreichender und fortwährender Tauglichkeit. Dazu nötigt auch der Übergang zum E-Government¹²⁶, das computergestützt neuartige Entscheidungsnetzwerke ermöglicht (siehe unten C. II. 3.).¹²⁷ Im Zusammenhang der neuen Möglichkeiten elektronischer Verwaltungsarbeit wird es auch wichtig sein, das Datenschutzrecht aus seiner Perspektive als Recht zur Abwehr von Gefährdungen durch Datengebrauch zu lösen und es verfahrensrechtlich zu einem Informationsverkehrsrecht auszubauen, das auf die Funktionsfähigkeit informationsgestützter Problemlösungsverfahren ausgerichtet ist.¹²⁸

6. Schaffung von Orientierungen auch in nicht förmlichen Verfahren

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

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

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

126 S. o. Fn. 113.

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

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

sucht. Damit verbunden können Risiken administrativer Fehlsteuerung sein, die – anders als bei der Schaffung förmlicher Normen – keiner systematischen öffentlichen Kontrolle ausgesetzt ist. Auch wenn die angemessene Antwort auf Risiken der Nichtförmlichkeit nicht in einer Verrechtlichung als Formalisierung des zuvor Nicht-Förmlichen bestehen kann¹²⁹, bleibt die Suche nach Alternativen einer angemessenen Rückbindung informalen Verhaltens an rechts- und sozialstaatliche sowie demokratische Standards, etwa durch Prozeduralisierung, aufgegeben.

In diesem Rahmen sind auch Vorkehrungen für ein problemadäquates Verfahrenslernen wichtig. Abzuklären ist insbesondere, ob und wie weit Verfahrenslernen rechtlich strukturiert werden kann oder ob es besser ist, es vorrangig in Verwaltungskulturen zu verankern und daher die Fähigkeit zum lernenden Verwaltungshandeln weniger durch Recht als durch Ausbildung, Leitbilder¹³⁰ u. ä. abzusichern.

7. Modifikationen im Fehlerregime

Die Fehlerlehre (siehe insbesondere §§ 45 f. VwVfG) ist vorrangig am Konzept der Ergebnis(un-)richtigkeit orientiert. Ist im Verwaltungsrecht tendenziell eine Abkehr von der Konditional- zur Ziel- und Konzeptsteuerung zu beobachten¹³¹, dann hat dies Konsequenzen für die Fehlerdefinition und die Art der Fehlerbereinigung. Auf der Ebene der Fehlerdefinition werden verstärkt Verfahrensfehler als rechtlich erheblich auch für das gefundene Entscheidungsergebnis einzuordnen sein. Die Antwort des VwVfG auf Fehler zeigt aber, dass ihm ein Verfahrenskonzept zu Grunde liegt, das Verfahren in erster Linie auf vorgezogenen Rechtsschutz ausrichtet und nicht als übergreifenden Richtigkeitsgaranten einordnet.¹³² Die Heilung von Verfahrensfehlern durch deren nachträgliche Bereinigung (vgl. § 45 Abs. 1 VwVfG) trägt das Risiko in sich, dass die nachgeholte Verfahrenshandlung angesichts des zwischenzeitlich erfolgten Verfahrensfortschritts, regelhaft seines Abschlusses, gar nicht mehr folgenreich auf den Prozess der Wirklichkeitskonstruktion wir-

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

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

131 S. o. Fn. 45.

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

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

Für die Zukunft sollte auch geklärt werden, ob der Optionenreichtum des Rechts nicht auch stärker bei der Bereinigung von Fehlerfolgen genutzt werden kann. Es überzeugt nicht, Optionenreichtum zwar allgemein in der Rechtsordnung vorzusehen und eine Verfahrensbeteiligung zum Teil sogar bei der Optionenwahl einzuräumen, dies aber nicht mehr zu respektieren, wenn ein Fehler zu korrigieren ist. So kann es angezeigt sein, statt des relativ starren Fehlerfolgenregimes der §§ 44 ff. VwVfG vermehrt Möglichkeiten für kooperative Formen der Bewältigung von Fehlerfolgen vorzusehen. Ein optionenorientiertes Recht¹³⁵ sollte daher um Möglichkeiten einer optionenorientierten Fehlerbereinigung ergänzt werden.

8. Erweiterung des Legitimationskonzepts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Europäisierung*

Die durch die europäische Integration ausgelösten Veränderungen des Verwaltungs- und Verwaltungsverfahrenrechts wirken in fast alle Bereiche des Verwaltungshandelns hinein.¹³⁷ Sie müssen in der Zukunft stets mitberücksichtigt werden¹³⁸, ohne dass es sachgerecht wäre, sie jeweils als Sonderthema abzuschichten.¹³⁹ Die europäische Integration hat europarechtliche Impulse und Rechtsfiguren zu integralen Faktoren auch des deutschen Rechts werden lassen.¹⁴⁰ Beispiele unter mehreren sind Vorkehrungen zum Informationszugang – ein nationales Ergebnis ist das Umweltinformationsgesetz – oder zur verstärkten Nutzung von Öffentlichkeit, etwa über Berichtspflichten der Verwaltung. Europäisches und nationales Recht sind stark miteinander verzahnt¹⁴¹ und es kommt zunehmend zu einem Wettbewerb der Rechtsordnungen.¹⁴²

Der Verwaltungsvollzug liegt grundsätzlich bei den Mitgliedsstaaten.¹⁴³ In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist der Grundsatz der (relativen) Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten¹⁴⁴ besonders bedeutsam. Soweit es keine EG-Vorgaben in verfahrensrechtlicher Hinsicht gibt, sind die Verfahrensregeln des innerstaatlichen Rechts maßgebend. Daneben gibt es ein besonderes Verfahrensrecht als Bestandteil des europäischen Verwaltungsrechts unter Einschluss des Rechts der Eigenverwaltung der EG-Organen (s. insbesondere

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Für den nationalen Rechtsraum sind transnationale Verwaltungsakte von zunehmender Bedeutung.¹⁴⁶ Gemeint sind mitgliedstaatliche Verwaltungsakte, insbesondere über die Zulassung von Produkten, das Bestehen von Prüfungen oder die Gestattung von Projekten, die nach EG-Recht in den anderen Mitgliedsstaaten anzuerkennen sind. Derartige Verwaltungsakte sollen durch gegenseitige Anerkennung in den anderen Staaten Transnationalität erlangen¹⁴⁷, sei es durch eine ausdrückliche Bestätigung seitens des Mitgliedsstaates oder unmittelbar durch Rechtsakte der EG. Ein anderes Beispiel ist die Transnationalität unter Prüfungsvorbehalt, bei der einzelne Prüfungsfragen der mitgliedstaatlichen Entscheidung überlassen bleiben.¹⁴⁸ Auch wenn sich die Rechtmäßigkeit anerkannter transnationaler Verwaltungsakte – etwa im Produktsicherheitsrecht – nach dem Recht des den Akt erlassenden Staates richtet – so bei Verwaltungsakten unter Prüfungsvorbehalt –, kann es in den anderen von dem Akt betroffenen Staaten durchaus verfahrensrelevante Regeln geben, etwa über Informationen als Grundlage nachfolgender Überprüfung und über deren Durchführung.

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

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

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

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

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

2. Normsetzung einschließlich Standardisierung

Die administrative Normsetzung ist bisher kein Gegenstand des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts.¹⁴⁹ Die traditionellen Formen administrativer Normsetzung – Verordnung und Verwaltungsvorschrift¹⁵⁰ – werden gegenwärtig insbesondere durch Pläne¹⁵¹ und vor allem die Schaffung von Standards und technischen Regelwerken¹⁵² ergänzt, die häufig durch Private erarbeitet und über Verweisungsnormen im Verwaltungsrecht rezipiert oder durch staatlichen Hoheitsakt ratifiziert werden.¹⁵³ Wichtige Anwendungsfelder für Standardisierungen unter Einschluss technischer Normungen finden sich im Risiko- und Technikrecht.¹⁵⁴ Die in solchen Normen i.w.S. geschaffenen materiellen und formellen Vorgaben gehen auch in die Entscheidungsprogramme verwaltungsbehördlicher Verfahren ein. Daher sind auch die Verfahren ihres Zustandekommens mittelbare Richtigkeitsgaranten im Verwaltungsrecht.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zu der seit langem diskutierten Frage einer verfahrensrechtlichen Umhegung des Erlasses von Verwaltungsvorschriften¹⁵⁷ tritt in Zeiten der Elektronisierung der Verwaltungsarbeit die Frage hinzu, ob und wie weit die im Bereich der elektronischen Verwaltungsarbeit eingesetzte Software¹⁵⁸ rechtlich wie eine Verwaltungsvorschrift zu behandeln und allgemeinen oder gar besonderen verfahrensrechtlichen Sicherungen auszusetzen ist. Solche Software wird regelhaft von darauf spezialisierten Privatunternehmen entwickelt. Diese Unternehmen arbeiten meist auch für Auftraggeber aus der Privatwirtschaft und pflegen die verwaltungsbezogene Software unter Nutzung von Vorarbeiten aus anderen Kontexten zu entwickeln. Die mit solcher Software verbundenen Weichenstellungen, Filterungen und sonstigen Prägungen der Aufmerksamkeit ihrer Nutzer steuern Verwaltungsabläufe und mittelbar Verwaltungsergebnisse. Die Ausweitung des Akteneinsichtsrechts auf die Offenlegung der Software, insbesondere der in ihnen enthaltenen Schnittstellen, ist eine mögliche, wenn auch keineswegs stets hinreichende verfahrensrechtliche Reaktion. Vermutlich wird es erforderlich werden, die Entscheidung über den Softwareeinsatz dann, wenn die Software funktional vergleichbar wie eine Verwaltungsvorschrift wirkt, auch entsprechenden Normsetzungsverfahren zu unterwerfen, soweit sie für Verwaltungsvorschriften angezeigt sind.

3. Elektronische Vernetzung

Die schon vielfach genutzten Möglichkeiten elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehrs werden durch die Entwicklung der elektronischen Signatur¹⁵⁹ und die Schaffung der Rechtsfigur eines elektronischen Verwaltungsaktes¹⁶⁰ voraussichtlich vermehrt genutzt werden. Verfahrensrechtlich ist es wichtig, die Möglichkeiten der vielfältigen elektronischen Vernetzung zwischen Ver-

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

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

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

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

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

waltung und Bürgern, zwischen verschiedenen Behörden, aber auch zwischen Behörden und kooperierenden Privaten in den Blick zu nehmen.¹⁶¹ Möglichkeiten der Bündelung des Verwaltungshandelns »nach außen« (Front Office)¹⁶² und der vermehrten Vernetzung der administrativen Binnenkommunikation¹⁶³ sowie der Kooperation mit privaten Trägern (z. B. in Form von realen bzw. »virtuellen« Public Private Partner Ships) führen zu neuen Rollenverteilungen sowie Entgrenzungen im bisherigen Kompetenzgefüge bzw. in der Art arbeitsteiliger Problembewältigung¹⁶⁴, die es nahe legen, verstärkt darauf zu achten, dass bisherige verfahrensrechtliche Richtigkeitsgarantien (etwa die Sicherung von Fachnähe und Distanz, der Ausschluss personeller und institutioneller Befangenheit¹⁶⁵, Bürgermitwirkung¹⁶⁶ u.ä.) nicht leer laufen¹⁶⁷, aber auch darauf, dass nicht neue Hindernisse effektiver und effizienter Aufgabenerfüllung errichtet werden.¹⁶⁸ Die Rechtspflicht der Behörde zur Sicherung von Verfahrensfairness¹⁶⁹ muss sich dabei auch darauf erstrecken, die unterschiedlichen kommunikativen Kompetenzen bei der Nutzung elektronischer Hilfsmittel zu berücksichtigen¹⁷⁰ und z. B. nicht dahingehend wirken zu lassen, dass eine hohe Kompetenz im Umgang mit elektronischer Kommunikation die Chancen zur eigenen Interessenberücksichtigung zu Lasten anderer Betroffener erhöht (Vermeidung des Digital Divide¹⁷¹).

- 161 Siehe dazu auch die Beiträge in *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24); *T. Groß*, Öffentliche Verwaltung im Internet, DÖV 2001, S. 159 ff. sowie *G. Britz* in diesem Bande, S. 213 ff.
- 162 Zum so genannten One Stop Government siehe *H. Plamper*, Bürgerkommune: Anspruch und Wirklichkeit, in: *H. Kubicek*, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, S. 42, 48; *M. Eifert*, (s. o. Fn. 113), S. 119; *Lenk*, Außerrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24), S. 59, 88 ff.; *G. Britz* in diesem Bande, S. 236 ff.
- 163 Dazu s. *G. Britz* in diesem Bande, S. 243 ff.
- 164 Siehe dazu *W. Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (s. o. Fn. 24), S. 9, 37 f.
- 165 Siehe dazu *M. Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, insbesondere S. 251 ff.
- 166 Vgl. etwa *T. Groß*, (s. o. Fn. 161), S. 162 f.
- 167 Dazu näher *G. Britz* in diesem Bande, S. 228 ff.
- 168 Vgl. etwa zur Diskussion um Sicherheitsanforderungen *J. Bizer*, Datenspeicherung in zentralen und peripheren Netzen versus smart card, in: *K. P. Möller/F. v. Zezschwitz* (Hrsg.), Verwaltung im Zeitalter des Internet – Vernetzte Verwaltung und Datenschutz, 2002, S. 19 ff. (im Erscheinen).
- 169 Auch als Pflicht zum Schutz vor elektronischer Manipulation, siehe dazu *S. Idecke-Lux*, Der Einsatz von multimedialen Dokumenten bei der Genehmigung von neuen Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutz-Gesetz, 2000, S. 145 f.
- 170 Dass auch die Behörden hier Probleme materieller Kompetenz haben können betonen *B. Holznapel/C. Krahn/C. Werthmann* (siehe Fn. 113), S. 1479 ff. Siehe auch *M. Eifert/L. Schreiber*, Elektronische Signatur und der Zugang zur Verwaltung, MMR 2000, S. 340, 345.
- 171 Dazu siehe *B. Holznapel/S. Verhulst/A. Grünwald/K. Hahne*, Verhinderung des Digital Divide als Zukunftsaufgabe – ein Plädoyer gegen die Errichtung von E-Barriers, K&R 2000, S. 425, 425 ff.; *H. Kubicek/S. Welling*, Vor einer Digitalen Spaltung in Deutschland?, M&K 2000, S. 497, 500 ff.

4. *Informelles Verwaltungshandeln*

Die seit langem erfolgende Diskussion um die Notwendigkeit und Möglichkeit rechtlicher Bändigung informellen Verwaltungshandelns¹⁷² hat zu einer Verständigung darüber geführt, dass eine bloße Formalisierung dieses Verwaltungshandelns kein angemessener Weg ist (siehe oben C. I. 6.). Je mehr aber informelle Abklärungen die Verwaltungsrealität – und zwar auch dort, wo sie anschließend in formale Hoheitsakte transformiert werden – prägen und je abhängiger Verwaltungsbehörden in ihrem Entscheidungsverhalten von der informellen Kommunikation, darunter auch von den informell gewährten Einblicken in Sachverhalte, Risikoszenarien oder möglichen Auswirkungen einzelner Optionen, werden, desto wichtiger bleibt die traditionelle Aufgabe des Verfahrensrechts, Verstrickungen, Befangenheiten und unzu-trägliche Abhängigkeiten zu vermeiden und eine einseitige Interessendurchsetzung zu verhindern. Die Sorge für eine faire Verfahrensbeteiligung auch an der informellen Kommunikation und für machtmäßige Spielregeln ist bei informellem Verwaltungshandeln besonders wichtig. Rechtliche Aufmerksamkeit verdienen daher auch die informelle Vorfeld- und Begleitkommunikation zum formellen Verwaltungshandeln. Informelle Abklärungen setzen faktisch häufig Zwangspunkte, die in den formalen Entscheidungszusammenhängen nur scheinbar zur Disposition stehen. Soll andererseits das informelle Verwaltungshandeln, auf das vielfach gar nicht verzichtet werden kann, nicht durch rigide Formalisierung ausgeschlossen werden, ist es wichtig, nach funktionalen Äquivalenten formaler Verfahrenssicherungen auch bei informellem Handeln zu suchen und sie gegebenenfalls in die Rechtsordnung zu integrieren.¹⁷³ Dies ist zunächst nur ein Leitbild, das noch nicht die Kriterien zur Messung funktionaler Äquivalenz und der Tauglichkeit entsprechender Instrumente benennt. Solche Kriterien werden zukünftig noch zu entwickeln sein.

5. *Verwaltungskooperationsrecht*

Die Verwaltungskooperation unter Einschluss der Nutzung von Public Private Partnerships¹⁷⁴ für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben legt die Suche nach verfahrensrechtlichen Umhiegungen des kooperativen Verhaltens nahe. Auch hat sie Bemühungen um eine besondere Rechtsform der Kooperationsverträge

172 Dazu siehe Fn. 25.

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

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

stimuliert.¹⁷⁵ Verfahrensrechtlich ist darauf zu achten, dass im Zuge der Kooperation – etwa des »Aushandelns«, des »Paktierens« u. ä. – sich nicht die gleichen Risiken verwirklichen, die auch bei informalem Handeln bestehen (siehe oben 4.). Die Ablösung hierarchischer Beziehungen zwischen Hoheitsträgern und Privaten geht einher mit dem Wegfall solcher rechtsstaatlicher u. ä. Sicherungen, die bisher gerade über die hierarchische Distanz ermöglicht werden. Erweist das Verhältnis einer Über- und Unterordnung sich aber gegenwärtig als überholt oder ist es gar eine kontrafaktische Fiktion, liegt es nahe, es durch kooperative Zuordnungen zu ergänzen oder zu ersetzen. Aber auch dann bleibt die Suche nach funktionalen Äquivalenten der dadurch entfallenden rechtlichen, insbesondere verfahrensrechtlichen Sicherungen im Zuge der staatlichen Strukturschaffungspflicht¹⁷⁶ aufgegeben.

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

6. Privatisierung

Die schon im großen Zuge erfolgte Privatisierung der Erfüllung bisher in öffentlicher Regie wahrgenommen Aufgaben oder die Einschaltung von Privaten zur Vorbereitung von Verwaltungsentscheidungen und zur Überwachung der Einhaltung von Regeln und Pflichten¹⁷⁷ führen zu der Notwendigkeit, angemessene verfahrensrechtliche Sicherungen¹⁷⁸ für die Beachtung von Gemeinwohlbelangen auch bei privatrechtlichen oder privatwirtschaft-

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

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

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

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

lichen Handlungsformen bereitzustellen (Privatverfahrens- und Privatorganisationsrecht¹⁷⁹). Ähnlich wie für das informelle und kooperative Verwaltungshandeln gefordert, wird es darum gehen müssen, für die Gleichwertigkeit (nicht zwingend Gleichartigkeit) von Verfahrenssicherungen auch insoweit zu sorgen, als Aufgaben öffentliche bleiben, aber von Privaten ganz oder teilweise wahrgenommen werden.¹⁸⁰

Dabei wird es sich anbieten, nach unterschiedlichen Typen der Einschaltung Privater (etwa private Verwaltungshilfe, private Verfahrensstrukturierung, private Verfahrensherrschaft) sowie der betroffenen Entscheidungen zu differenzieren und nach maßgeschneiderten Verfahrensarrangements zu suchen.¹⁸¹ Soweit der erfasste Bereich durch Machtasymmetrien zwischen den am Privatverfahren Beteiligten oder von ihm Betroffenen geprägt ist, muss dies gegebenenfalls verfahrensrechtlich kompensiert werden, allerdings nur insoweit, als die jeweiligen Interessen nach den normativen Vorgaben auch Durchsetzungschancen haben sollen. Haben Interessenträger strukturell eine normativ nicht ausreichende Durchsetzungsmacht, kann es geboten sein, diese überproportional (kompensatorisch) zu stärken, damit sie sich im privatautonomen Bereich gegen durchsetzungskräftigere Träger behaupten können. Chancengerechtigkeit als Sicherung der Möglichkeit folgenreicher Wahrnehmung von Interessen im Zuge einer privatautonomen Verantwortung ist gegebenenfalls verfahrensrechtlich abzusichern.

Tritt private Verfahrens- (und Ergebnis-)Verantwortung anstelle einer hoheitlichen, geht die über das Verfahren vermittelte Wirklichkeitskonstruktion (siehe oben A. III. 2.) von diesem privat gestalteten Rahmen und der in ihm geltenden Spielregeln aus. Selbst wenn der privat verantwortete Akt noch der Transformation in einen Hoheitsakt bedarf (wie z. B. der durch eine Projektgesellschaft erarbeitete Bauleitplan), kommt es dabei nicht zum erneuten Durchlaufen des Verfahrens¹⁸², sondern allenfalls einer nachvollziehenden

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

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

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

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

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

7. *Mediation und Moderation der Konfliktbewältigung*

Die Einschaltung privater Verfahrens- und Konfliktmittler (Mediatoren¹⁸⁴) ist ein Sonderfall des Privatverfahrensrechts. Mediatoren können in unterschiedlichen Rollen tätig werden, etwa derart, dass sie nur den Ablauf des Verfahrens des Aushandelns zwischen den Beteiligten und Betroffenen organisieren und sichern, gegebenenfalls auch moderieren (»Verfahrensmittler«), oder dass sie sich aktiv in die Problemlösung einschalten, etwa durch Erarbeitung von Lösungsvorschlägen und durch Hinwirken auf den Konsens über sie (»Konfliktmittler«). Mediatoren setzen sich in der deutschen Rechtsordnung erst allmählich durch; nur ausnahmsweise sind sie gesetzlich als Möglichkeit vorgesehen (vgl. §§ 5 Satz 2 UVP-G; 4 b BauGB).

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

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

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

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

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

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

8. *Einbeziehung von Expertenwissen*

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

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

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

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

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

9. Selbstverpflichtungen als Ersatz hoheitlicher Regulierung

Gesetzgeber und Verwaltung sind in verschiedenen Bereichen – etwa des Umweltrechts – in der Vergangenheit dazu übergegangen, auf die Regelsetzung oder Regeldurchführung zu verzichten, wenn die betroffenen Wirtschaftssubjekte sich über ihre Verbände oder auf andere Weise verpflichten, bestimmte Ziele freiwillig anzustreben bzw. bestimmte Ergebnisse freiwillig zu erreichen.¹⁸⁹ (Normersetzende/-vermeidende) Selbstverpflichtungen können nicht nur mit einer Rücknahme der Erwartungen an die Gemeinwohlsicherung verbunden sein, sondern auch zur Ausschaltung der Einwirkung anderer (nämlich im Zuge der Selbstverpflichtungsverhandlungen ausgeschlossener) Betroffener in die Gemeinwohlkonkretisierung führen.¹⁹⁰ Über Selbstverpflichtungen wird regelhaft in informellen und vertraulichen Kontakten – also ohne Publizität und Beteiligungsoffenheit – verhandelt, so dass die Funktion verfahrensrechtlicher Sicherungen zum Interessenschutz anderer oder zur Abwehr von Machtasymmetrien zu versagen droht. Ein Verfahrensrecht für Selbstverpflichtungen müsste nicht nur für funktional äquivalente Sicherungen, etwa fairer Interessenberücksichtigung, sorgen, sondern auch Regeln über die Überprüfung der Einhaltung der Selbstverpflichtungen¹⁹¹ und verfahrensrechtliche Regeln zur Reaktion auf Nichteinhaltung bereitstellen.

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

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

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

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

10. Qualitätssicherung

Auditierung¹⁹², Zertifizierung und Akkreditierung¹⁹³ und sonstige Formen der Qualitätssicherung sind in bereichsspezifischen Sonderrechten enthalten, die es ermöglichen sollen, Qualitätsprüfungen in den privaten Sektor zu verlagern und an sie – etwa an die Öffentlichkeit kommunizierte oder für staatliche Maßnahmen wie Kontrolle wichtige – Vertrauenstatbestände zu knüpfen. Je nach dem Rechtsgehalt der Qualitätssicherung sind unterschiedliche Anforderungen angezeigt (vgl. z. B. die bei den unterschiedlichen Signaturverfahren nach dem SigG unterschiedlichen Nachweis- und Kontrollstandards). Insbesondere macht es einen Unterschied, ob die Durchführung von Qualitätssicherungsprozessen nur die rechtliche Möglichkeiten schafft, in der Öffentlichkeit mit ihrem Ergebnis zu werben¹⁹⁴ oder ob auch Erleichterungen bei der staatlichen Aufsicht vorgesehen werden.¹⁹⁵ Der Entwurf einer EMAS-Privilegierungsverordnung¹⁹⁶ sieht Vollzugserleichterungen vor und ändert damit die rechtliche Qualität der Auditierung. Die bisherige Arbeitsteilung zwischen betrieblicher Eigenkontrolle und staatlicher Fremdkontrolle wird dadurch neu bestimmt.

11. Vergabewesen

Die – durch Europarecht angestoßene – Auslagerung eines wesentlichen Teils des Vergaberechts (nämlich bei Aufträgen oberhalb sog. Schwellenwerte¹⁹⁷) in das Regelungsregime des GWB (§ 97 ff.) ist mit einem Konzeptwechsel im Vergaberecht verbunden.¹⁹⁸ Standen früher vorrangig die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. die Verfolgung öffentlicher Zwecke durch Vergabe öffentlicher Aufträge – und insoweit der Steuerungsaspekt – und davon abgeleitet der Schutz des fiskalischen Interesses an preisgünstigen Angeboten im

192 S. o. Fn. 19.

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

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

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

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

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

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

Vordergrund rechtlicher Regulierung¹⁹⁹ – etwa in den Verdingungsordnungen –, so wird der Blick nunmehr insbesondere auf den Schutz des Anbieters und der Konkurrenten einerseits²⁰⁰ und die Wahrung fiskalischer Interessen der Ressourcenschonung andererseits konzentriert. Dies sind sicherlich legitime Zielsetzungen und es ist aus rechtsstaatlicher Sicht überfällig, die Möglichkeiten des Rechtsschutzes im Vergaberecht gegenüber der alten Rechtslage und Praxis²⁰¹ auszubauen. Zu klären bleibt aber, ob die Vorkehrungen reichen, etwa angesichts des Befundes, dass §§ 97 ff. GWB und die Vergabeverordnung (VgV)²⁰² nur sehr begrenzt Verfahrensregeln enthalten (s. z. B. §§ 13, 14, 16 VgV), obwohl Vergaberecht vor allem Verfahrensrecht ist.²⁰³ Mit den im VwVfG enthaltenen verfahrensrechtlichen Sicherungen sind die neu geschaffenen Vorkehrungen jedenfalls nicht funktional äquivalent.²⁰⁴

12. Versteigerungsverfahren

Ebenso defizitär sind die bisherigen rechtlichen Vorgaben für Versteigerungsverfahren. Solche Verfahren kennt das öffentliche Recht nur begrenzt (siehe u. B. § 11 Abs. 4 TKG). Ihr gesteigerter Einsatz ist in Zukunft ungeachtet starken Protestes in Wissenschaft und Praxis²⁰⁵ keineswegs auszuschließen. So hat das BVerfG ein Versteigerungsverfahren sogar im Rahmen der Vergabe einer Spielbankenlizenz als Möglichkeit erwogen.²⁰⁶ Eine Versteigerung von hoheitlichen Erlaubnissen u. ä. kommt nach deutschem Recht allerdings nur in Betracht, wenn gesichert ist, dass die öffentlichrechtlichen Anforderungen an die Erlaubniserteilung erfüllt sind (etwa verwaltungsrechtliche Vorgaben an die Eignung, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Erlaubnisinhabers oder an die Ordnungsmäßigkeit der geplanten Anlage u. ä.). Geht es zusätzlich aber um die Verteilung knapper öffentlicher Ressourcen – wie telekommunikativ nutzbarer Frequenzen –, die dem Erlaubnisinhaber einen geldwerten Vorteil einräumen, spricht aus rechtlicher Sicht nichts dagegen, diesen

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

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

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

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

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

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

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

206 BVerfGE 102, 197, 218.

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

Es muss jedoch verhindert werden, dass von der Ökonomisierung des Auswahlprozesses Impulse ausgehen, es mit den rechtlichen Voraussetzungen der Erlaubniserteilung oder einem verfahrensrechtlichen Grundrechtsschutz²⁰⁹ nicht so ernst zu nehmen. Im Übrigen bedarf der Versteigerungsprozess selbst verfahrensrechtlicher Strukturierung.²¹⁰ Entsprechende Vorgaben können etwa verhindern helfen, dass die Wettbewerbssituation im Versteigerungsverfahren zu Geboten führt, die mit den Prämissen der vorangegangenen Überprüfung der Eignung und Leistungsfähigkeit kollidieren.²¹¹ Das Verhältnis der Prüfung der allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen zum eigentlichen Versteigerungsvorgang, das Ausmaß der Informiertheit der Bieter über Konkurrenzangebote, Zwischenentscheidungen und die Art der Versteigerung bis hin zum Zuschlag u.ä. bedürfen verfahrensrechtlicher Umhegung. Das TKG und die Verfahrensregeln der Regulierungsbehörde enthalten eine Reihe von Vorkehrungen.²¹² Es erscheint allerdings problematisch, Verfahrensregeln weitgehend von der Gesetzesform auszuschließen.

D. Umsetzung durch Recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Gesetzesvorbehalt und Art der Verrechtlichung

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

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

Die Geltung des Gesetzesvorbehalts ist insoweit nicht zweifelhaft, als durch Verfahrensrecht belastend in Rechte Privater eingegriffen wird, etwa durch Auferlegung von Mitwirkungspflichten²¹⁴ oder die Einräumung von Einsichtsrechten Dritter²¹⁵. Eine andere Frage ist, ob ein Gesetzesvorbehalt, der mit der Eingriffswirkung der zu treffenden Entscheidung verkoppelt ist, sich auch auf die verfahrensrechtlichen Regeln erstreckt, die inhaltlichen Entscheidungsbezug haben, ob also beispielsweise die Beteiligung eines Dritten an einem solchen Verfahren wegen der möglichen Auswirkung auf die letztlich zu treffende Entscheidung – und damit die Beeinträchtigung ihrer Adressaten

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

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

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

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

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

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

Aber auch dort, wo ein Gesetz nicht zwingend gefordert ist, steht dem Gesetzgeber der Erlass verfahrensrechtlicher Regeln offen. Auch dann stellt sich die Frage der Angemessenheit der Verrechtlichung des Verfahrens. In den unterschiedlichen Verfahrensarenen gibt es unterschiedliche Sicherheits- und Flexibilitätsbedarfe²¹⁸, auf die das Verfahrensrecht in differenzierter Weise

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

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

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

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

II. *Optionenoffenheit im Verfahrensrecht*

Die Einforderung der in diesem Beitrag angesprochenen konzeptionellen Veränderungen des Verfahrens mündet nicht in einer schlichten Aufforderung zur Kodifikation oder Novellierung bisheriger Kodifikationen.²¹⁹ Eine Reihe konzeptioneller Veränderungen lässt sich vermutlich auch durch entsprechende Modifikationen rechtsdogmatischer Figuren und der ihnen zu Grunde liegenden rechtstheoretischen Konstruktionen, oder auch allein durch eine veränderte Praxis umsetzen. Soweit aber Kodifikationen erforderlich sind²²⁰, spricht viel dagegen, die aktuellen Herausforderungen im Wege einer Kodifikation eines alle Verfahren in gleicher Weise umfassenden Verfahrensrechts bewältigen zu wollen. Auf die Sinnhaftigkeit maßgeschneiderter Lösungen wurde schon verwiesen. Werden der Staat als lernender Staat und die Verwaltung als lernende Verwaltung begriffen, muss auch Verfahrenslernen vorgesehen, also verfahrensrechtlich ermöglicht werden.²²¹ Ein Mittel zum Verfahrenslernen kann die wettbewerbliche Bereitstellung (Zulassung) unterschiedlicher Verfahrenskonzepte sein.

Möglicherweise wird es sich auch anbieten, für bestimmte Verfahrenstypen unterschiedliche Optionen bereitzuhalten²²², so dass schon die »maßgeschneiderte« Verfahrenswahl zum Garanten der Verfahrens- und nachfolgend der Ergebnisrichtigkeit werden kann. Denkbar ist es auch, das VwVfG als eine Art Stammgesetz für unterschiedliche Verfahrensarten auszubauen und zugleich Bauformen für verfahrensspezifische Besonderheiten anzubieten. Derartige Bauformen (Module) können auch bereichsspezifisch bereitgestellt oder jeweils abgewandelt werden. Zu klären sein wird, wie weit entsprechende Bauformen in der Form des Gesetzes vorgegeben werden müssen oder

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

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

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

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

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

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

Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen

Wolfgang Kahl

Inhaltsübersicht

A. Rückblick	68
I. Präkodifikationsphase	68
II. Kodifikationsphase	70
III. Dekodifikationsphase	71
1. Befund	71
2. Horizontale Dekodifikation	72
a) Beschleunigungsgesetzgebung	72
b) Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	74
c) Datenschutzrecht	77
d) UVP, Zugang zu Behördeninformationen	78
3. Vertikale Dekodifikation	79
a) Bauordnungsrecht, Wasserrecht	79
b) Informationsverwaltungsrecht	80
c) Landesverwaltungsverfahrensgesetze	80
4. Rechtsbereinigung	81
IV. Zwischenbilanz: Das VwVfG zwischen Bewährung und Gefährdung	82
B. Der Status quo: Das Verwaltungsverfahren als Stufenmodell	83
I. Erste Stufe: Die Generalkodifikation des VwVfG	83
II. Zweite Stufe: Die Bereichskodifikationen	86
III. Dritte Stufe: Das Sonderrecht	88
C. Bedeutung und Tragfähigkeit der Kodifikationsidee in der Gegenwart	89
I. Funktionen der Kodifikation	89
1. Rechtsvereinheitlichungsfunktion	89
2. Deregulierungsfunktion	90
3. Innovationsfunktion	91
4. Akzeptanz- und Effektivierungsfunktion	91
5. Orientierungs- und Stabilisierungsfunktion	92
6. Entlastungsfunktion	93
7. Maßstabfunktion	93
8. Modellfunktion	94
9. Rezeptionsleitungsfunktion	97
10. Impulsfunktion	97
II. Einwände gegen die Kodifikation	98
1. Zerschneidungsgefahr	99
2. Nivellierungsgefahr	99
3. Zementierungsgefahr	99

4. Überholungsgefahr	100
5. Entföderalisierungsgefahr	100
D. Anforderungen an eine moderne Kodifikation	101
I. Kodifikationsbedürftigkeit und Kodifikationsreife	101
II. Selbstbeschränkung	102
III. Sukzessive Gesetzgebung	103
IV. Revisions- und Innovationsoffenheit	104
E. Aktuelle Problemfelder der Kodifikationsdiskussion	105
I. Umweltgesetzbuch	105
II. Wirtschafts- bzw. GewerbeGesetzbuch	107
III. Informationsgesetzbuch	109
F. Das europäische Verwaltungsverfahren als Kodifikationsbrecher	112
G. Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts	123
H. Stärkung des VwVfG als Zentrum des Verwaltungsverfahrensrechts	127
I. Über die Notwendigkeit einer Rekodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts	127
II. Exkurs: Das Vorbild der Schuldrechtsreform 2002	127
III. Konkrete Schritte zur Rekodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts	129
I. Ausblick	133

A. Rückblick

I. Präkodifikationsphase

Als sich das Verwaltungsrecht¹ in Deutschland auf der Bundes- bzw. Reichsebene² als eigenständige wissenschaftliche Disziplin herausbildete, stand nicht der Gedanke des Verwaltungsverfahrens, sondern das materielle Recht im Mittelpunkt³. Im Kern ging es, geleitet von einem formalen Rechtsstaatsbegriff, um die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und Justizförmigkeit der Verwaltung, also um die Garantie einer rechtlich gebundenen und domesti-

1 Zur Kodifikation des Privatrechts in historischer Perspektive, insbesondere zu den naturrechtlichen Kodifikationen des 18. Jahrhunderts, *H. Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, S. 111 ff., 172 ff.

2 Zur Entwicklung in Preußen und Baden am Ende des 19. Jahrhunderts *P. Stelkens/Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, Einleitung Rn. 6; zu verwaltungswissenschaftlichen Vereinheitlichungsbestrebungen im 19. Jahrhundert *Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: ders., Konstitution und Intervention, 2001, S. 253 (272 ff.); *von Unruh*, Kodifiziertes Verwaltungsrecht, NVwZ 1988, 690 (691 f.).

3 Dies galt auch für die schwerpunktmäßig materiell-rechtlichen Kodifikationen der Gewerbeordnung v. 21.6.1869 (RGBl des Norddeutschen Bundes S. 245), der Reichsversicherungsordnung v. 19.7.1911 (RGBl S. 509) und der Reichsabgabenordnung v. 13.12.1919 (RGBl S. 1993). Dazu *Stolleis*, »Innere Reichsgründung« durch Rechtsvereinheitlichung 1866-1880, in: ders. (Fn. 2), S. 195 ff.; vgl. auch *Klappstein/von Unruh*, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, 1987, S. 23 ff.

zierten hoheitlichen Entscheidung in Gestalt des Verwaltungsakts⁴. Die Entdeckung des Verwaltungsverfahrens⁵ als eigenständiger Größe erfolgte erst in einer zweiten Phase, welche im frühen 20. Jahrhundert einsetzte⁶. Den Beginn dieser Phase markieren die Verabschiedung des für die weitere Entwicklung pionierhaften österreichischen Bundesgesetzes über das allgemeine Verwaltungsverfahren (1925)⁷ sowie die dieses Gesetz begleitenden wissenschaftlichen Veröffentlichungen⁸. Interne Impulse gingen von der Landesverwaltungsordnung für Thüringen (1926)⁹, vom Entwurf für eine württembergische Verwaltungsrechtsordnung und ein Verwaltungsverfahrensgesetz (1931)¹⁰ und vom Gesetz über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang Bremens (1934)¹¹ aus. Der Nachkriegsgesetzgeber konnte hieran anknüpfen und mit dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung im Saarland (1950)¹², dem Landesverwaltungsgesetz des Landes Baden-Württemberg (1955)¹³ sowie dem Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung (1958)¹⁴ weitere wichtige Wegmarken der Entwicklung des Verwaltungsrechts setzen. Diese Regelungswerke konnten zusammen mit den zeitgleich vorgelegten Entwürfen für Landesverwaltungsverfahrensgesetze als weitere Belege für die Richtigkeit der Einschätzung gelten, es sei erfolgversprechend, allgemeine Probleme und Prinzipien des Verwaltungsverfahrens vor die Klammer zu ziehen¹⁵.

- 4 *Badura*, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 33 Rn. 17.
- 5 Es wird hier ein weiter Begriff des Verwaltungsverfahrens zugrunde gelegt, verstanden als die Summe der Bestimmungen, die die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf die Art und Weise der Ausführung des Gesetzes einschließlich ihrer Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge in ihrem Ablauf regeln; so bezogen auf Art. 84 Abs. 1 GG BVerfGE 37, 363 (390); 55, 274 (320 f.); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, Kommentar, 7. Aufl. 2000, Einführung Rn. 13. Vgl. ferner *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 5 ff. Zu den Funktionen des Verwaltungsverfahrens statt vieler *Schoch*, Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (23 ff.).
- 6 Vgl. bereits *Thoma*, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 4 (1910), 196 ff.; retrospektiv *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, 1999, S. 240 f.
- 7 Vom 21.7.1925 (BGBl 1925 S. 274), wieder verlautbart in den Jahren 1950 und 1991 (BGBl 1991 S. 51).
- 8 Vgl. *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 213 ff.; *Herrnritt*, Das Verwaltungsverfahren, 1932, S. 8 ff., 12 ff., 23 ff. Auch später trugen österreichische Wissenschaftler maßgeblich zu einer kodifikationsfreundlichen Haltung unter ihren deutschen Kollegen bei; vgl. *Antoniolli*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 17 (1959), 234 ff.; *Melchiar*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 17 (1959), 183 ff.; *Merkel*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 17 (1959), 227 f.
- 9 Ld.F. v. 22.7.1930, GS 1930, 123.
- 10 Kommission für die Landesordnung des Allgemeinen öffentlichen Rechts (Hrsg.), Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, 1931 (der Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg ist im Anhang abgedruckt) mit Ergänzungsband 1936.
- 11 Vom 11.4.1934, GBl S. 132.
- 12 Vom 13.7.1950, ABi S. 796.
- 13 Vom 7.11.1955, GBl S. 225.
- 14 Vom 2.10.1958, GVBl S. 951.

Im Rahmen der in den fünfziger Jahren einsetzenden wissenschaftlichen Debatte über die Sinnhaftigkeit einer bundesweiten Kodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts kristallisierten sich mehrere Grundprobleme heraus: Zunächst ging es um die Frage, in welchem Umfang auch Institute, Grundsätze und Regelungen des materiellen Rechts in eine Kodifikation mit einbezogen werden sollten, lässt sich doch das Verwaltungshandeln, anders als die Tätigkeit des Richters, nicht trennscharf in formelle und materielle Fragen aufsplitten¹⁶. Konkret ging es darum, ob etwa auch annexe Materien wie die Bestandskraft des Verwaltungsaktes, das Ermessen, die Aufhebung von Verwaltungsakten oder der Verwaltungsvertrag in einem Vereinheitlichungsvorhaben Berücksichtigung finden sollten¹⁷. Darüber hinaus wurde bezweifelt, ob ein verfahrensrechtliches Gesetzbuch in der Lage sei, den Anforderungen einer hochgradig komplexen, ausdifferenzierten und ressortmäßig spezialisierten Verwaltungswirklichkeit gerecht zu werden. Skeptische Beurteilung fand vor allem die Fähigkeit eines Gesetzbuchs zur Regulierung der bereichsspezifischen Bedarfe der planenden Verwaltung. Schließlich stand die bundesstaatliche Kompetenzordnung (Art. 70 ff. i.V.m. Art. 83 ff. GG)¹⁸ einem Vorgehen allein auf der Bundesebene im Weg und verlangte mehrere, möglichst gleichlautende Legislativakte des Bundes und der Länder (Simultangesetzgebung)¹⁹.

II. *Kodifikationsphase*

Anfang der sechziger Jahre schlug die Grundstimmung zugunsten der Kodifikationsidee um. Impulse hierfür gingen von der Verabschiedung weiterer Landesverwaltungsverfahrensgesetze²⁰, dem Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung beim Bundesministerium des Innern (1960)²¹ sowie nicht zuletzt von dem positiven Votum des 43. Deutschen Juristentags in München (1960) aus, welcher sich für eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens »unter Einbeziehung konnexer

15 *Bettermann*, Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959), 118 (143).

16 *Badura* (Fn. 4), § 33 Rn. 19 f.

17 Zur Konnexität von formellem und materiellem Verwaltungsrecht *Hill* (Fn. 5), S. 220 ff.; *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. 1995, § 2.

18 Zur Kompetenzproblematik statt vieler *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 15 f.

19 Siehe dazu *Ehlers*, Die Anpassung der Landesverwaltungsverfahrensgesetze an das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, DVBl 1977, 693 ff.; *Klappstein*, Rechtseinheit und Rechtsvielfalt im Verwaltungsrecht, 1994, S. 7 ff.

20 Von besonderer Bedeutung war das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein – Landesverwaltungsgesetz – v. 18.4.1967, GVBl S. 131; vgl. daneben auch das Verwaltungsverfahrensgesetz des Landes Bremen i.d.F. v. 1.4.1960, GBl S. 37.

21 Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bericht der Sachverständigenkommission für die Vereinfachung der Verwaltung, 1960.

Materien des Allgemeinen Verwaltungsrechts« aussprach²². Daraufhin nahm im Jahr 1960 ein Bund-Länder-Ausschuss die Vorarbeiten für ein Verwaltungsverfahrensgesetz auf. Am 17.3.1964 lag ein erster Musterentwurf vor²³, welcher nach einer weiteren Überarbeitung im Jahr 1968 seine endgültige Fassung erhielt²⁴. Der im Herbst 1970 von der Bundesregierung im Bundestag eingebrachte Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes²⁵ konnte wegen der Auflösung des Bundestages nicht zu Ende beraten werden. Im Sommer 1973 wurde er in geringfügig abgeänderter Form erneut eingebracht²⁶, bis Ende des Jahres 1975 in den Ausschüssen beraten²⁷ und nach Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat²⁸ vom Gesetzgeber beschlossen²⁹.

III. Dekodifikationsphase

1. Befund

Die Verabschiedung des VwVfG hat den Drang der Legislative zur Produktion abweichender oder inhaltsgleicher spezialgesetzlicher Regelungen nur vorübergehend bremsen können. Die Gesetzgebungsmaschinerie lief weiter, zunächst etwas gebremst, spätestens seit der Vereinigung Deutschlands jedoch wieder auf vollen Touren. Gerade in den letzten zehn Jahren hat das Bestreben zur Wahrung und zum Ausbau tatsächlicher oder vermeintlicher bereichsspezifischer verfahrensrechtlicher Besonderheiten deutlich zugenommen – ein Ende dieser Tendenz ist gegenwärtig nicht absehbar³⁰.

22. Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? 43. DJT, Gutachten von *Spanner und Werner*, Bd. I, 2. Teil, 1960; Referate von *von der Groeben* und *W. Weber*, Bd. II, 1962, D 5 ff., 59 ff.; Beschluss, ebd., D 149.
23. Bundesminister des Innern (Hrsg.), Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963), 1964; dazu *Ule/Becker*, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964; *Scheerbarth*, Gedanken zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl 1966, 780 ff.
24. Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVfG 1963), 2. Aufl., mit Anhang (»Münchener Fassung«), 1968; dazu *Sendler*, Zum Stand der Erörterungen über ein Verwaltungsverfahrensgesetz, AöR 94 (1969), 130 ff.
25. BT-Drucks. VI/1173.
26. BT-Drucks. 7/910.
27. BT-Drucks. 7/4494.
28. BT-Drucks. 7/4908.
29. Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes v. 25.6.1976, BGBl I S. 1253. Zur Entstehungsgeschichte vgl. Musterentwurf (Fn. 24), S. 55 ff.; *Klappstein/von Unruh* (Fn. 3), S. 58 ff.; *Lässig*, in: *Finkelnburg/ders.*, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Bd. 1, 1979, Einleitung Rn. 6 ff.; *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 36 ff.; *Ule*, Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts, in: *Jeserich/Pohl/von Unruh* (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, 1987, S. 1162 ff.
30. Vgl. *Blümel*, Begrüßung und Einführung, in: *ders./Pitschas* (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, S. 19 (25 ff.); *Henneke*, in: *Knack* (Hrsg.), Verwaltungsverfah-

2. Horizontale Dekodifikation

Die seit einigen Jahren andauernde Entwicklungsphase der Dekodifikation erfasst zunächst die Ebene des Bundesrechts. Genauer gesagt, geht es um den Erlass von *bundesgesetzlichem Sonderrecht*, welches vom *Bundes-VwVfG* abweicht oder Fragen regelt, die an sich ebenso gut im *VwVfG* Platz finden könnten. Insofern soll hier von horizontaler Dekodifikation gesprochen werden.

a) Beschleunigungsgesetzgebung

Bedingt durch die Herstellung der deutschen Rechtseinheit sowie die Bemühungen der Politik zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland und zur Verfahrensbeschleunigung bei der Zulassung von Infrastrukturvorhaben und wirtschaftlichen Unternehmungen begann eine Phase der Spezialisierung und Ausdifferenzierung des Verwaltungs(verfahrens)rechts, welche die Gefahr einer »Marginalisierung« (*Eberhard Schmidt-Aßmann*)³¹ übergreifender, vor die Klammer gezogener Regelungen heraufbeschworen hat³². Andere Autoren diagnostizieren sinnverwandt eine »Tendenz zur Partikularisierung der Rechtsordnung«³³. Es ließe sich auch von einer Segmentierung des Verwaltungsverfahrensrechts sprechen³⁴.

Eine maßgebliche Rolle spielten dabei die sogenannten *Beschleunigungsgesetze*³⁵. Hierzu rechnen insbesondere das Verkehrswegeplanungsbeschleuni-

rensgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2000, Vor § 1 Rn. 20; *Clappstein/von Unruh* (Fn. 3), S. 167 ff.; *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 78 ff.; *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 83; *Wahl*, *Neues Verfahrensrecht für Planfeststellung und Anlagengenehmigung – Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens oder bereichsspezifische Sonderordnung?*, in: *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1994, S. 83 (101 f.).

31 *Schmidt-Aßmann*, *Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, in: *Ehlers/Krebs* (Hrsg.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts*, 2000, S. 1 (8 ff.). Krit. auch *Hufen*, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 3. Aufl. 1998, Rn. 3, der vor einer »Zersplitterung und Spezialisierung des Verfahrensrechts« (Hervorhebung im Original) warnt. *Wahl* (Fn. 30), S. 103, spricht von der Gefahr, dass Regelungen des *VwVfG* zu »Phantomregelungen« werden könnten.

32 *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 4, 22 ff., 83 ff.; zur parallelen Entwicklung im Verwaltungsprozessrecht *Schmidt-Aßmann*, in: *Schoch/ders./Pietzner* (Hrsg.), *VwGO, Kommentar* (Lsbl., Stand: Januar 2001), Einleitung Rn. 94 ff.

33 *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 12.

34 Exemplarisch für ein wichtiges Referenzgebiet *Hufen*, *Verwaltungskooperation in der EG: Lebensmittel- und Veterinärrecht*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 99 (121 f.).

35 Übergreifend zur Gesamtproblematik *Bonk*, *Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz*, *NVwZ* 1997, 320 ff.; *Püttner/Guckelberger*, *Beschleunigung von Verwaltungsverfahren*, *JuS* 2001, 218 ff.; *Schmitz*, *20 Jahre VwVfG – Neue Tendenzen im Verfahrensrecht auf dem Weg zum schlanken Staat*, *NJW* 1998, 2866 ff.; *Schmitz/Olbertz*, *Das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz?*, *NVwZ* 1999, 126 ff.;

gungsgesetz (1991)³⁶, das Planungsvereinfachungsgesetz (1993)³⁷, das Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (1. VwVfÄndG 1996)³⁸, das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz (GenBeschl 1996)³⁹, welches in Zusammenhang zu sehen ist mit dem Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren⁴⁰, der Zweiten Verordnung zur Änderung der 4. BImSchV⁴¹ und dem 6. VwGOÄndG⁴² und das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (2. VwVfÄndG 1998)⁴³. Durch diese Gesetze wurde das »Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie«⁴⁴ insgesamt weiter abgewertet, was vor dem Hintergrund der in die entgegengesetzte Richtung weisenden Vorgaben der Verfassung und vor allem des EG-Rechts Bedenken hervorrufen muss⁴⁵. Resultat der Unkultur eines hyperaktiven Deregulierungsgesetzgebers war eine erhebliche Beförderung der Rechtszersplitterung. Zwar wurde der Text des VwVfG nur unwesentlich modifiziert⁴⁶,

Schmitz/Wesendorf, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, 955 ff.; *Sparwasser*, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, in: Anwaltsblatt 2000, 658 ff.; *Stüer*, Die Beschleunigungsnovellen 1996, DVBl 1997, 326 ff.; eingehend *Ekkert*, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1997; *Rengeling* (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – Deregulierung, 1997; *Ziekow* (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998.

36 BGBl I S. 2174.

37 BGBl I S. 2123.

38 BGBl I S. 656. Vorausgehend der Bericht der so genannten Schlichter-Kommission; vgl. Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1994; vgl. auch *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991.

39 Vom 12.9.1996, BGBl I S. 1354.

40 Vom 9.10.1996, BGBl I S. 1354.

41 Vom 16.12.1996, BGBl I S. 1969.

42 Vom 1.11.1996, BGBl I S. 1626.

43 Vom 6.8.1998, BGBl I S. 2022.

44 Programmatisch *Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984.

45 Vgl. die erweiterten Heilungsmöglichkeiten bei Verfahrensfehlern (§§ 45, 46 VwVfG), prozessual umgesetzt durch § 87 Abs. 1 S. 2 Ziff. 7, § 94 S. 2 VwGO. Berechtigte Kritik insofern und Plädoyer für eine (restriktive) verfassungs- und europarechtskonforme Auslegung bei *Bonk*, NVwZ 1997, 320 (325 f.); *Hatje*, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozess als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, 477 (480 ff.); *Hufen*, Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern, JuS 1999, 313 ff.; *Redeker*, Die »Heilungsvorschriften« der 6. VwGO-Novelle, NVwZ 1997, 625 ff.; a.A. *Ronellenfitsch*, Novellierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, in: Rengeling (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – Deregulierung, 1997, S. 51 (63 ff., 68 f.); übergreifend zuletzt *Sparwasser*, Gerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht, in: Dold (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 1017 ff.; *Voßkuhle*, »Ökonomisierung« des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), 347 (349 ff.).

46 VwVfÄndG 1996: Änderung von § 2 Abs. 2 Nr. 4, §§ 48, 49 und 50 VwVfG, Einfügung von §§ 49 Abs. 3, 49a VwVfG. GenBeschlG 1996: Änderung von §§ 10, 17, 45, 46, 67, 69, 72, 73, 74, 75 und 95, Einfügung der §§ 71a-71e VwVfG. 2. VwVfÄndG 1998: Änderung von §§ 15, 16, 41, 44, 50, 61 VwVfG, Anpassung von § 33 VwVfG an die technische Entwicklung, Streichung von §§ 97-99, 102 VwVfG. Das VerkPIBG 1991 und das PIVereinfG 1993 betrafen verschiedene Fachplanungsgesetze.

inhaltlich erwiesen sich die neuen Vorschriften jedoch als deutliche Veränderung von Struktur, Ablauf und Funktion des Verwaltungsverfahrens⁴⁷. Die Ursachen für die Rechtszersplitterung⁴⁸ sind vielfältig: *Erstens* wurden wiederholt fast gleichlautende Vorschriften in verschiedenen Fachplanungsgesetzen geschaffen, obwohl die betreffenden Fragen ebenso gut vor der Klammer im VwVfG hätten geregelt werden können⁴⁹. *Zweitens* sind die Verfahrensregelungen in den Fachgesetzen (Baurecht, Immissionsschutzrecht, Wasser- und Verkehrswegerecht, Abfallrecht, Chemikalien- und Gentechnikrecht, Asyl- und Ausländerrecht etc.) nicht hinreichend aufeinander abgestimmt worden. Betroffen hiervon ist in erster Linie das Planfeststellungsrecht⁵⁰, auch wenn der Gesetzgeber mit dem Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz versucht hat, einige sektorale Sonderregeln⁵¹ in das VwVfG zu überführen. Aber auch das System der Eröffnungskontrollen, etwa im Umweltrecht, wurde hinsichtlich der Begrifflichkeit und der Typen kräftig durcheinander gewirbelt (vgl. z.B. §§ 15, 16 BImSchG, § 12 GenTG). *Drittens* wurden die Änderungen der §§ 45 f. VwVfG in den §§ 126 f. AO bisher nicht nachvollzogen. Gleiches gilt für das 2. VwVfÄndG 1998⁵².

b) *Recht der öffentlichen Auftragsvergabe*

Aktuelle Rechtsentwicklungen arbeiten weiter an der Entkernung des VwVfG. So wurde mit der Umsetzung des europäischen Vergaberechts durch das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 26.8.1998 (Vergaberechtsänderungsgesetz – VRÄndG)⁵³, welches das Vergaberecht aus dem Haushaltsrecht herausgenommen und im Wettbewerbsrecht (§§ 97-129 GWB) verankert hat, das VwVfG sträflich missachtet, handelt es sich bei der Auftragsvergabe doch um eine Materie, die

47 *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 15a; vgl. auch *dies.*, ebd., Rn. 249 ff.; *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 23 ff.

48 Ergänzend zu den im Text genannten Beschleunigungsgesetzen ist noch auf die Beschleunigungsgesetzgebung zum Wohnungsbau, zu neuen Risikofeldern (GenTG, ChemG) und zur Bewältigung der Wiedervereinigung hinzuweisen.

49 *Blümel*, Diskussionsbeitrag, in: K. König/Merten (Hrsg.), *Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2000, S. 93 (94); *Wahl* (Fn. 30), S. 102 f.

50 Ausführlich *Bonk/Neumann*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 6. Aufl. 2000, § 72 Rn. 13 ff.

51 Konkret wurden in den §§ 72 ff. VwVfG vor die Klammer gezogen: Verkürzung von Fristen mit Präklusionsregelungen, Plangenehmigung, erweiterte Heilungsmöglichkeiten bei Abwägungs- und Verfahrensfehlern. Häufig blieben die Sonderregeln jedoch daneben bestehen.

52 *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 72. Dagegen wurden die §§ 41 f. SGB X entsprechend angepasst; vgl. *P. Stelkens/Sachs*, ebd., Rn. 77 m.w.Nachw.

53 BGBl I 1998 S. 2512; Einzelheiten sind in der Vergabeverordnung (VgV) geregelt; BGBl I 2001 S. 110.

im Rahmen der besonderen Verwaltungsverfahren des VwVfG gut aufgehoben gewesen wäre⁵⁴ bzw. – als Vorstufe – eines Vergabegesetzes bedurft hätte⁵⁵.

Trotz heftiger Kritik in der Literatur⁵⁶ hat das Bundeswirtschaftsministerium die Eingliederung des Vergaberechts in das GWB im Gesetzgebungsverfahren erfolgreich verteidigt. Als Gründe für die wettbewerbsrechtliche Lösung⁵⁷ wurden die Nähe zum Kartellrecht und die Anknüpfung an bestehende und bewährte Regelungen des kartellrechtlichen Rechtsschutzes genannt⁵⁸. Dies ändert jedoch nichts daran, dass hiermit der Einheit des Verfahrensrechts sowie der Übersichtlichkeit der Rechtsordnung und der Rechtsklarheit für die Wettbewerbsteilnehmer Schaden zugefügt worden ist⁵⁹. Eine Verankerung im VwVfG hätte die Herausbildung einer stimmigen Rechtssystematik eher befördert und die notwendige Entwicklungsoffenheit des Vergaberechts in die Zukunft hinein besser gewährleistet⁶⁰.

Konsequenz der zivilistischen Betrachtung des Vergabewesens ist seine Herausdrängung aus dem Verwaltungsverfahrensbegriff des § 9 VwVfG. Die öffentliche Auftragsvergabe, so die herrschende Argumentation, sei zwar öffentlich, aber nicht öffentlich-rechtlich. Sie sei zudem nicht auf den Erlass eines Verwaltungsakts oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet⁶¹. Vielmehr liege ein vorvertragliches Auswahlverfahren *sui generis* vor, in dem öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten nicht begründet werden sollten⁶². Ein solches Verfahren, das dem Auftraggeber ein bestimmtes Vorgehen im Hinblick auf den anvisierten Vertrag vorschreibt, sei dem Zivilrecht zwar fremd, dies stehe aber einer Zuordnung der Beschaffungsverwaltung im weiten Sinne zum Zivilrecht nicht entgegen⁶³.

Gegenüber der rein privatrechtlichen Erfassung der Auftragsvergabe hätte

54 Schmidt-Aßmann (Fn. 31), S. 9 f.

55 Hierfür zu Recht Rittner, Das deutsche öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, 313 (315); Dreher, Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach »Umsetzung« der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, 1869 (1879). Zur Diskussion um den richtigen systematischen Standort des Vergaberechts vgl. Boesen, Vergaberecht, 1. Aufl. 2000, Einleitung Rn. 148; Dreher, Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, 343 (344 f.).

56 Vgl. Dreher, NVwZ 1997, 343 (344).

57 BT-Drucks. 13/9340, S. 12 f.

58 Boesen (Fn. 55), Einleitung Rn. 149; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß (Hrsg.), Beck'scher VOB-Kommentar, 2001, vor § 97 GWB Rn. 15; Portz/Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, Einleitung Rn. 38, 45 ff.

59 Vgl. Rittner, NVwZ 1995, 313 (315 f.).

60 Dreher, NVwZ 1997, 343 (344).

61 Boesen (Fn. 55), Einleitung Rn. 4; Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), 427 (457); StICKLER, in: Reidt/StICKLER/Glahs (Hrsg.), Vergaberecht, 2000, Vorb. zu §§ 97-101 Rn. 7.

62 BGHZ 97, 312 (316); StICKLER (Fn. 61), Vorb. zu §§ 97-101 Rn. 7.

63 So Boesen (Fn. 55), Einleitung Rn. 4 m.w.Nachw.

eine Orientierung an der Zwei-Stufen-Theorie näher gelegen⁶⁴. Hierfür sprechen zum einen Rechtsschutzaspekte, zum anderen die klarere rechtsstaatliche Anbindung an die Regelungen und Grundsätze des VwVfG. Die Entscheidung über den Zuschlag wäre danach als Verwaltungsakt dem nachfolgenden zivilrechtlichen Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Bieter logisch vorgelagert. Diese Ansicht konnte sich indes ebenso wenig durchsetzen wie der Versuch, das öffentliche Auftragswesen vollständig dem öffentlichen Recht zu unterstellen, indem ein einstufiges Rechtsverhältnis in Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrags angenommen wird⁶⁵.

Aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes des § 1 Abs. 1 VwVfG gehen die Verfahrensregelungen des GWB, der Vergabeverordnung und der Verdingungsordnungen der Generalkodifikation vor⁶⁶. Umstritten ist die Frage der Anwendbarkeit des VwVfG zur Lückenschließung. Nach zutreffender Auffassung⁶⁷ ist eine Differenzierung von verwaltungsprivatrechtlichem und fiskalischem Handeln nicht möglich und binden Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 GG den Staat in allen seinen Handlungsformen. Daraus folgt eine umfassende Verfassungsbindung der öffentlichen Hand bei der Auftragsvergabe und eine analoge Anwendung der wesentlichen rechtsstaatlichen Bestimmungen des VwVfG zur Schließung von Regelungslücken. Nach dem OLG Brandenburg⁶⁸ findet auf das Vergabeverfahren zumindest § 20 VwVfG analoge Anwendung. Indes ist die Ansicht einer analogen Anwendung der VwVfG-Regelungen auf das Vergabeverfahren keineswegs unstritten und wird auch die Position einer weitgehenden Ausblendung des allgemeinen Verfahrensrechts vertreten⁶⁹.

64 Wie hier *Kopp*, Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?, BayVBl 1980, 609 ff.; *Hermes*, Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909 (915); *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 17 Rn. 31 f.; *Triantafyllou*, Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, 943 (946); in diese Richtungweisend jetzt auch EuGH, EuZW 1999, 759 (Alcatel). Zur überwiegenden Gegenauffassung *Boesen* (Fn. 55), Einleitung Rn. 5; *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, 2002, Rn. 909 ff. (918); BGH, NJW 2001, 1492.

65 So wohl *Zuleeg*, Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, VerwArch 73 (1982), 384 (401 f.).

66 *Boesen* (Fn. 55), § 114 GWB Rn. 84 ff.; *Marx* (Fn. 58), §§ 107, 108 GWB Rn. 3; *Kus*, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2000, § 112 GWB Rn. 7; *Stückler* (Fn. 61), Vorb. zu §§ 97-101 GWB Rn. 9.

67 *Ehlers*, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl 1983, 422 (424 f.); *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 1996, Art. 1 Rn. 49; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 347 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Rn. 18, Art. 19 Rn. 24; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 95; *Maurer* (Fn. 64), § 3 Rn. 7a; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 17. Aufl. 2001, Rn. 171 f. A.A. BGHZ 36, 91 (97); BGH, NJW 1977, 628 (629 f.); BGHZ 116, 149 (152).

68 OLG Brandenburg, WuW 1999, 929 (933 f.); hierzu auch *Neßler*, Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, NVwZ 1999, 1081 ff.

69 Vgl. *Stückler* (Fn. 61), Vorb. zu §§ 97-101 GWB Rn. 10 ff. m.w.Nachw.

Ungeachtet dieses Meinungsstreits über die grundsätzliche Anwendbarkeit des VwVfG existieren jedenfalls *punktueller Einwirkungen* des VwVfG auf das Regelungsregime der §§ 97 ff. GWB:

- Bei einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer nach den §§ 107 ff. GWB kommt das VwVfG ergänzend zur Anwendung⁷⁰, da es sich bei dem Verfahren vor der Vergabekammer (und bei dem vor der Vergabepflichtstelle) um ein nichtförmliches Verwaltungsverfahren handelt, das durch Verwaltungsakt entschieden wird (§ 114 Abs. 3 S. 1 GWB).
- Der Grundsatz der Amtsermittlung aus § 110 Abs. 1 GWB ist, soweit das GWB keine Regelungen trifft, durch § 24 VwVfG zu konkretisieren.
- Das Akteneinsichtsrecht gemäß § 111 Abs. 1 GWB ist durch § 29 Abs. 1 S. 2 VwVfG zu ergänzen⁷¹.
- Bei dem Verwaltungsakt der Bestellung zum Mitglied einer Vergabekammer (§ 105 Abs. 4 GWB) ist das VwVfG anwendbar.
- Die Vergabekammer ist ein Ausschuss i.S.d. § 88 VwVfG, was zur Anwendbarkeit der §§ 89-93 VwVfG führt.
- § 128 Abs. 4 GWB erklärt § 80 VwVfG für entsprechend anwendbar.

c) *Datenschutzrecht*

Ein weiteres Beispiel für die tendenzielle Entwertung des Einheitsgedankens liefert die Entwicklung des Datenschutzrechts. Verwaltungsverfahrenrecht basiert auf der Gewinnung, Speicherung, Verwendung, Weitergabe und Vernichtung von Informationen. In diesem Sinne ist Verwaltungsverfahrenrecht stets unausweichlich auch Informationsverarbeitungsrecht, steht hierbei aber in einem schwer durchschaubaren Geflecht verschiedener datenbezogener Gesetze⁷². Für deren Zuordnung ist allgemein zu beachten, dass nach zutreffender Auslegung von § 1 Abs. 4 S. 1, § 1 Abs. 5 BDSG und § 1 Abs. 1 2. Hs. VwVfG ein grundsätzlicher Vorrang des VwVfG gegenüber dem Bundesdatenschutzgesetz⁷³ besteht⁷⁴.

Zu welchen datenschutzrechtlichen Überlagerungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts es gleichwohl kommen kann, mögen einige Beispiele

70 Vgl. *Reidt*, in: *Reidt/Stickler/Glahs* (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2000, § 107 GWB Rn. 4 ff.; § 108 GWB Rn. 4 ff., 8.

71 So *Reidt* (Fn. 70), § 111 GWB Rn. 5.

72 Zur Normenflut und Zersplitterung des Daten(schutz)rechts *Kloepfer*, Geben moderne Technologien und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen?, Gutachten D für den 62. DJT, 1998, D 72 ff.

73 Vom 20.12.1990, BGBl I S. 2954. Zu Entwicklung und Bestand des deutschen Datenschutzrechts *Kloepfer* (Fn. 72), S. D 34 ff.

74 *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 8 Rn. 41 m.w.Nachw. auch auf die Gegenansicht (Subsidiarität des VwVfG). Zur Rechtslage nach dem Landesrecht vgl. *Ule/Laubinger*, ebd., Rn. 41 f.

verdeutlichen⁷⁵: (1) Ihrer Pflicht zur Sachverhaltsermittlung nach dem Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) hat die Behörde grundsätzlich unter Einsatz der in § 26 Abs. 1 VwVfG genannten Beweismittel nachzukommen⁷⁶. Hier kann jedoch das Datenschutzrecht im Wege stehen. Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes gehen dem VwVfG vor, soweit bei der Sachverhaltsermittlung personenbezogene Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG) verarbeitet werden (§ 1 Abs. 5 BDSG), worunter überwiegend sowohl die Erhebung wie die Speicherung der Daten subsumiert wird⁷⁷. Für die Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten bei der Sachverhaltsermittlung gelten daher nicht die §§ 24, 26 VwVfG, sondern die §§ 13 f. BDSG. (2) Die Amtshilfepflicht nach §§ 4 ff. VwVfG kann grundsätzlich auch die Pflicht zur Übermittlung personenbezogener Daten an öffentliche Stellen einschließen. Hier sind erneut die Datenschutzgesetze zu beachten, denn unter das »Verarbeiten« i.S.v. § 1 Abs. 5 BDSG fällt auch das Übermitteln (§ 3 Abs. 5 S. 1, S. 2 Nr. 3 BDSG). Maßgeblich ist daher vorrangig § 15 BDSG. (3) Das Akteneinsichtsrecht ist zwar in seinen Grundzügen in § 29 VwVfG niedergelegt, unter anderem im Datenschutzrecht (vgl. § 19 BDSG) besteht freilich ein grundlegend anderer, vom Beteiligtenstatus abgekoppelter Regelungsansatz⁷⁸. (4) Für die Frage des Geheimhaltungsinteresses der Verwaltung (§ 30 VwVfG) gilt: Personenbezogene Daten werden durch die Datenschutzgesetze einem besonderen Schutz unterstellt (§ 4 Abs. 1, § 5 BDSG)⁷⁹.

d) *Umweltverträglichkeitsprüfung, Zugang zu Behördeninformationen*

Die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) betrifft eine Kernfrage des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts mit Auswirkungen insbesondere auf das Planfeststellungsrecht, aber auch mit genereller konzeptioneller Durchbrechungswirkung gegenüber dem Modell des § 24 VwVfG. Es hätte daher nahegelegen, diesen unselbständigen Teil des Verwaltungsverfahrens im fünften Teil des VwVfG zu verankern. Der Gesetzgeber hat sich stattdessen mit dem UVPG für eine Ausgliederungslösung entschieden.

Zu einer noch problematischeren Schwächung des VwVfG wird das in Entwurfsform vorliegende, stark an das Umweltinformationsgesetz angelehnte

75 Die nachfolgend geschilderten Problematiken stellen sich ganz ähnlich im Verhältnis der Landes-VwVfGe zu den Landesdatenschutzgesetzen, worauf vorliegend jedoch nicht separat eingegangen werden soll.

76 Dazu in diesem Bande der Beitrag von *Holoubek*.

77 *Auernhammer*, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1993, § 1 Rn. 30; *Ordemann/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl. 1992, § 1 Anm. 8; a.A. (nur Speicherung) *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 27 Rn. 3.

78 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), S. 11 f.

79 *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 23 Rn. 13.

Informationsfreiheitsgesetz für die bundeseigene Verwaltung führen⁸⁰. Die auf den Einfluss der Länder zurückgehende Nichtverankerung dieser Materie im VwVfG ist ein systematischer Sündenfall ersten Ranges, welcher das VwVfG in einer fundamentalen Frage entwertet. Weitaus überzeugender wäre eine Verankerung an der Stelle der bisherigen §§ 29 f. VwVfG gewesen. Auch ein Blick auf das ausländische Recht zeigt, dass der Zugang zu Behördeninformationen mehrheitlich zu den Fragen eines modernen Verwaltungsrechts gerechnet wird, welche in den allgemeinen Verwaltungsgesetzen Platz finden müssen.

3. Vertikale Dekodifikation

Zu der horizontalen Zersplitterung auf der Bundesebene gesellt sich eine Zersplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts im Verhältnis zwischen *dem Bund und den Ländern*, aber auch zwischen dem Recht der *einzelnen Länder untereinander*. Insofern soll hier von vertikaler Dekodifikation gesprochen werden.

a) Bauordnungsrecht, Wasserrecht

Unter dem Einfluss regionaler wirtschaftlicher Interessen unterliegt das Genehmigungsverfahren der Länder seit etwa zehn Jahren einem erheblichen Diversifizierungsprozess, welcher zu einem Auseinanderdriften der baurechtlichen Anzeige- und Freistellungsverfahren⁸¹, der wasserrechtlichen Verfahren⁸² und der Vorschriften über die Information der Nachbarn im Baugenehmigungsverfahren geführt hat⁸³. Insgesamt haben sich die Bauordnun-

- 80 Abrufbar unter: www.staat-modern.de. Eingehendes Plädoyer für ein allgemeines Aktenzugangsrecht bei Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000; grundsätzlich auch Eifert, Umweltinformation als Regelungsinstrument, DÖV 1994, 44 ff.; D. König, Das Umweltinformationsgesetz – ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?, DÖV 2000, 45 ff.; Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 175 ff.; Rossen-Stadtfeld, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit – ihre Möglichkeiten und ihre (rechtlichen) Grenzen, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 117 ff., insbes. S. 136 ff., 140 ff.; Trantas, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 1998; Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 349 (378 ff.); bilanzierend Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001. Vgl. auch Schmitz, Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahren, NVwZ 2000, 1238 (1243).
- 81 Vgl. H.-J. Koch, (Verfahrens-)Privatisierung im öffentlichen Baurecht, in: Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, S. 170 ff.
- 82 Z.B. durch das Bayerische Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung bau- und wasserrechtlicher Verfahren v. 12.4.1994, GVBl S. 210; für Sachsen vgl. Hegele, Aufbaubeschleunigung in Sachsen, DÖV 1995, 231 ff.
- 83 Einzelheiten bei Löffelbein, Genehmigungsfreies Bauen und Nachbarrechtsschutz, 2000, S. 58 ff., 103 ff.; Martini, Baurechtsvereinfachung und Nachbarschutz, DVBl 2001, 1488 ff.

gen in den letzten zehn Jahren so weit von der Musterbauordnung des Jahres 1960 entfernt, dass mittlerweile auf der Ebene der Bauministerkonferenz Überlegungen angestellt werden, wie sich mit einer überarbeiteten Musterbauordnung zumindest ein Minimum an Rechtseinheit im Bauordnungsrecht zurückgewinnen lässt⁸⁴.

b) Informationsverwaltungsrecht

Zu der Diversifikation der Genehmigungsverfahren kommen in den letzten Jahren vermehrt vom bundesrechtlichen Regelungsmodell abweichende landesgesetzliche Vorschriften über den Einsatz geeigneter Systeme der Informations- und Kommunikationstechnik in der Verwaltung⁸⁵ sowie über allgemeine Ansprüche der Bürger auf Zugang zu Behördeninformationen. Als erstes Bundesland hat Brandenburg in Konkretisierung von Art. 21 Abs. 4 BbgVerf. mit dem Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (BbgAIG) ein generelles, nicht auf bestimmte Sachgebiete beschränktes Einsichtsrecht für jedermann eingeführt⁸⁶. Weitere Länder sind diesem Beispiel gefolgt⁸⁷, andere werden sich ihm voraussichtlich noch anschließen.

c) Landesverwaltungsverfahrensgesetze

Auch die Landesverwaltungsverfahrensgesetze untereinander gehen zum Teil eigene Wege, so etwa in den Fragen des Selbsteintrittsrechts vorgesetzter Behörden (Art. 3a BayVwVfG), bei den Kosten des Vorverfahrens (Art. 80 BayVwVfG), bei den Beweismitteln (§ 26 VwVfG BW, BerlVwVfG, VwVfG Bbg, HambVwVfG, VwVfG NW), bei der Akteneinsicht durch Beteiligte respektive bei der Geheimhaltung (§§ 2a, 4a BerlVwVfG; § 3a VwVfG BW; §§ 3a, 29 VwVfG Bbg; § 3a VwVfG NW)⁸⁸. Schließlich

84 Hierzu hat die 102. Bauministerkonferenz im Dezember 2000 einen Diskussionsentwurf veröffentlicht; abrufbar unter: www.is-argebau.de/musterbauordnung (Stand: 8.10.2001); erläuternd Jäde, Rechtseinheit im Bauordnungsrecht?, NVwZ 2001, 982 ff.

85 Vgl. § 2 Rh.-Pf.VwORG v. 12.10.1999, GVBl S. 325.

86 Vom 10.3.1998, GVBl I S. 46. Dazu Breidenbach/Palenda, Das Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz des Landes Brandenburg – ein Vorbild für die Rechtsentwicklung in Deutschland, NJW 1999, 1307 ff.; Partsch, Brandenburgs Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) – Vorbild für Deutschland?, NJW 1998, 2559 ff.

87 Vgl. auch § 4a Gesetz über die Berliner Verwaltung i.V.m. dem Berliner Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 15.10.1999, GVBl S. 561; dazu Partsch, Das Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit in Berlin, LKV 2001, 98 ff.; Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein (Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein – IFG-SH), GVOBl. 2000, S. 166; dazu Friedersen, Das Informationsfreiheitsgesetz für das Land Schleswig-Holstein, NordÖR 2001, 89 ff.

88 Siehe auch den Entwurf eines Bundesgesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes v. 20.12.1988 (BT-Drucks. 11/4306). Dieser sah eine Präzisierung

kommt es bei der Übernahme von Änderungen des Bundes-VwVfG in die Landesverwaltungsverfahrensgesetze hin und wieder zu Verzögerungen, wenngleich die Gesetzgebung im »bundesstaatlichen Konvoi« insgesamt überwiegend reibungslos verläuft. So ist die Abstimmung mit dem Gen-BeschlG 1996 in Schleswig-Holstein noch nicht⁸⁹ und in Nordrhein-Westfalen nur mit Abweichungen erfolgt. Die vollständige Anpassung an das 2. VwVfÄndG 1998 ist insgesamt noch im Gange⁹⁰. Als problembehaftet erweisen sich vor allem Parallelgesetzgebungsverfahren, welche der Bund im Vorfeld nicht hinreichend mit den Ländern abstimmt oder welche von den Ländern unterschiedlich beurteilte Fragen berühren.

4. Rechtsbereinigung

Quer zu den geschilderten horizontalen und vertikalen Ausdifferenzierungsvorgängen liegen einige vorsichtige einheitsfreundliche Tendenzen. Zu nennen sind zunächst die Bemühungen um einen Abbau von Spezialvorschriften auf der Bundesebene. Die Bereinigung des Verwaltungsverfahrenrechts bildete frühzeitig eine proklamierte Zielsetzung des Bundesgesetzgebers⁹¹, ein erster nennenswerter Schritt ist aber erst im Jahre 1986 erfolgt⁹². Insgesamt sind die Bereinigungsanstrengungen bislang viel zu zaghaft und gelten als weitgehend gescheitert⁹³. Auch auf der Länderebene sind teilweise Tendenzen zu registrieren, die Einheit des Verwaltungsverfahrens wiederherzustellen. So ist es in Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Nordrhein-Westfalen zu einer spürbaren Reduktion von Sonderregeln durch Sammel- oder Einzelanpassungsgesetze gekommen⁹⁴.

der Rechtsgrundlagen für die Erhebung personenbezogener Informationen durch Änderung der §§ 2, 26, 30 VwVfG und durch Einfügung der §§ 3a-3f VwVfG vor, scheiterte jedoch im Gesetzgebungsverfahren. Im Vorgriff hierauf änderten einige Länder ihre VwVfGe.

89 Siehe dazu *Klappstein*, Das Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein und das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes, NordÖR 2000, 143 (146 f.).

90 *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 62.

91 BT-Drucks. 7/4494, S. 13.

92 Erstes Gesetz zur Bereinigung des Verwaltungsverfahrenrechts v. 18.2.1986, BGBl I S. 265. Es folgten nach: 1. und 2. Rechtsbereinigungsgesetz v. 24.4.1986 und 16.12.1986, BGBl I S. 560, S. 2441; 3. Rechtsbereinigungsgesetz v. 28.6.1990, BGBl I S. 1221. Zum Ganzen *Blümel* (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984; *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994; zusammenfassend *Bonk*, Vereinheitlichung und Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts in Bund und Ländern, DVBl 1986, 485 ff.; *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 243 ff.; *Stelkens*, Bereinigung des Verwaltungsverfahrenrechts?, NVwZ 1986, 541 ff.

93 *Henneke* (Fn. 30), Vor § 1 Rn. 8, 16; *Riedl*, in: Obermayer (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, Einleitung Rn. 66; vgl. auch *Blümel* (Fn. 30), S. 25 f.; *Wahl* (Fn. 30), S. 100 ff. Zu den Beharrungskräften der Fachressorts vgl. die Zahlen bei *Schaefer*, Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts des Bundes, in: *Blümel* (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984, S. 67 (71 ff.).

94 Siehe die Nachweise bei *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 253 ff.

Zentrifugale und zentripetale Kräfte sind somit nebeneinander am Werk. Nahezu synchron wird auf der einen Seite mühsamst um einen Abbau von Spezialvorschriften gerungen, während auf der anderen Seite munter an der Konservierung bestehender bzw. dem Aufbau neuer Spezialvorschriften gearbeitet wird. Entsprechend schwierig ist es, eine Gesamteinschätzung der aktuellen oder gar eine Gesamtprognose der zukünftigen Entwicklung abzugeben⁹⁵. Es fehlt an einem homogenen Gesamtbild. Diese scheinbare Widersprüchlichkeit deckt sich mit den Erkenntnissen der Rechtssoziologie. Rechtssoziologen haben seit längerem die durch Wissenschaft und Technik hervorgerufene Tendenz zur Vereinheitlichung, zugleich aber auch die Tendenz zum Anwachsen des Rechtsstoffs und zur Spezialisierung des Rechtswesens als Entwicklungstendenzen des Rechts der Gegenwartsgesellschaft ausgemacht⁹⁶.

IV. Zwischenbilanz: Das VwVfG zwischen Bewährung und Gefährdung

Trotz der fortgeschrittenen Zerfallerscheinungen besteht in der Verwaltungswissenschaft noch immer breiter Konsens, dass sich das Kodifikationsprojekt »VwVfG« sowohl als Arbeitsgrundlage für die Praxis wie auch als Rahmen und Folie für die spätere Fortentwicklung des Rechts⁹⁷ grundsätzlich bewährt hat⁹⁸. Ein äußeres Zeichen für diese Bewährung mag darin gesehen werden, dass die Zahl der Änderungen des Gesetzes bislang eher gering geblieben ist⁹⁹. Das VwVfG ist noch das Zentrum, der Kristallisationspunkt des Verwaltungsverfahrensrechts, bildhaft gewendet, die Sonne, um welche die

95 Allgemein einen dialektischen Dauerprozess von Re- und Dekodifikation konstatierend K. Schmidt, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 48 ff.; ähnlich Helmuth Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 202.

96 M. Reh binder, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2000, Rn. 81 ff. (82 ff., 89 f., 91).

97 Zumal im Zuge der deutschen Vereinigung. Auch diese Bewährungsprobe hat das VwVfG nach kleineren Übergangsschwierigkeiten erfolgreich bestanden. Vgl. zum innerdeutschen Rechtsangleichungsprozess Stelkens, Fragen zum Verwaltungsverfahrensgesetz nach dem Einigungsvertrag, DtZ 1991, 264 ff.; ders., Die Überführung des sozialistischen Verwaltungsverfahrensrechts, insbesondere des Verwaltungsverfahrensrechts der früheren DDR in das rechtsstaatliche Verwaltungsrechtssystem der Bundesrepublik Deutschland, DVBl 1992, 248 ff.; ders./Sachs (Fn. 2), Einleitung Rn. 88 ff., insbes. 118 ff.

98 Positive Gesamtbewertung des VwVfG bei Badura (Fn. 4), § 33 Rn. 26; Bonk/Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 2; Henneke, 30 Jahre LVwG, 20 Jahre VwVfG – Stabilität und Flexibilität des Verwaltungshandelns, DÖV 1997, 768 (768); Hill, Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, Speyerer Arbeitshefte Nr. 78, 1987, S. 40 ff., 59; Pitschas (Fn. 30), S. 60 ff.; Thieme, Über die Notwendigkeit einer Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1996, 757 (758, 760); Wahl (Fn. 30), S. 84. Kritisch dagegen Kopp, Zehn Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, Die Verwaltung 20 (1987), 1 ff.; Schmitt Glaeser, Anspruch, Hoffnung und Erfüllung. Das Verwaltungsverfahren und sein Gesetz – eine einleitende Bemerkung, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsverfahren. FS zum 50jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlages, 1977, S. 1 (44 f.).

99 Auflistung der Änderungsgesetze bei Riedl (Fn. 93), Einleitung Rn. 50.

verfahrensrechtlichen Spezialgesetze wie Planeten – in unterschiedlicher Größe und Distanz – kreisen¹⁰⁰. Trotz der drei Säulen des Verwaltungsverfahrens und trotz der Auslagerung wesentlicher Fragen in zahlreiche Sondergesetze hat sich in der Praxis eine Tendenz zur Vereinheitlichung durchgesetzt und ist die Rechtseinheit zwischen Bund und Ländern weitgehend gewahrt¹⁰¹. Vom »toten Recht«, in dessen Nähe einzelne Autoren das VwVfG bereits sehen¹⁰², ist es noch entfernt. Die Zunahme des Sonderrechts hat aber, im Übrigen in bemerkenswerter Parallelität zur Entwicklung der Privatrechtsordnung¹⁰³, eine *Tendenz zur Polyzentralität* gefördert und zu einer Auszehrung des Körpers VwVfG geführt, welche bei ungebremsen Fortgang einen weitgehenden Bedeutungsverlust der Kodifikation nicht ausgeschlossen erscheinen lässt.

B. *Der Status quo: Das Verwaltungsverfahren als Stufenmodell*

I. *Erste Stufe: Die Generalkodifikation des VwVfG*

Die geltende Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts präsentiert sich als ein dreifach gestuftes Modell. Auf der oberen und mittleren Regulierungsstufe sind Kodifikationen unterschiedlichen Typs angesiedelt. Unter einer *Kodifikation* (lat.: *codificatio* = *codicem facere* = ein Gesetzbuch machen) soll dabei, der um 1800 von *Jeremy Bentham* in die Gesetzgebungslehre eingeführten Terminologie folgend, eine grundsätzlich erschöpfend gedachte, planvolle, nach systematischen Gesichtspunkten erfolgende Zusammenfassung und Fortentwicklung des gesamten Stoffs eines oder mehrerer Rechtsgebiete in einem einheitlichen Gesetzbuch¹⁰⁴ verstanden werden.

100 Anschaulich spricht *Wahl* (Fn. 30), S. 91, von der »Gravitationskraft« des VwVfG.

101 *Bonk*, 25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2001, 636 (636 f.); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 10, 28; für das Verhältnis zur AO *Fiedler*, Probleme der offenen und verdeckten »Harmonisierung« nach dem Inkrafttreten der AO 1977, NJW 1981, 2093 (2094).

102 *Henneke* (Fn. 30), Vor § 1 Rn. 8.

103 Grundlegend zum Niedergang des Primats der Kodifikation als Zentrum der Rechtsordnung und zum Übergang zu einem polyzentrischen System unter den Bedingungen der Industrie- und Massengesellschaft *Irti*, L'età della decodificazione, 3. Aufl. 1989. Zu den Rekodifikationsbestrebungen im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform v. 1.1.2002 siehe unten H. II.

104 Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 249 ff., 323 ff. (323); *H. Krause*, Gesetzgebung, HRG, Bd. 1, 1971, Sp. 1606 (1617); *Schulze-Fielitz* (Fn. 95), S. 51; *Starck*, Kodifikation, in: Staatslexikon, 7. Aufl. 1987, Bd. 3, Sp. 563 (563); allg. zur Kodifikationsidee *Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee, in: FS für Boehmer, 1954, S. 34 ff.; Begründung zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 31.

Auf der ersten Stufe, auf der die *Verwaltungsverfahrensgesetze* des Bundes und der Länder stehen, kann von *Generalkodifikationen* gesprochen werden. Diese erheben den grundsätzlichen Anspruch, fachgebietsübergreifend das Verwaltungshandeln zu determinieren¹⁰⁵. Generalkodifikationen gelten, anders als die im nächsten Abschnitt¹⁰⁶ näher beleuchteten *Bereichskodifikationen*, im Prinzip für alle Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts. Begrenzte Durchbrechungen dieses Prinzips sind unschädlich.

Jede Kodifikation, auch die Generalkodifikation, kann inhaltlich, das heißt hinsichtlich der in ihr geregelten Materien, den Charakter einer Gesamt- bzw. Totalkodifikation annehmen. Von einer *Gesamtkodifikation* lässt sich bei Kodifikationen sprechen, die von ihrem Anspruch her grundsätzlich sämtliche oder zumindest alle wichtigen Verfahrensfragen regeln wollen. Die Kodifikation kann aber auch nur einzelne Verfahrensfragen eines Rechtsgebiets vor die Klammer ziehen. In diesem Fall handelt es sich um eine *Teilkodifikation*. Musterbeispiele für Letztere liefern die Verwaltungszustellungs- und Verwaltungsvollstreckungsgesetze. Für die Einordnung als Gesamt- oder Teilkodifikation kommt es maßgeblich auf den subjektiven Regelungsanspruch, sprich auf die Intention des Gesetzgebers an¹⁰⁷. Gesamtkodifikationen im wörtlichen Sinne sind praktisch undenkbar.

Im Fall der *Verwaltungsverfahrensgesetze* sind die Selbstbeschränkungen, denen sich das Gesetz unterwirft, so weitreichend und erfassen so wesentliche Bereiche, dass nicht mehr von einer Gesamtkodifikation gesprochen werden kann. Es handelt sich vielmehr um *Generalkodifikationen* in Form von *Teilkodifikationen*¹⁰⁸. Das VwVfG des Bundes gilt primär für den Vollzug von Bundesgesetzen durch Bundesbehörden (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), daneben an sich auch für die Ausführung des Bundesrechts durch Landesbehörden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2, § 1 Abs. 2 VwVfG). Dort tritt es aber hinter das jeweilige VwVfG des Landes zurück (§ 1 Abs. 3 VwVfG). Diese Subsidiaritätsklausel hat eine beträchtliche Wirkung, da alle Länder weitgehend gleichlautende, mit dem VwVfG des Bundes in den wesentlichen Teilen übereinstimmende Verwaltungsverfahrensgesetze erlassen oder auf das VwVfG des Bundes (dynamisch oder statisch) verwiesen haben¹⁰⁹. Zu der föderalistischen Subsidiarität des VwVfG kommen die fachliche Subsidiarität gegenüber spezialgesetzli-

105 *Schaefer* (Fn. 93), S. 68.

106 Siehe unten B. II.

107 *Wieacker* (Fn. 104), *Privatrechtsgeschichte*, S. 475. Zur Aufgabe des Dogmas der Lückenlosigkeit von Kodifikationen *Bühler*, *Gewohnheitsrecht – Enquête – Kodifikation*, 1977, S. 115 ff.

108 Wie hier *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 1. A.A. (Gesamtkodifikation) *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 57. Zu Unrecht dem VwVfG jede Kodifikationsqualität absprechend *Lässig* (Fn. 29), Einleitung Rn. 4.

109 *Klappstein* (Fn. 19), S. 40 ff.; *Klappstein/von Unruh* (Fn. 3), S. 136 ff.

chem Verfahrensrecht (§ 1 Abs. 1 letzter Hs., § 1 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. VwVfG bzw. entsprechendes Landesrecht)¹¹⁰ und die Ausgrenzung insbesondere der Finanz- und Sozialverwaltung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 VwVfG) als einheitsbeeinträchtigende Faktoren. Des Weiteren werden von den §§ 9 ff. VwVfG grundsätzlich nur die Verwaltungsverfahren erfasst, die zum Erlass eines Verwaltungsakts oder zum Abschluss eines Verwaltungsvertrags führen (§ 9 VwVfG). Alle sonstigen Handlungsformen wie etwa Realakte, informelles Verwaltungshandeln oder exekutive Normsetzung werden ausgeblendet¹¹¹. Schließlich gelten die §§ 9 ff. VwVfG nur für öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Behörden. Ausgegrenzt sind also privatrechtliches Handeln der Verwaltung (Fiskalverwaltung, erwerbswirtschaftliche Betätigung, Verwaltungsprivatrecht, Vermögensverwaltung)¹¹² sowie Verwaltungshandlungen ohne Beteiligung von Behörden (z.B. verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Privaten)¹¹³ und Tätigkeiten von Behörden, die keine Verwaltungstätigkeit darstellen. Diese lange Verlustliste der Rechtseinheit¹¹⁴ hat in der Literatur vielfach Anlass zu – berechtigter – Kritik gegeben. Sie wird als »Ausdruck einer breiten Einbuße an äußerlicher und sachlicher Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrensrechts«¹¹⁵ empfunden. Das VwVfG stellt sich mit der Zurücknahme seines Regelungsanspruchs gleichsam freiwillig »auf ein Nebengleis der systematisch-dogmatischen Durchdringung«¹¹⁶.

- 110 *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 186 ff.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), § 1 Rn. 30 ff. Die VwVfGe der Länder haben sich ihrerseits (bis auf Berlin, Bremen, Saarland und Schleswig-Holstein) Subsidiarität gegenüber Spezialgesetzen des Landesrechts beigemessen. Spezielles Bundesrecht geht den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen gem. Art. 31 GG vor.
- 111 Einzelne LVwVfGe gehen weiter. So regelt etwa das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein ausführlich das Verfahren, welches bei dem Erlass von Rechtsverordnungen (§§ 53 ff. LVwG SH) und Satzungen (§§ 65 ff. LVwG SH) zu beachten ist.
- 112 Zum kontroversen Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur *P. Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 63 ff. (92 ff., 96 ff.).
- 113 *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), § 1 Rn. 4; § 54 Rn. 7.
- 114 Zusammengefasst bei *Schmidt-Aßmann*, *Der Anwendungsbereich des neuen Verwaltungsverfahrenrechts*, *StuGB* 1977, 9 ff.
- 115 So *Badura* (Fn. 4), § 33 Rn. 14; anders noch *ders.*, *Die gegenwärtige Diskussion über das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, *JA* 1981, 33 (34). Krit. zur Selbstbeschränkung des VwVfG auch *Hill* (Fn. 98), S. 27 ff.; *Schmitt Glaeser* (Fn. 98), S. 29 ff.; *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 5 Rn. 1; § 8 Rn. 4, 10. Die einheitsgefährdende Wirkung der föderalistischen Subsidiarität wird aber weitgehend durch § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO aufgefangen. Für die Auslegung der parallelen Bestimmungen des VwVfG, der AO und des SGB X besteht zudem die Möglichkeit zur Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes.
- 116 *Wahl* (Fn. 30), S. 85.

II. Zweite Stufe: Die Bereichskodifikationen

Rainer Wahl hat frühzeitig auf die Grenzen verwaltungsverfahrenrechtlicher Gesamtkodifikationen hingewiesen¹¹⁷. Mittlerweile entspricht es einer weit geteilten, wenngleich keineswegs unbestrittenen¹¹⁸ Erkenntnis, dass eine Beschränkung des Gesetzgebers auf die höchste Abstraktionsebene Gefahr läuft, die »zweite Problemschicht des Verfahrensrechts« zu vernachlässigen, »in der die konkreten Verfahrensordnungen unter der Einwirkung derjenigen materiellen (Interessen)Konflikte und Sachlagen, zu deren Bewältigung sie »dienen«, einen je besonderen Inhalt annehmen«¹¹⁹. Kodifizierung darf nicht zu fruchtlosen normativen Luftschlössern führen, sondern bedarf einer gewissen Bodenhaftung, um Wirklichkeits- und Problemadäquanz sowie Bestimmtheit zu gewährleisten und der Mannigfaltigkeit der Tatbestände und deren Sachgesetzmäßigkeiten gerecht zu werden. Es bedarf daher der, harmonisch auf die höchste Regulierungsebene abgestimmten, Begriffs- und Systembildung auch auf einer mittleren Ebene der Konkretisierung¹²⁰. Hierfür bieten sich zwei Regelungsansätze an: Die Auffächerung der Generalkodifikation in einem zweiten, besonderen Teil, in dem sektorale Verfahrensarten ihren Platz finden sowie die integrative Berücksichtigung sonstiger, sektoraler Abweichungen durch Sonderregelungen (interne Lösung) oder die Ergänzung der Generalkodifikation durch eigenständige Bereichskodifikationen (externe Lösung). Bislang hat der Gesetzgeber den zweiten Weg bevorzugt und operiert mit ausgliederten Bereichskodifikationen.

Bereichskodifikationen schnüren verallgemeinerungsfähige Regeln, Prinzipien und Begriffe eines eigenständigen Rechtsgebiets zu einer in sich stimmigen Gesamtregelung zusammen und ziehen sie aus der niedrigeren Stufe des speziellen Gesetzes hoch auf eine mittlere Regulierungsebene. Das derart kodifizierte sektorale Verwaltungsverfahrenrecht ist prädestiniert, Regelungsimpulse und Interessenbalancierungen sowohl des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts wie des konkreten materiellen Verwaltungsrechts auf-

117 Grundlegend *Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (174); *ders.*, Vereinheitlichung oder bereichsspezifisches Verwaltungsverfahrenrecht, in: Blümel (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984, S. 19 (32 ff., 38 ff.); *ders.* (Fn. 30), S. 86 ff.; ähnlich *Pietzcker*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193 (209 f.); ähnlich bereits in der Tendenz *Bettermann* (Fn. 15), S. 143, 148 ff., *passim*.

118 A.A. *Erichsen*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 41 (1983), 278 (278 f.); *Hufen* (Fn. 31), Rn. 41 ff.; *Wilke*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 41 (1983), 253 f.

119 *Wahl* (Fn. 30), S. 86.

120 Dazu *Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Die Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, 1993, S. 177 ff.

zunehmen und für den jeweiligen Verwaltungszweig zu reformulieren. Dadurch dringt das allgemeine »Verfahrensrecht erst zu der ihm abverlangten Sachzugewandtheit vor«¹²¹. Die übergeordneten allgemein-verwaltungsrechtlichen Kernstrukturen, z.B. der Verwaltungsaktsbegriff¹²², müssen bei dieser Aufnahme- und Ausformungsprozedur unangetastet bleiben¹²³. Dies gilt umso mehr, als es besonders die Regelungen der Generalkodifikation sind, welche eine sachliche Nähe zu den verfassungsrechtlichen Determinanten, allen voran zum Rechtsstaatsprinzip und zur verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte¹²⁴ aufweisen.

Die Bereichskodifikation hat eine Zwitterstellung. Maßgeblich ist die jeweilige Perspektive des Betrachters. Mit Blick nach unten (auf die vereinheitlichten Fachgesetze) handelt es sich um eine Kodifikation, da eine harmonisierende Wirkung, wenn auch auf einem gegenständlich beschränkten Sektor, entfaltet wird. Mit Blick nach oben (auf das VwVfG) handelt es sich um Sonderrecht¹²⁵, versteht man hierunter – im Sinne einer formellen Abgrenzung – alle spezialgesetzlichen Verfahrensregelungen mit Standort außerhalb des VwVfG. Gerade unter dem zuletzt genannten Gesichtspunkt bedürfen bereichsspezifische Kodifikationen, welche zudem einem höheren, dem Einheitsgedanken abträglichen Klienteldruck¹²⁶ ausgesetzt sind, einer sorgsam und restriktiven Bedarfsprüfung.¹²⁷

121 *Wahl*, VVDStRL 41 (1983), 151 (172).

122 Vgl. §§ 31 SGB X, 118 AO, die mit § 35 VwVfG völlig übereinstimmen.

123 *Schmidt-Preuß*, Das Allgemeine des Verwaltungsrechts, in: FS für Hartmut Maurer, 2001, S. 777 (780, 783 f.).

124 Zu der verfassungsrechtlichen Prägung des allgemeinen Verwaltungsrechts siehe *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 27 ff., 33 ff.; *Ehlers*, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl 1983, 422 (425 ff.); *Häberle*, Verfassungsprinzipien »im«¹²⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz, in: FS Boorberg Verlag, 1977, S. 47 ff.; *Hill* (Fn. 5), S. 227 ff., 332 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Die Grundgedanken des Verwaltungsverfahrens und das neue Verwaltungsverfahrensgesetz, Jura 1979, 505 (506 ff.); monographisch *Kopp*, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensgesetz, 1970.

125 Den Sonderrechtscharakter der Bereichsregelungen herausstellend und daher kritisch *Breuer*, Empfiehlt es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, Gutachten B für den 59. DJT, 1992, B 62 f., 68 ff. (71), 82 ff. (83); *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1242 f.); *Ule*, Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch. 76 (1985), 129 (143 ff.); *Weinl*, Einheitliche Vorhabensgenehmigung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen?, UPR 2001, 46 (47).

126 Zum Widerstand der »Fachstände« gegen Vereinheitlichungsbestrebungen am Beispiel des Umweltrechts zutreffend *Bohne*, Das Umweltrecht – ein »irreguläre aliquod corpus et monstro simile«, in: H.-J. Koch (Hrsg.), Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch, 1992, S. 181 (194 ff.); *Sendler*, Brauchen wir ein Umweltgesetzbuch (UGB)? Wenn ja: Wie sollte es aussehen?, DVBl 1992, 1113 (1115).

127 In diese Richtung zielt die Sorge von *Hufen* (Fn. 31), Rn. 45, der ein »Rennen zwischen »Hase und Igel« erwartet: »Macht sich der Gesetzgeber zum »Detaillierungshasen«, dann wartet unausweichlich der Igel des nächsten Spezialproblems und die nächste Spezial-Lobby mit Änderungswünschen auf ihn«.

Bereichskodifikationen par excellence verkörpern das Sozialgesetzbuch X (SGB X)¹²⁸ und die Abgabenordnung (AO 1977)¹²⁹, welchen vorbehaltlich besonderer Regelungen die Funktion einer Kodifikation des Sozialverfahrensrechts bzw. des Steuerverfahrensrechts zukommt. Der kodifikatorische Charakter zeigt sich am Beispiel des SGB X etwa allein daran, dass mit diesem Gesetz und dem SGB I eine bis dahin unsystematisch in circa dreißig Einzelgesetzen zersplitterte Rechtsmaterie zusammengefasst wurde¹³⁰.

III. Dritte Stufe: Das Sonderrecht

Zahlreiche verwaltungsverfahrenrechtliche Regelungen sind über die bundes- und landesrechtlichen Bestimmungen des Besonderen Verwaltungsrechts verstreut. Sie können die Form von Parlamentsgesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften oder Richterrecht annehmen. Beispielhaft sei hier nur auf das Baurecht¹³¹ hingewiesen, welches mit den §§ 207 ff. BauGB vom allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht abweichende bzw. dieses ergänzende prozedurale Vorschriften bereithält, mit den §§ 2 ff. BauGB¹³² Sonderbestimmungen über das Verfahren beim Satzungserlass (einschließlich der Fehlerfolgen, §§ 214 ff. BauGB) trifft und mit den §§ 11, 12, 124 BauGB *leges speciales* zu den §§ 54 ff. VwVfG¹³³ vorsieht. Nicht zuletzt wird in den Landesbauordnungen das Verfahren bei der Erteilung von Baugenehmigungen statuiert¹³⁴.

128 Sozialgesetzbuch – Verwaltungsverfahren – v. 18.8.1980, BGBl I S. 1469; allg. *Bielefeld*, Das soziale Verfahrensrecht des SGB X, 1997; *Schaaf*, Das sozialrechtliche Verwaltungsverfahren, 1998; *Waltermann*, Sozialrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 561 ff.

129 BGBl I S. 613.

130 *Pitschas*, Das Verwaltungsverfahren nach dem Sozialgesetzbuch, JuS 1983, 434 (434); krit. zum SGB X als einer bloßen Gesetzessammlung mit zahlreichen handwerklichen Mängeln *Merten*, Die Vereinheitlichung des Sozialrechts und die Kodifikation des Sozialgesetzbuchs, VSSR 2 (1974), 324 (338 ff., 343 f.); allgemein *Zacher*, Die Kodifikation des deutschen Sozialrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, in: FS für Maurer, 2001, S. 1229 ff.

131 Sonstige wichtige spezialgesetzliche Regelungen finden sich etwa für das Immissionschutzrecht in §§ 8 ff. BImSchG i.V.m. der 9. BImSchV, für das Atomrecht in §§ 7 ff. AtG i.V.m. der AtVfV, für das Wasserrecht in §§ 4 ff. WHG, für das Gentechnikrecht in §§ 11 f. GenTG i.V.m. GenTVfV, für das Sozialrecht in §§ 114 ff. BSHG, für das Ausländerrecht in §§ 63 ff. AuslG und dem AsylVfG, für das Gaststättenrecht stellv. in § 3 HessGastVO, für das Ordnungsrecht stellv. in §§ 71 ff. HessSOG und für das Kommunalrecht stellv. in §§ 5 ff. HessGO.

132 Das BauGB stellt keine (Bereichs)Kodifikation dar. Hierfür bleiben zu wichtige Regelungsbereiche außen vor (vgl. etwa die Spezialmaterien der Baunutzungsverordnung, der Wertermittlungsverordnung oder des Bauordnungsrechts); wie hier *Breuer* (Fn. 125), S. B 41; *Schlichter*, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl. 1995, Einführung Rn. 33, 74; a.A. *E.E. Hirsch*, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, 1966, S. 148.

133 Siehe dazu *Krebs*, Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: Ehlers/ders. (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, S. 41 ff.

134 Vgl. repräsentativ §§ 64 ff. HessBO.

Sonderrecht intendiert die problem- und sachadäquate, möglichst präzise und differenzierte Regelung bestimmter Gegenstände. Auf diese Weise trägt es der Vielgestaltigkeit und Heterogenität der Verwaltungsrealität Rechnung, was für eine auf Differenziertheit und Einzelfallgerechtigkeit angelegte Rechtsordnung unabdingbar ist. Das Besondere Verwaltungsrecht mit seinen, mehr oder weniger ausgeprägten, verfahrensrechtlichen Einsprengseln ist – im Gegensatz zum Allgemeinen Verwaltungsrecht – weniger durch eine Systematisierungs-, Strukturierungs- und Ordnungsfunktion, als durch eine »operative Problemlösungsfunktion« gekennzeichnet: »Es zielt auf die *fachlich determinierte administrative Entscheidung im konkreten Konfliktfall* ab.«¹³⁵

C. Bedeutung und Tragfähigkeit der Kodifikationsidee in der Gegenwart

I. Funktionen der Kodifikation

1. Rechtsvereinheitlichungsfunktion

Oberste Funktion einer jeden Kodifikation ist es, einen Beitrag zur Systembildung im Recht zu leisten. Kodifikationen lassen es sich in besonderer Weise angelegen sein, »der Rechtsanwendung in Verwaltung und Justiz Ausrichtung und Gleichmaß (zu) vermitteln«¹³⁶, indem sie mithilfe, Unübersichtlichkeit, Unabgestimmtheit und Widersprüchlichkeit zu überwinden und durch konsistente Regeln, Begriffe und Institute Rationalität und Kohärenz zu bewirken¹³⁷. Dies ist umso wichtiger, als viele Ungereimtheiten, Parallelitäten und Redundanzen der Rechtsordnung durch historische Zufälle¹³⁸ und Ressortpartikularismen, nicht aber durch sachliche Notwendigkeiten bedingt

135 Schmidt-Preuß (Fn. 123), S. 778 (Hervorhebungen im Original); vgl. auch Groß, Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2/1999, 57 ff.; Schmidt-Aßmann, Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 27 (1994), 137 ff.

136 So beschreibt Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: HStR, Bd. 1, 1995, § 24 Rn. 75, das Mandat eines systematisch betriebenen Verwaltungsrechts. Grundlegend zur Systembildung im Recht Canaris, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl. 1983; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, S. 1 ff.

137 Vorausschauend von Mohl, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Bd. 2, 1862, S. 456 ff. (462 f.).

138 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 197; allg. Schulze-Fielitz, Verwaltungsrechtsdogmatik als Prozess der Ungleichzeitigkeit, Die Verwaltung 27 (1994), 277 ff.

sind¹³⁹. Kodifikationen fassen Einzelregelungen zusammen und verklammern diese zu einem Ganzen. Dadurch gewährleisten sie die innere Harmonisierung des Fachrechts¹⁴⁰. Kodifikationen vereinheitlichen überdies zahlreiche, zum Teil weit verstreute Einzelnormen, ungeschriebene Rechtsvorschriften, allgemeine Rechtsgrundsätze, Lehrmeinungen und Richterrecht¹⁴¹. Auf diese Weise garantieren sie ein Mindestmaß an Homogenität und an stimmigen Grundstrukturen, welche fachgebietsübergreifend gelten. Fragmentarisches, unübersichtliches Recht wird so in gebündelter Form schriftlich festgehalten und systematisch geordnet für jedermann unter erleichterten Bedingungen zugänglich gemacht. Zugleich wird dadurch die häufig eher wildwüchsige Entwicklung einer Rechtsmaterie in ein geordnetes Wachstum überführt¹⁴². Hierdurch wird dem Bedürfnis nach Standardisierung von Massenvorgängen im Rechtsverkehr entsprochen.

2. Deregulierungsfunktion

Kodifikationen sind ein wesentlicher Beitrag zur »Deregulierung durch Regulierung«. Bereits der Plan einer Kodifikation zwingt alle am Gesetzgebungsverfahren beteiligten staatlichen und gesellschaftlichen Akteure zur »Selbstbesinnung, Standortbestimmung und Überprüfung eingeschliffener Gedankengänge«¹⁴³. Das Ergebnis ist eine Entschlackung des Rechts. Die Deregulierungsfunktion von Kodifikationen ist unverzichtbar, denn die Beschleunigungsgesetzgebung der letzten Jahre kann ihre dynamisierende Wirkung erst dann zur vollen Entfaltung bringen, wenn ergänzend eine grundlegende Rechtsbereinigung von Sondervorschriften des Bundes und der Länder¹⁴⁴ sowie der Erlass bereichsspezifischer Kodifikationen hinzutreten. Beides stellt einen wesentlichen Beitrag im Sinne des Effizienzprinzips (§ 10 S. 2 VwVfG)¹⁴⁵ dar.

139 So für das Umweltrecht mit anschaulichen Beispielen *Sendler*, Systematisierung des Umweltrechts: Grundlage einer effektiven Anwendbarkeit, GS für Hartkopf, 2000, S. 185 ff.; insbesondere zum disparaten vorhabenbezogenen Zulassungsrecht *Lübbe-Wolff*, Anforderungen an das Umweltgesetzbuch – Zum UGB-Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission –, ZÄU 1998, 43 (46).

140 *Schmidt-Preuß* (Fn. 123), S. 778, 780.

141 Begründung zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 28 ff.; *Klappstein* (Fn. 19), S. 35 ff.; *Scheuner*, Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit, DÖV 1960, 601 (608 f.).

142 *E. Rehinder*, Argumente für die Kodifikation des deutschen Umweltrechts, UPR 1995, 361 (362); *Schulze-Fielitz* (Fn. 95), S. 200 ff.

143 *Hans Meyer*, Verwaltungsverfahren und Sozialgesetzbuch, ZRP 1979, 105 (107).

144 Hervorgehoben von *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 6, 11, 16, 249, passim.

145 Dazu die Beiträge in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998.

3. Innovationsfunktion

Kodifikationen sind nicht nur Zusammenfassungen des normativen Ist-Zustands. Kodifikationen sind stets auch auf eine systematische Modernisierung und Fortentwicklung des geltenden Rechts gerichtet. Gerade dadurch heben sie sich von bloßen Kompilationen (Gesetzessammlungen) ab. Kodifikationsgesetze sind »mit einer rechtssystematischen Rechtsvereinigung vereinigte(n) Reformgesetze« (*Helmuth Schulze-Fielitz*)¹⁴⁶. Neue Institute und Begriffe können etabliert werden, bislang in Sektoren erprobte Instrumente können auf eine höhere Regulierungsstufe gehoben werden. Die Folge ist eine behutsame Innovation¹⁴⁷, welche auf gewachsenen Strukturen aufbauen und diese nicht umstürzen wird¹⁴⁸. Beispielhaft lässt sich das Vorhaben eines Umweltgesetzbuchs (UGB) anführen, welches mit beachtlichen innovativen Elementen wie der Vorhabengenehmigung, dem integrativen, medienübergreifenden Ansatz, der altruistischen Verbandsklage, der Aufwertung der Öffentlichkeit, der Erweiterung des Drittschutzes und der Rücknahme richterlicher Kontrolldichte aufwartet. Über lange Zeiträume und am Ende häufig ohne weiteren Erkenntnisfortschritt geführte rechtspolitische Diskussionen können auf diese Weise durch einen Schnitt des Gesetzgebers (vorerst) beendet und einem konkreten Ergebnis zugeführt werden.

4. Akzeptanz- und Effektivierungsfunktion

Kodifikationen machen das Recht klarer, verständlicher und rücken es näher an die Adressaten in Staat und Gesellschaft heran. Dies gilt zumal für juristische Laien, etwa Techniker und Ingenieure, die mit dem Vollzug des Umweltrechts beschäftigt sind. Das Recht erfährt hierdurch ein Mehr an Transparenz, Stetigkeit und Verlässlichkeit und letztlich mehr Akzeptanz¹⁴⁹, da sowohl die Berechtigten als auch die Verpflichteten gleichermaßen an Rechtssicherheit interessiert sind¹⁵⁰. Zur Feststellung des Rechts ist nicht mehr das umfangreiche, aufwendige Studium von Spezialgesetzen, Kommentaren und Entschei-

146 *Schulze-Fielitz* (Fn. 95), S. 91 ff. (94).

147 Zum Begriff *Hoffmann-Riem*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 9 (13); *Schulze-Fielitz*, *Instrumente der Innovationssteuerung durch Öffentliches Recht – insbesondere im Umweltrecht*, in: Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, 1998, S. 291 (292 ff.).

148 *Sendler*, *Innovation und Beharrung im Kommissions-Entwurf*, in: *Bohne* (Hrsg.), *Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfähigkeit in Wirtschaft und Verwaltung?*, 1999, S. 26 ff., 30 ff., 53.

149 *Hill*, *Akzeptanz des Rechts – Notwendigkeit eines besseren Politikmanagements*, JZ 1988, 377 ff.; *Würtenberger*, *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996; *ders.*, *Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren*, NJW 1991, 257 ff.

150 *Bachof*, *Das Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtslehre*, JZ 1951, 538 (540).

dungssammlungen erforderlich, sondern genügt idealiter die Konsultation einer einzigen Rechtsquelle, ggf. unter Heranziehung eines Kommentars. Hierdurch kann sich die durch die Konfrontation mit einer Gesetzesflut erzeugte Rechtsfremdheit des Lebens verringern, wenngleich dieser Zugewinn nicht selten erkaufte wird um den Preis des durch die Abstraktheit und die Systematik der Kodifikation bedingten Gefühls der Lebensfremdheit des Rechts¹⁵¹. Das Beispiel des Bürgerlichen Gesetzbuchs zeigt diese Ambivalenz besonders anschaulich. Ungeachtet der folglich angezeigten Skepsis gegenüber einer überhöhten Erwartung von Bürgernähe¹⁵² prägen Kodifikationen unter dem Strich die Rechtskultur positiv und vermehren die Chancen des Rechts, im Alltag Beachtung zu finden. Sie fördern damit in der Tendenz einen Abbau des Vollzugsdefizits und eine Effektivierung der Rechtsordnung¹⁵³.

5. Orientierungs- und Stabilisierungsfunktion

Eine Kodifikation liefert einen Vorrat an gespeichertem rechtlichen Erfahrungswissen und fungiert als intellektueller Brennpunkt bei der Formulierung anderer Kodifikationen und fachgesetzlicher Regelungen. Dies lässt sich am Beispiel des VwVfG verdeutlichen. Es wirkte als Leitbild für die Erarbeitung der Landesverwaltungsverfahrensgesetze und der bereichsspezifischen Kodifikationen des Sozial- und Abgabenrechts. Es wirkt aber auch als Grundlinien vorzeichnender Rahmen für die sondergesetzliche Erschließung eines Sachbereichs. Dies unterstreichen exemplarisch die §§ 72 ff. (L)VwVfG, an denen die Komplementärregelungen der §§ 17 ff. FStrG, §§ 14 ff. WaStrG, §§ 18 ff. AEG, §§ 28 ff. PBefG, §§ 8 ff. LuftVG bzw. landesrechtliche Sondervorschriften¹⁵⁴ in den wesentlichen Grundzügen angelehnt sind¹⁵⁵. Kodifikationen zeigen die funktionalen Zusammenhänge auf, in denen das Singuläre steht. So liefert etwa das Umweltgesetzbuch eine langfristige Vision, eine Ordnungsidee¹⁵⁶ mit prägender Wirkung für die weitere Gestaltung der gesamten Umweltordnung, indem auch zukünftige Regelungen bereits jetzt ihren, gleichsam virtuellen, Platz angewiesen bekommen, an dem sie sich später systematisch einfügen werden. Im konkreten Fall des UGB bedeutet dies die

151 Gerade die großen Kodifikationen wie das BGB, das VwVfG oder das geplante UGB eignen sich nicht als tägliche Volksfißeln. Sie sind für den Nicht-Juristen ohne fachlichen Rat kaum verständlich.

152 *Schulze-Fielitz* (Fn. 95), S. 202.

153 *Moderate Erwartungshaltung* insoweit bei *Sendler*, DVBl 1992, 1113 (1117).

154 Vgl. z.B. §§ 33 ff. HessStraßenG; vgl. aber etwa auch die Abweichung aufgrund von § 107 Abs. 1 HessWasserG.

155 *Maurer* (Fn. 64), § 19 Rn. 5.

156 *Grundlegend zum Verwaltungsverfahren als Realvorgang und Ordnungsidee Schmidt-Aßmann*, in: *Lerche/Schmitt Glaeser/ders.* (Fn. 44), S. 1 (6 ff.).

grundlegende Umstellung von einer Politik des punktuellen, peripheren und repressiven Eingriffs auf eine Politik der umfassenden, nachhaltigen Vorsorge und Bewirtschaftung¹⁵⁷. Über die leitende, orientierungsstiftende Wirkung kommt den Kodifikationen eine Stabilisierungsfunktion zu. Kodifikationen eignen in besonderer Weise ein konservativer Zug. Sie wollen dauerhaft gelten, ethische respektive verfassungsrechtliche Werte etablieren und Prinzipien herausstellen.¹⁵⁸ Sie weisen damit über das eher rechtstechnisch ansetzende, nicht selten kompasslose Plan- und Zweckgesetz («Situationsrecht») hinaus, welches dem Bürger subjektiv als Instrument zur Durchsetzung gleichsam beliebiger Zwecke gegenübertritt¹⁵⁹.

6. Entlastungsfunktion

Kodifikationen entheben den (zukünftigen) Gesetzgeber von der Notwendigkeit zur umfassenden Regelung sämtlicher besonderen Fragen und machen das Recht »resistent gegenüber eilfertigen, von zuweilen flüchtigen Kompromissen getragenen Neuregelungsbemühungen«¹⁶⁰. Sie vereinfachen das Verwaltungshandeln, indem sie der Administrative einheitliche und zuverlässige Regeln an die Hand geben, welche einen raschen und unproblematischen Zugriff zulassen. Die Verwaltung muss sich nicht erst auf die Suche nach dem konkret einschlägigen Regelwerk begeben. Auch die Rechtsprechung wird entlastet, da ihr die Arbeit an der Konkretisierung von Verfassungsrecht durch Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze und an der Lückenschließung, jedenfalls teilweise, abgenommen wird und eine Kodifikation überdies zur Klärung von Streitfragen beitragen kann.

7. Maßstabsfunktion

Kodifikationen wirken über ihren engeren sachlichen Anwendungsbereich hinaus und entfalten mittelbar eine maßstabsetzende Kraft, indem sie als Grundlage für die wissenschaftliche Durchdringung, dogmatische Erschließung und nachfolgende Gesetzgebung¹⁶¹ dienen. Zuvörderst fungieren sie als Anknüpfungspunkte für die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze durch Wissenschaft und Rechtsprechung, als Basis für Analogiebildungen sowie als Maßstab für die Auslegung und Anwendung des sonstigen Rechts,

157 Ähnlich *Lübbe-Wolff*, ZAU 1998, 43 (60 f.).

158 Allgemein in diesem Sinne *Hans Huber*, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in: FG für Zaccaria Giacometti, 1952, S. 59 (81 f.).

159 *Hans Huber* (Fn. 158), S. 79 ff.; *Zeuner*, Rechtskultur und Spezialisierung, JZ 1997, 480 (481, 484).

160 *Kloepfer*, Informationsgesetzbuch – Zukunftsvision?, K & R 1999, 241 (243).

161 So wurde bereits bei der Erarbeitung der AO und – in abgeschwächter Form – des SGB X auf eine möglichst weitgehende Übereinstimmung mit dem VwVfG geachtet.

insbesondere als Richtschnur für die Ermessensausübung¹⁶². So wird beim privatrechtlichen Verwaltungshandeln, wie am Beispiel der öffentlichen Auftragsvergabe gezeigt wurde¹⁶³, zu Recht die analoge Anwendung wesentlicher Grundgedanken des VwVfG bzw. die Auslegung von Generalklauseln des Zivilrechts im Lichte des VwVfG vorgeschlagen. Auch werden die Vorschriften des VwVfG beim Verwaltungshandeln ohne Behördenbeteiligung oder beim Verwaltungshandeln außerhalb des Verwaltungsakts und des Verwaltungsvertrags zum Teil entsprechend herangezogen¹⁶⁴.

8. Modellfunktion

Kodifikationen können zum einen *intern* im Bund-Länder-Verhältnis eine Modellfunktion entfalten. Sie können aber auch *extern* als Muster für Kodifikationsvorhaben im Ausland dienen¹⁶⁵, stellen sich doch bei der Kodifizierung des Verwaltungsverfahrenrechts zumeist weitgehend vergleichbare, von den Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen unabhängige Probleme, mögen auch die Lösungen teilweise unterschiedlich ausfallen¹⁶⁶.

Eine besondere Aufgeschlossenheit gegenüber der Kodifikationsidee zeigt insbesondere¹⁶⁷ der deutschsprachige Rechtskreis, zumal die Nachbarländer Österreich¹⁶⁸ und Schweiz¹⁶⁹. Die dortigen Gesetzbücher zum Verwaltungs-

162 BR-Drucks. 286/73, S. 21; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 41 f.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 31), S. 5.

163 Siehe oben A. III. 2 b).

164 Für Rechtsverordnungen etwa *Ossenbühl*, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805 ff.; für privatrechtliches Handeln zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben *H.C. Röhl*, Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch. 86 (1995), 531 (559 f.); *von Zezschwitz*, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, 1873 ff.; für tatsächliches Verwaltungshandeln *Robbers*, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272 ff.; für Verwaltungshandeln ohne Beteiligung von Behörden *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), § 1 Rn. 4; § 54 Rn. 7. Siehe allgemein *P. Stelkens/Schmitz* (Fn. 112), § 1 Rn. 92 ff., 96 ff., 130 ff. (für eine Prüfung im Einzelfall, ob die konkrete Norm Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist) einerseits und *Kopp/Ramsauer*, ebd., Einleitung Rn. 41 ff.; *Pitschas* (Fn. 30), S. 632 f. (für generelle Anwendbarkeit des VwVfG) andererseits.

165 Siehe dazu, wenngleich in Teilen inaktuell, *Ule/Becker/König* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetze des Auslandes, 2 Bde., 1967. Vom VwVfG als einem »Exportschlager« spricht *Wahl* (Fn. 30), S. 84; zustimmend *Hufen* (Fn. 31), Rn. 1.

166 *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 4 Rn. 8, die eine weitgehende Homogenität aller Verwaltungsverfahrensgesetze hinsichtlich des generellen Aufbaus konstatieren. Beispielfhaft lässt sich auch auf das deutsche UGB verweisen. Käme dieses zustande, so ginge hiervon eine wichtige Vorbildwirkung für das europäische Umweltrecht aus; ebenso *Sendler*, Kommissionsentwurf zum Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) und Europarecht, in: *Erbguth* (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts: Stand und Perspektiven, 2001, S. 17 (19); vgl. auch *Rengeling*, Ein europäisches Umweltgesetz: Utopie oder Vision?, in: *Dolde* (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 171 ff.

167 Hinzuweisen ist überdies auf Spanien, das bereits 1889 ein allgemeines Verwaltungsverfahren-Rahmengesetz (*Ley de Bases sobre el Procedimiento Administrativo*) verabschiedet hat. Hierbei handelt es sich um das erste Verwaltungsverfahrensgesetz Europas.

168 Siehe oben Fn. 7 f.

169 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren v. 20.12.1968, AS 1969 S. 737.

verfahren sind ihrerseits in Mittel- und Osteuropa von jeher auf großes Interesse gestoßen. Dies trifft vor allem auf Polen zu, das aufbauend auf der, unter österreichischem Einfluss entstandenen, Verfügung des Präsidenten über das Verwaltungsverfahrensgesetzbuch vom 22.3.1928 am 14.6.1960¹⁷⁰ ein Verwaltungsverfahrensgesetzbuch erlassen hat. Dieses wurde im Jahr 1980¹⁷¹ ergänzt und zuletzt 1990¹⁷² geändert. Das polnische Verwaltungsverfahrensgesetz entspricht ganz dem westlichen Standard¹⁷³. Aber auch im fernöstlichen Raum, etwa in Japan¹⁷⁴ und Taiwan, wird die deutsche Gesetzgebung zum Verwaltungsverfahren mit großem Interesse wahrgenommen.

In Italien scheiterten zunächst Versuche, das Verwaltungsverfahren einer einheitlichen gesetzlichen Regelung zuzuführen. Die Diskussion um eine Kodifizierung wurde dann aber anlässlich der Verabschiedung des VwVfG wieder aufgegriffen. Am 7.8.1990 wurde ein Gesetz mit dem Titel »Neue Normen zum Verwaltungsverfahren und zum Recht auf Zugang zu Verwaltungsdokumenten«¹⁷⁵ erlassen. Es regelt das Verwaltungsverfahren nicht vollständig, sondern enthält nur einige Grundsätze und Regeln des Verwaltungshandelns¹⁷⁶. In Frankreich fehlt bislang ein einheitliches Gesetzbuch zum Verwaltungsverfahren¹⁷⁷. Dort existieren lediglich einige Spezialregelungen wie das Gesetz über die Einsicht in Verwaltungsunterlagen oder das Gesetz über die Begründungspflicht beim Erlass von Verwaltungsmaßnahmen. Es gibt zwar einen »Code administratif«, hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Textsammlung nach analytischen und alphabetischen Gesichtspunkten, aber nicht um ein geschlossenes, vollständiges Regelwerk¹⁷⁸. Von 1996 bis 2000 hat Frankreich ein Programm durchgeführt mit dem Ziel, die vorhandenen Gesetze über die Akteneinsicht, die Begründung von Verwaltungsakten, die öffentliche Anhörung sowie die Behandlung von Widersprüchen in einem »Code de procédure administrative non contentieuse« zu sammeln und ohne

170 GBl Nr. 30.

171 GBl Nr. 4.

172 GBl Nr. 34.

173 Vgl. *Schnapp/Wasilewski*, Das polnische Verwaltungsverfahrensgesetzbuch, *VerwArch.* 83 (1992), 409 ff.; zur EG-Rechtskonformität polnischen Verwaltungsverfahrensgesetzes *Skóra*, *Polska procedura administracyjna w świetle standardów europejskich*, *Rzeczpospolita Europejskiego* 1 (5) 1999, 61 ff.

174 Siehe *Shiono*, Anmerkungen zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in Japan, *VerwArch.* 84 (1993), 45 ff.; Text des Gesetzentwurfs, ebd., S. 56 ff.; *Bullinger*, Wirtschaftliche Zwecke und rechtliche Neuerungen des bevorstehenden japanischen Verwaltungsverfahrensgesetzes, ebd., S. 65 ff.

175 Zit. nach *H. Hahn*, Der italienische Verwaltungsakt im Lichte des Verwaltungsverfahrensgesetzes v. 7. August 1990 (Nr. 241/90), 1998, S. 189 ff.

176 *Mascusi*, Das Verwaltungsverfahren in Italien (Die Bausteine des Gesetzes Nr. 241/1990), *AöR* 121 (1996), 261 (263 ff.).

177 *Guizemanes*, Introduction au droit français, 1995, S. 88; *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, Rn. 53; zur französischen Skepsis gegenüber der Kodifikationsidee *Sommermann*, Konvergenzen im Verwaltungsverfahrensgesetz- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, *DÖV* 2002, 133 (137).

178 *Guizemanes* (Fn. 177), S. 88; *Riviero/Waline*, *Droit administratif*, 17. Aufl. 1998, S. 64.

wesentliche inhaltliche Änderungen zu systematisieren. Da die französische Rechtssprache die deutsche Unterscheidung zwischen Gesetz und Gesetzbuch nicht kennt, ist allerdings mit »code« – als Gegenbegriff zu »loi« (Einzengesetz) – erneut nur eine Kompilation gemeint¹⁷⁹.

Während die Vorbildwirkung des VwVfG im kontinentaleuropäischen Ausland insgesamt als hoch zu veranschlagen ist¹⁸⁰, kann dies für das, traditionell am Common Law orientierte und insofern einen gewissen Gegenpol formierende, angloamerikanische Recht nicht in gleichem Maße gelten¹⁸¹. Das Gesetz ist dort nur eine zweitrangige Rechtsquelle mit der Funktion einer Anpassung, Berichtigung und Ergänzung des case law¹⁸². Lange Zeit war umstritten, ob das Verwaltungsrecht überhaupt als eigenständiges Rechtsgebiet anerkannt werden kann¹⁸³, wenngleich dies mittlerweile als gesichert gelten kann¹⁸⁴. Doch auch im angloamerikanischen Rechtskreis nimmt die Bedeutung des Gesetzes zu. In der Literatur wird eine schrittweise wechselseitige Annäherung der kontinentaleuropäischen und der angloamerikanischen Rechtsordnungen beobachtet¹⁸⁵. Im Vereinigten Königreich, in dem eine einheitliche Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts bis heute fehlt, gewinnen die Consolidation Acts, welche Einzelmaterien des Common Law vereinheitlichen oder bereinigen, ohne neues Recht zu setzen und die Codification Acts, die Rechtsgebiete durch den Erlass neuer Normen unter Einbeziehung des statute law und der Regeln des älteren Richterrechts zusammenfassen, zunehmende Bedeutung¹⁸⁶. In den Vereinigten Staaten ist das Verwaltungsverfahren mit dem Administrative Procedure Act (APA) vom 11.6.1946¹⁸⁷ frühzeitig auf eine einheitliche Rechtsgrundlage gestellt worden.

179 *Vigouroux*, Die Kodifikation des Umweltrechts in Frankreich, DÖV 1995, 754 ff.; vgl. auch *Kromarek*, Un Code ou non? Über den UGB-Wunsch in Frankreich, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 189 ff.

180 Vgl. zum Ganzen mit Nachw. zu weiteren Kodifikationen neueren Datums (Griechenland, Portugal, Spanien, Niederlande) *Sommermann*, DÖV 2002, 133 (138 f.).

181 Für England: *Glaser*, Verfassungsrechtliche Grundprinzipien des englischen Verwaltungsrechts, DVBl 1988, 677 (682); *Shears/Stephenson*, James' Introduction to English Law, 13. Aufl. 1996, S. 6, 15; für die Vereinigten Staaten: *Jarass*, Besonderheiten des amerikanischen Verwaltungsrechts im Vergleich, DÖV 1985, 377 (377); *O. Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997, S. 23 ff.

182 *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 1988, Bd. I, S. 136 f.; *Spoerr*, Verwaltungsrechtsschutz in Großbritannien – Entwicklung und Reform, VerwArch. 82 (1991), 25 (30 f.).

183 *Glaser*, DVBl 1988, 677 (682); *Spoerr*, VerwArch. 82 (1991), 25 (27).

184 *Schwarze*, Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung in England, DÖV 1996, 771 (771).

185 *Kloepfer/Mast*, Das Umweltrecht des Auslandes, 1995, S. 313, die für das Umweltrecht von »vielfältige(n) strukturellen Gemeinsamkeiten« sprechen; *H. Schlosser* (Fn. 1), S. 257; *Stürner*, Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter?, JZ 1996, 741 (751). Vgl. auch allgemein zu Parallelen zwischen einem Kodifikat und einem statute *Motsch*, Bemerkungen zu EDV-gestützter Rechtssetzung und -anwendung, in: Rödiger (Hrsg.), Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 696 (697 f.).

186 *H. Schlosser* (Fn. 1), S. 248.

187 Zit. nach *Lawson*, Federal Administrative Law, 1998, Appendix B, S. 881 ff.; dazu *Asimov/Bonfield/Levin*, State and Federal Administrative Law, 2. Aufl. 1998, S. 3 ff.; *Klückmann*,

Der APA ist auf das Verfahren der Ausführung von Bundesgesetzen durch Bundesbehörden anwendbar. Er behandelt wesentliche Aspekte wie den Zugang der Öffentlichkeit zu Behördeninformationen, die verwaltungsrechtliche Verordnungsgebung, die verwaltungsrechtliche Einzelfallentscheidung und die gerichtliche Überprüfbarkeit von Maßnahmen. Mehr als die Hälfte der amerikanischen Einzelstaaten haben eigene Administrative Procedure Acts basierend auf dem Model State APA von 1961 und der revidierten Fassung von 1981 erlassen¹⁸⁸.

9. Rezeptionsleitungsfunktion

Kodifikationen dienen nicht nur als Modelle für andere Staaten, sie zehren ihrerseits auch von den Vorbildern ausländischer Kodifikationen, welche im Rahmen der Rechtsvergleichung Beachtung finden. So lohnt im Fall des deutschen UGB ein Blick auf die umweltrechtlichen Kodifikationen in Dänemark, Neuseeland, Schweden, der Schweiz und vor allem der Niederlande¹⁸⁹. Auch das angloamerikanische Recht erlangt wachsende Relevanz für die Rechtsfortbildung in Europa. Insgesamt zeigen sich Ansätze einer rechtskreisübergreifenden Unitarisierung, wie die Stichworte Freedom of Information Act, Umweltverträglichkeitsprüfung, Umweltinformation, Handel mit Emissionszertifikaten, Öko-Audit und ISO 14001 belegen¹⁹⁰. Gerade im Zusammenhang mit dem Ziel der Sicherung der Überlebensfähigkeit nationaler Regelungsmodelle in einem zusammenwachsenden europäischen Rechtsraum erweisen sich nationale Kodifikationen im Zweifel als anschlussfähiger und wirkmächtiger als ein, zumal für den ausländischen Betrachter, unübersichtliches, intransparentes Sonderrecht.

10. Impulsfunktion

Von Kodifikationsbestrebungen gehen erhebliche Impulse und Stimuli für Theorie und Praxis aus¹⁹¹. Sie rücken ein Rechtsgebiet verstärkt aus dem

Amerikanisches Verwaltungsverfahrensgesetz – 30 Jahre Administrative Procedure Act, DVBl 1976, 470 ff.; *Linneweber*, Einführung in das US-amerikanische Verwaltungsrecht, 1994, S. 212 ff.

188 *Asimov/Bonfield/Levin* (Fn. 186), S. 5; *Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, S. 204 f.

189 Vgl. *Bocken/Ryckbost* (Hrsg.), Codification of Environmental Law, 1996; *Kloepfer/Mast* (Fn. 184), S. 44, 108, 136, 144, 307 f., 313, 322, 323 ff., 329 ff. Allgemein zur Bedeutung der Kodifikation in den Niederlanden aus zivilrechtlicher Perspektive *Bydlinski* u.a. (Hrsg.), Renaissance der Idee der Kodifikation. Das Neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992, 1991.

190 Siehe *Bohne*, Langfristige Entwicklungstendenzen im Umwelt- und Technikrecht, in: Schmidt-Alßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 217 (222 ff.).

191 Beispielhaft für das Sozialrecht *Hans F. Zacher*, Das Sozialgesetzbuch und sein Allgemeiner Teil, BayVBl 1976, 552 (559).

Schatten (zurück) in das Rampenlicht des Interesses, sichern ihm (neue) Aktualität und Aufmerksamkeit und tragen damit zu der wissenschaftlichen Durchdringung des Rechtsgebiets bei¹⁹². So galt schon am Ende des 19. Jahrhunderts das BGB als »Zeichen des Erwachens einer fast fiebernden wissenschaftlichen Bewegung«¹⁹³. Zuletzt hat das Projekt einer Vereinheitlichung des Umweltrechts nicht nur die Zahl umweltrechtlicher Publikationen, sondern auch die Intensität und die Qualität der Fachdebatten noch einmal deutlich vorangebracht¹⁹⁴. Selbst wenn eine Kodifikation am Ende nicht zur Verabschiedung gelangt, bleiben die reichen Früchte der wissenschaftlichen Vorarbeiten und Diskussion erhalten. Die Kodifikation als Verfahren verkörpert insofern einen wichtigen Eigenwert¹⁹⁵.

II. Einwände gegen die Kodifikation

Kodifikationsvorhaben sehen sich seit jeher verschiedenen Bedenken ausgesetzt¹⁹⁶. Diese Bedenken wiegen von Fall zu Fall unterschiedlich schwer. Sie sind aber regelmäßig struktureller Natur und können daher nicht vorschnell als »heute insgesamt . . . erledigt betrachtet werden«¹⁹⁷. Sie müssen vielmehr ernstgenommen und in eine umfassende, für jedes Kodifikationsvorhaben differenziert vorzunehmende Gesamtabwägung eingestellt werden.

192 Dazu auch *Hirsch* (Fn. 132), S. 155; ausführlich *Heberlein*, Auswirkungen der Verwaltungsverfahrensgesetze auf die Dogmatik des Verwaltungsrechts, 1981, insbes. S. 580 ff.

193 *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. I, 1. Aufl. 1902, S. V.

194 Wie die Beispiele der integrierten Vorhabengenehmigung oder der Umweltleitplanung bzw. Umweltgrundlagenplanung belegen.

195 Der prozedurale Eigenwert von Kodifikationen wird zu Recht herausgestellt bei *Vofßkuhle*, Kodifikation als Prozeß – Zur Bedeutung der Kodifikationsidee in heutiger Zeit unter besonderer Berücksichtigung der Arbeiten an einem Umweltgesetzbuch, in: H. Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, 1997, S. 77 (85 ff.) mit der Unterscheidung einer Etablierungs- und Konsolidierungsfunktion, einer Vernetzungsfunktion, einer Impulsfunktion, einer Aktivierungsfunktion, einer Kooperationsfunktion sowie einer Filter- und Sedimentationsfunktion.

196 Für das Umweltrecht *Breuer* (Fn. 125), S. B 36 ff., 86 ff.; *ders.*, Das Umweltgesetzbuch – über das Problem der Kodifikation in der Gegenwart, UPR 1995, 365 ff.; für das Sozialrecht *Merten*, VSSR 2 (1974), 324 (325 ff., 328 ff., 335 ff.); allg. *Herzog*, Kodifikation, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 1316 (1317); *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 214 f.; *Zeh*, Kodifikation oder Kommunikation – Rechtsetzung in der Mediendemokratie, in: Merten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 135 ff. Eine grundsätzliche Krise der Kodifikationsidee erkennen *Esser*, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: Vogel/*ders.*, 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde. Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 13 ff.; *Kübler*, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645 ff.

197 So aber *Riedl* (Fn. 93), Einleitung Rn. 49 m.w.Nachw.

1. Zerschneidungsgefahr

Kodifikationen laufen stets Gefahr, gewachsene Regelungszusammenhänge und Sachgebiete zu zerschneiden und damit den Gesetzesvollzug zu erschweren. Unter diesem Aspekt können sie die Akzeptanz des Rechts mindern¹⁹⁸. Mit der Zerschneidung der Sachmaterien selbst geht eine, allerdings auch positiv zu bewertende, Durchtrennung bzw. Schwächung gewachsener Klientelbeziehungen zwischen den Repräsentanten organisierter Spezialinteressen und der Ministerialverwaltung einher. Allgemein kommt es zu einer Bedeutungsminderung von spezialisiertem Herrschaftswissen in der Wissenschaft, der Anwaltschaft und der Bürokratie.

2. Nivellierungsgefahr

Kodifikationen laufen Gefahr, gewachsene, sachlich bedingte Heterogenitäten gewaltsam einzuebnen. Die Unifizierung des Rechts kann überzogen werden und auf diese Weise zur Simplifizierung geraten¹⁹⁹, also zur gezwungenen, sachwidrigen Gleichbehandlung komplexer, differenter Einzelphänomene. Gefürchtet wird daher der Gesetzgeber, »der alles Mögliche und Verschiedenartige zusammenkomponiert«²⁰⁰.

3. Zementierungsgefahr

Gesetzbücher können dazu führen, dass das Recht an Flexibilität und Elastizität einbüßt. Eine solche Erstarrung erwies sich vor allem gegenüber den vorrangigen supranationalen Vorgaben als problematisch, welche »auf absehbare Zeit einen kodifikatorischen Ruhezustand wahrscheinlich nicht eintreten lassen, sondern immer wieder neue Umsetzungen im nationalen Gesetzbuch erfordern werden«²⁰¹. Die Prinzipien des Verwaltungsverfahrens könnten daher, so die aus einer Mischung von eigener Rechtswirklichkeitsperzeption und Pragmatismus gespeiste Kritik, offener und anpassungsfähiger von der Wissenschaft und der Rechtsprechung entwickelt werden²⁰². In der Realität würden die eher schwerfälligen kodifikatorischen Norminhalte ohnedies alsbald durch eine überbordende Kasuistik ausgefüllt, verändert und ergänzt, was allem Kodifikationsbemühen von vornherein etwas Vergebliches anhaften lasse.

198 *Breuer*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 1999, 5. Abschn. Rn. 56.

199 *Bettermann* (Fn. 15), S. 150.

200 *W. Weber*, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 17 (1959), 222 (223).

201 *Breuer* (Fn. 197), Rn. 56.

202 *W. Weber*, VVDStRL 17 (1959), 222 (223); zu Recht relativierend *Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Aufl. 1973, S. 162 ff. (163).

4. Überholungsgefahr

Im digitalen Technikzeitalter verdoppelt sich das auf der Welt verfügbare Wissen alle fünf Jahre. Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht in Sicht. Die Rechenkapazität der Computer verdoppelt sich alle 18 Monate. Die Kapazität der Speicherchips vervierfacht sich im gleichen Zeitraum. Zu dieser rasanten Dynamik in Sachen Informations- und Wissensgenerierung sowie -verbreitung kommen die vielfältigen Entgrenzungsvorgänge in Staat und Gesellschaft. Die Summation dieser Entwicklungen führt dazu, dass der tatsächliche und rechtliche Wandel zur bestimmenden Größe wird. Für Kodifikationen gilt dabei keine Ausnahme. Auch sie sind keine Monumente, sondern, überspitzt gesagt, Momentaufnahmen. Dies macht sie fragil, wie bereits die Beispiele des Allgemeinen Preußischen Landrechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs zeigen. Beide waren schon unmittelbar nach ihrem Inkrafttreten veraltet²⁰³. Hieraus erhellt: Die Rechtsordnung ist kein toter, sondern ein lebender Organismus, der sich permanent verändert²⁰⁴. Mit einer Kodifikation wird ein auf Stabilität und Dauer angelegter Entwurf zum Maßstab für eine auf Dynamik und Veränderung angelegte Gesellschaft gemacht. Dies muss unweigerlich zu Friktionen, zumindest aber zu Anspruchsrelativierungen führen.

5. Entföderalisierungsgefahr

Kodifikationen dürfen nicht dazu führen, die sorgsam austarierte Balance der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat (Art. 70 ff. GG) auszuhebeln, insbesondere nicht zu einer Entföderalisierung führen, indem die Wertentscheidungen der Art. 72 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 2 GG umgangen werden. Großzügig gehandhabte Institute wie Annexkompetenzen oder Mosaikkompetenzen des Bundesgesetzgebers künden von der Präsenz dieser Gefahr. Der Bund hat beispielsweise keine Gesetzgebungskompetenz für »das Umweltrecht«, was bei Spezialgesetzen (UIG, UVPG), aber vor allem bei der Schaffung eines Umweltgesetzbuchs virulent wird. Die Gesetzgebungskom-

203 H. Schlosser (Fn. 1), S. 123, 192.

204 Breuer (Fn. 125), S. B 40 f. Im Bereich des Umweltrechts etwa, das bereits jetzt weitgehend europäisiert ist (vgl. die Beiträge in: *Erbguth* [Hrsg.], *Europäisierung des nationalen Umweltrechts: Stand und Perspektiven*, 2001), stehen mit der neuen Öko-Audit-Verordnung (VO [EG] Nr. 761/2001 v. 19.3.2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung [EMAS], ABi 2001 L 114, 1), der Plan-UV-Plan-Richtlinie, der vorgesehenen Richtlinie über die Änderung der Umweltinformationsrichtlinie, der Wasserrahmenrichtlinie sowie mit den geplanten Rechtsakten zur Änderung der Umweltinformationsrichtlinie, zur Umwelthaftung, zum Recht gentechnisch veränderter Organismen, zur integrierten Produktpolitik und zur Schaffung einer EU-weiten Handelsregelung für Emissionszertifikate in absehbarer Zeit weitere strukturelle Änderungen ins Haus, an denen ein UGB nicht vorbeigehen kann. Einen Eindruck von dem ungebremsten Regelungsela der EG vermittelt das 6. Umweltaktionsprogramm, KOM (2001) 31 endg. v. 24.1.2001.

petenz des Bundes für ein UGB mit dem umfassenden Inhalt der vorliegenden Entwürfe lässt sich daher nur mit »Gesamtschauargumentationen« begründen, welche verfassungsrechtlich auf eher schwachen Füßen stehen²⁰⁵. Im Mittelpunkt der Kritik steht nicht ohne Grund die integrierte Vorhabengenehmigung, welche sich auch auf die Benutzung von Gewässern und auf Eingriffe in die Natur erstreckt. Sie stellt keine Rahmenvorschrift im Sinne von Art. 75 Abs. 2 GG mehr dar und übersteigt den Charakter einer ausnahmsweise zulässigen Detailregelung. Art. 75 Abs. 2 GG ist im Zuge der Verfassungsreform des Jahres 1994 verschärft worden, gerade um den legislativen Zugriff des Bundes auf die Länderkompetenzen zu erschweren. Sich hierüber aus ergebnisgeleitetem Denken oder unter Berufung auf dogmatisch unklare Mosaikkompetenzen hinwegzusetzen, um den verfassungsändernden Gesetzgeber zu umgehen, dem es bislang an den notwendigen Mehrheiten gebricht, kann nicht überzeugen.

Auf ähnlich gelagerte kompetenzielle Schwierigkeiten stößt der Gesetzgeber im Bereich des Informationsverwaltungsrechts. Auch ein Informationsgesetzbuch müsste aufgrund der Art. 70 ff. GG wesentliche Regelungsbereiche (Presserecht, Kernbereiche des Rundfunkrechts, Informationsverwaltung durch Landesbehörden) aussparen²⁰⁶ und träte – ohne entsprechende Verfassungsänderung – von vornherein nur mit dem Anspruch einer Teilkodifikation an.

D. Anforderungen an eine moderne Kodifikation

I. Kodifikationsbedürftigkeit und -reife

Jeder Kodifikation hat die sorgsame Prüfung voranzugehen, ob das betreffende Rechtsgebiet überhaupt kodifikationsbedürftig und kodifikationsreif ist. Dies impliziert eine Bestandsaufnahme, welche Verfahrensfragen bisher wie geregelt sind und wo es zwingende sachliche Gründe für eine Ungleichbe-

205 Gleichwohl wird eine Bundeskompetenz von der Mehrheit der Autoren bejaht. Vgl. *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kap. 1 Rn. 25; *Rengeling*, Gesetzgebungskompetenzen für den integrierten Umweltschutz, 1999; *ders.*, Die Bundeskompetenzen für das Umweltgesetzbuch I, DVBl 1998, 997 ff.

206 Vgl. *Germann/Seitz*, Elektronische Kommunikation und Öffentliches Recht, JA 2001, 727 (729 f.); *Kloepfer* (Fn. 72), S. D 90 f.; vgl. auch zu der umstrittenen und komplexen Frage der Gesetzgebungskompetenz für den Sachbereich Multimedia *ders.*, ebd., S. D 44 f. Zur bisherigen Splittungslösung siehe nur das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz v. 22.7.1997, BGBl I S. 1870 einerseits und den Staatsvertrag über Mediendienste v. 20.1./12.2.1997 andererseits.

handlung gibt. In jedem Fall sind überstürzte Reformen zu vermeiden und eingehende wissenschaftliche Vorarbeiten durchzuführen. Hierfür bieten sich aus Hochschullehrern und Praktikern pluralistisch zusammengesetzte Sachverständigenkommissionen unter Federführung des zuständigen Ministeriums an.

II. *Selbstbeschränkung*

Sowohl aus pragmatischen wie aus funktionalen Gründen ist eine Selbstbeschränkung auf grundsätzliche Fragen und auf den Kernbestand eines Rechtsgebiets bei gleichzeitiger Überantwortung von Details in den Bereich von Spezialgesetzen, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften angezeigt²⁰⁷. Eine funktionierende, intensive Arbeitsteilung zwischen dem Parlamentsgesetzgeber und dem für technische Einzelheiten primär zuständigen Verordnungsgeber bildet das Korrelat der mit der Kodifikation verbundenen Abstraktion und Distanz von den Lebensvorgängen. Dies schließt es nicht aus, dass auch Kodifikationen besondere Verfahrensregeln und damit bereichsspezifisches Recht bereithalten können, wie ein Blick auf den fünften Teil des VwVfG unterstreicht. Das in der Aufklärung geprägte Kodifikationsideal der monolithischen Geschlossenheit und der Regelungsvollständigkeit²⁰⁸ entpuppte sich jedoch längst als Illusion²⁰⁹. Die Realität zwingt zu Mäßigung und Bescheidung. Der Kodifikationsgesetzgeber bedarf des »Mutes zur Lücke«. Die Einbeziehung auch von Randbereichen, zumal der Übergriff in die Bereiche des Zivil- und des Strafrechts, führt nur zur Überforderung des Gesetzgebers.

Die Verfasser der UGB-Entwürfe entschlossen sich daher richtigerweise dafür, das private Umweltnachbarrecht im BGB und das Umweltstrafrecht im StGB zu belassen. Auch hatten sie gute Gründe, baurechtliche Fragen des Umweltschutzes oder den ökologischen Umbau des Steuersystems (jedenfalls vorerst) nicht in ein UGB zu inkorporieren. Der Kodifikationsgesetzgeber würde sich übernehmen, wollte er den tradierten Dualismus von öffentlichem Recht und privatem Recht als zweier wechselseitiger Auffangordnungen mit spezifischen Eigengesetzlichkeiten zu überwinden suchen und auf ein gemei-

207 Dies gilt etwa für die wesentliche Frage der Setzung von Umwelt- und Technikstandards. Daraus, dass diese in einem Umweltgesetzbuch nicht möglich und auch nicht sinnvoll ist, lässt sich kein berechtigter Einwand gegen die Idee der Kodifikation gewinnen. Vielmehr ist von einem Supplementärverhältnis von Kodifikation und Spezialgesetz auszugehen; a.A. Breuer (Fn. 197), Rn. 56.

208 Statt vieler Caroni, Kodifikation, HRG, Bd. 2, 1978, Sp. 907 (913 ff.).

209 Breuer (Fn. 125), S. B 40; Rühlers, Rechtstheorie, 1999, Rn. 163, 822; Schulze-Fielitz (Fn. 95), S. 201.

nes, vom Gegenstand her gedachtes Recht der Wirtschaft oder der Umwelt hinwirken, wie es im angloamerikanischen Rechtskreis gepflegt wird, nicht aber der in der Tradition des römischen Rechts stehenden deutschen Rechtsordnung entspricht.

III. *Kodifikation als sukzessive Gesetzgebung*

Im *Entstehungsprozess* einer Kodifikation ist phasenweise vorzugehen und sind lange Zeiträume einzuplanen. Die Einteilung in eine wissenschaftliche Phase, eine Sachverständigenphase, eine ministerielle Phase und eine parlamentarische Phase²¹⁰ hat sich insofern sehr bewährt.

Aber auch bei der *Inkraftsetzung* von Kodifikationen empfiehlt es sich häufig, nicht uno actu vorzugehen und damit die Rechtsadressaten zu überfordern, sondern schrittweise im Sinne einer sukzessiven Gesetzgebung. Die Kodifikation aus einem Guss ist ein schwieriges Geschäft. Pragmatischer ist nicht selten eine »fließende Sukzessiv- oder Ratenkodifikation«²¹¹ bzw. eine Modulbauweise wie bei der Verabschiedung des Sozialgesetzbuchs und wie auch für den Bereich des Umweltrechts (UGB I) zunächst geplant. Auch kann es sich empfehlen, geplante Reformen des Verfahrensrechts zunächst befristet und verbunden mit Revisions- und Evaluationspflichten in »Gesetzen mit bescheidenerem Anspruch«²¹² zu erproben, ehe alles und jedes überstürzt in das VwVfG hineingezwängt wird. Dies gilt etwa für die von *Andreas Voßkuhle* entwickelten neuen Verfahrenstypen²¹³. Sollten sich diese als hinreichend konturierbar und als – zumindest anhand der Schwerpunkttheorie – abgrenzbar erweisen, so wäre zu überlegen, allgemeine Bausteine hierfür zunächst einmal in Sondergesetzen (Vergabegesetz, Telekommunikationsgesetz, Gentechnikgesetz etc.) zu regeln. Für den Fall, dass sich diese Regelungen bewähren, sollte über eine Inkorporation in die §§ 63 ff. VwVfG nachgedacht werden, ohne dass hierdurch konkretisierende und präzisierende Bestimmungen des Sonderrechts überflüssig würden. Gegenwärtig wäre eine Verankerung im VwVfG verfrüht.

210 Hierzu am Beispiel des UGB *Kloepfer*, Zur Kodifikation des Umweltrechts in einem Umweltgesetzbuch, DÖV 1995, 745 (746).

211 *Meyer*, ZRP 1979, 105 (106). Nach *Hirsch* (Fn. 132), S. 140, sind Kodifikationen heute ohne vorbereitende Spezial- oder Partikulargesetze kaum denkbar.

212 *Mayer-Maly*, Gesetzesflut und Gesetzesqualität heute, in: FS 125 Jahre Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, S. 423 (424).

213 Siehe den Beitrag von *Voßkuhle* in diesem Bande.

IV. Revisions- und Innovationsoffenheit

Kodifikationen dürfen nicht dazu führen, dass das Recht in Versteinierung verfällt. Infolge der rasanten technisch-wissenschaftlichen Entwicklung sind Kodifikationen, wie die Verwaltungsrechtsordnung insgesamt, strukturell auf Offenheit und situative Reaktionsfähigkeit angewiesen²¹⁴. Die Vorstellung der abschließenden, ein für alle Mal gültigen Regelung einer Materie war zu keiner Zeit haltbar. Sie ist heute erst recht obsolet.²¹⁵ »Man kann nicht die offene und insofern instabile Gesellschaft des demokratischen und sozialen Rechtsstaats bejahen und zugleich eine statische, interventionsfreie Rechtsordnung fordern.«²¹⁶ Die Risiko- und Wissensgesellschaft des 21. Jahrhunderts ist mit der bürgerlichen Gesellschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts aufgrund ihrer Komplexität, ihrer Dynamik und ihres Pluralismus nicht mehr vergleichbar²¹⁷. Dies bedeutet aber nicht einen unausweichlichen Zwang zur »iterativen und sektoralen Gesetzgebung«²¹⁸. Verlangt ist vielmehr eine neue Form der Kodifikation, die Kodifikation als abstraktes, offenes System, welches zwar Stabilität gewährleistet, zugleich aber Dynamik zulässt. Dies verlangt, Lernfähigkeit des Rechts in stärkerem Maße als bisher gesetzgebungstheoretisch und gesetzgebungstechnisch umzusetzen und zu institutionalisieren²¹⁹. Im Kern geht es um die Frage: Wie und mit welcher Dauerhaftigkeit kann der dynamischen, sich permanent verändernden Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens eine tragfähige, passende und die Mühe ihrer Errichtung lohnende Form gegeben werden? Eine mögliche Antwort liegt in der Verankerung von Öffnungsklauseln und Verordnungsermächtigungen für die immer wichtigeren und zahlreicheren Vorgaben des supranationalen Rechts²²⁰. Daneben wird der dosierte Einsatz unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensnormen im Interesse der Sicherung von Flexibilität

214 E. Reh binder, UPR 1995, 361 (363); S endler, DVBI 1992, 1113 (1114); Schulze-Fielitz (Fn. 95), S. 200 ff.

215 Siehe Kindermann, Überlegungen zu einem zeitgemäßen Verständnis der Kodifikation, Rechtstheorie 1979, 357 (360, 363); Kloepfer, Empfiehlt es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?, JZ 1992, 817 (819); K. Schmidt (Fn. 95), S. 11 f., 17 ff., 48 ff.

216 Noll (Fn. 195), S. 235.

217 Vgl. dazu Vesting, Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts? – Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: H. Schlosser (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, 1997, S. 183 ff.

218 So Breuer, UPR 1995, 365 (367).

219 Grundsätzlich Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998; Hoffmann-Riem, Innovationsforschung durch die Verwaltung. Rahmenbedingungen und Beispiele, Die Verwaltung, Beiheft 2/2000, 155 ff. sowie bereits ders., Verwaltungsrechtsreform – Ansätze am Beispiel des Umweltrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1993, S. 115 (171 ff.).

220 Vgl. Lübke-Wolff, ZAU 1998, 43 (52 ff.).

und Innovationsoffenheit unumgänglich sein²²¹, zumal um die Möglichkeiten der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung auszu-schöpfen²²². Kodifikationen werden überdies Techniken experimenteller Gesetzgebung²²³ wie beispielsweise Revisions- und Evaluationsklauseln²²⁴ für periodische²²⁵ und/oder punktuelle Überprüfungen ihrer Aktualität, ihrer EG-Rechtskonformität und ihrer Kohärenz verwenden müssen, um sich auf der Zeitschiene gegenüber dem permanenten Wandel zu wappnen²²⁶. Auch eine Antizipation vorhersehbarer Entwicklungen auf der EG-Ebene bereits im Entstehungsprozess einer Kodifikation ist anzuregen (*antizipative Gesetzgebung*). Positive Beispiele hierfür liefern die Antizipation der Plan- und Programm-UVp, die Einarbeitung der Vorgaben der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie in das Naturschutzkapitel sowie die Berücksichtigung der Grundwasserschutzrichtlinie und der Trinkwasserrichtlinie in das Gewässerschutzkapitel des UGB-Kommissionsentwurfs. Insgesamt ist eine von einer vorausschauenden, konstruktiven Sach- und Personalpolitik getragene »Vorwärtsstrategie«, welche sich bemüht, bewährte Strukturen des nationalen Verwaltungsrechts auf die europäische Ebene zu übertragen, der Stimmigkeit und Wirkkraft des nationalen Rechts förderlicher als der Rückzug in die Defensivposition des »nationalen Schneckenhauses«²²⁷.

E. Aktuelle Problemfelder der Kodifikationsdiskussion

I. Umweltgesetzbuch

Seit Mitte der siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts²²⁸ wird die Idee einer Kodifizierung des Umweltrechts auf der Bundesebene diskutiert. Den

221 Reiner Schmidt, Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 67 (76 f.); Schulze-Fielitz (Fn. 147), S. 298.

222 Nettesheim, *Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, AöR 119 (1994), 261 ff.

223 Näher hierzu Hoffmann-Riem, *Experimentelle Gesetzgebung*, in: FS für Thieme, 1993, S. 55 ff.; Horn, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989, S. 155 ff.; Schulze-Fielitz, *Zeitoffene Gesetzgebung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 139 (157 ff.).

224 K. König, *Evaluation als Kontrolle der Gesetzgebung*, in: Schreckenberger (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986, S. 96 ff.

225 Beispielhaft etwa §§ 154, 160 ProfE UGB-AT.

226 Hoffmann-Riem (Fn. 147), S. 60 ff.

227 In diesem Sinne ganz richtig Wahl, *Das deutsche Genehmigungs- und Umweltrecht unter Anpassungsdruck*, in: Dolde (Hrsg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 237 (250 ff.).

228 Vgl. Umweltbericht '76 der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/5684, S. 13.

Anlass hierfür lieferte die Einsicht in die völlige Zerfaserung, die äußere wie innere Zersplitterung dieser Materie, die sich in einem Begriffswirrwarr, Wertungswidersprüchen sowie unabgestimmten Instrumenten und Verfahren niederschlägt²²⁹.

Im Jahre 1990 präsentierte eine Wissenschaftlergruppe aufbauend auf einer Reihe wissenschaftlicher Vorstudien²³⁰ den Entwurf eines Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuchs (ProfE UGB-AT)²³¹. Ergänzend hierzu wurde Ende 1993 der Entwurf einer weiteren Professorengruppe für einen Besonderen Teil vorgelegt (ProfE UGB-BT)²³². Im Anschluss daran hat eine, vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit berufene, unabhängige Sachverständigenkommission einen Entwurf für ein einheitliches Umweltgesetzbuch (UGB-KomE) erarbeitet²³³. Die Pflicht zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie sowie der IVU-Richtlinie nahm das Bundesumweltministerium zum Anlass, einen Teilbereich allgemeiner Vorschriften und des Zulassungsrechts als »Umweltgesetzbuch I (UGB I)« zu verabschieden²³⁴, ein Vorhaben, das jedoch auf vielfältige Widerstände stieß und am Ende ohne Freunde dastand²³⁵. Befürchtet wurde (latent) der Verlust ressortspezifischer Einflüsse und Vorsprünge, (manifest) die Errichtung einer vier-

229 Vgl. *Kloepfer*, Vereinheitlichung des Umweltrechts, in: HdUR, 2. Aufl. 1994, Bd. II, Sp. 2574 ff.; ausf. *M. Riedel*, Das Vorhaben der kodifikatorischen Vereinheitlichung des Umweltrechts, 1995.

230 Siehe insbesondere *Kloepfer*, Systematisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes 8/78; *ders./Meßerschmidt*, Innere Harmonisierung des Umweltrechts, Berichte des Umweltbundesamtes 6/86.

231 *Kloepfer/E. Reh binder/Schmidt-Aßmann/Kunig*, Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Berichte des Umweltbundesamtes 7/90, 2. Aufl. 1990; dazu *Kloepfer/Kunig/E. Reh binder/Schmidt-Aßmann*, Zur Kodifikation des allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches (UGB-AT), DVBI 1991, 339 ff.; *Kloepfer*, JZ 1992, 817 (822 ff.).

232 *Jarass/Kloepfer/Kunig/Papier/Peine/E. Reh binder/Salzwedel/Schmidt-Aßmann*, Umweltgesetzbuch – Besonderer Teil – (UGB-BT), Berichte des Umweltbundesamtes 4/94, 1994; vgl. auch Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Denkschrift für ein Umweltgesetzbuch, Berichte des Umweltbundesamtes 9/94, 1994; *A. Schmidt* (Hrsg.), Das Umweltrecht der Zukunft. Kritik und Anregungen für ein Umweltgesetzbuch, 1996.

233 Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.), Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 1998; dazu *Bohne* (Hrsg.), Das Umweltgesetzbuch als Motor oder Bremse der Innovationsfähigkeit in Wirtschaft und Verwaltung?, 1999; *Kloepfer/Durner*, Das Umweltgesetzbuch – Entwurf der Sachverständigenkommission (UGB-KomE), DVBI 1997, 1081 ff.; *Lübbe-Wolff*, ZAU 1998, 43 ff.; *Schink*, Kodifikation des Umweltrechts, DÖV 1999, 1 ff.; *Sendler*, Umweltgesetzbuch und Umweltschutz, NJ 1997, 506 ff.; *ders.*, Stand der Überlegungen zum Umweltgesetzbuch, NVwZ 1996, 1145 ff. sowie die Beiträge in: UTR Bd. 45 (1998).

234 Abgedruckt in: *Rengeling* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch I, 1999, S. 273 ff. Dazu *Schmidt-Preuß*, Veränderungen grundlegender Strukturen des deutschen (Umwelt-)Rechts durch das »Umweltgesetzbuch I«, DVBI 1998, 857 ff.; *Sendler*, Zur Umsetzung der IVU- und der UVP-Änderungsrichtlinie durch ein Umweltgesetzbuch I, UTR 45 (1998), 7 ff.

235 *Feldmann*, Aktuelle Entwicklungen zum Umweltgesetzbuch, in: FS für Lukes, 2000, S. 15 (27 ff., 34); vgl. auch *Wasielewski*, Die versuchte Umsetzung der IVU-Richtlinie in das deutsche Recht – eine Bilanz, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 213 ff.

ten verfahrensrechtlichen Säule, welche zu noch mehr Rechtszersplitterung und Unübersichtlichkeit führen würde²³⁶. Zusätzlich wurden vom Bundesinnen- und vom Bundesjustizministerium kompetenzrechtliche Bedenken angemeldet. In der Summe führten die Bedenken dazu, dass das Projekt »UGB I« nicht weiter verfolgt wurde und nach Lage der Dinge in der ministeriellen Phase zu einem unrühmlichen Ende gekommen ist. Stattdessen wählte der unter zeitlichen Umsetzungsdruck geratene Gesetzgeber die kleinstmögliche Lösung in Form eines Artikelgesetzes²³⁷. Diese anspruchslose Stückwerkgesetzgebung bar jeder über den Tag hinaus weisenden Gesamtkonzeption bedeutet eine weitere Absage an die Einheit des Verwaltungsverfahrensrechts und des Umweltrechts. Sie treibt die Rechtszersplitterung voran und signalisiert die Kapitulation vor der Aufgabe einer Modernisierung des Verwaltungsrechts²³⁸. Mit dem Artikelgesetz sind nun vollendete Tatsachen geschaffen, auf die sich die spezialisierte Praxis, nicht ohne Zufriedenheit, alsbald einstellen wird. Mit jedem Jahr, das vergeht, veralten die vorliegenden UGB-Entwürfe und schwinden die Chancen auf deren Verwirklichung weiter.

II. *Wirtschafts- bzw. Gewerbegezetzbuch*

Eine Kodifikation des öffentlichen Wirtschaftsrechts hat mit ähnlichen, ja noch größeren Problemen zu kämpfen als das Vorhaben eines Umweltgesetzbuchs, nämlich einer fast uferlosen Weite der Einzelmaterien²³⁹, einer Konturenlosigkeit des Gesamtrechtsgebiets infolge der Unbestimmtheit seines Gegenstandes und seines Querschnittscharakters sowie einer ausgeprägten Verzahnung mit dem Privatrecht²⁴⁰. Auch und gerade für das öffentliche Wirt-

- 236 Beschluss der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder auf der 153. Sitzung v. 20.11.1998 (zu TOP 12); Beschluss der Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes auf der 61. Sitzung v. 15.6.1998 (zu TOP 1), beide – zustimmend – zit. bei *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1242); *ders.*, NJW 1998, 2866 (2870 f.); a.A. zu Recht *Feldmann* (Fn. 234), S. 29 f.; *Sendler*, Verwaltungsverfahrensgesetz und Umweltgesetzbuch, NVwZ 1999, 132 ff. Zum einen kann das UGB schon deshalb nicht mit dem SGB X und der AO auf eine Stufe gestellt werden, da es neben Verfahrensfragen auch zahlreiche Fragen des materiellen Rechts (Begriffe, Prinzipien, Instrumente etc.) regelt und dieser Zusammenhang bei einer Integration der Verfahrensregelungen in das VwVfG durchschnitten würde. Zum anderen würde mit dem UGB das diversifizierte Umweltverfahrensrecht in wesentlichen Teilen vereinheitlicht, indem mehr als 20 Bundesgesetze vollständig oder teilweise ersetzt würden, so dass von einer rechtszersplitternden Wirkung keine Rede sein kann.
- 237 Gesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz v. 27.7.2001, BGBl I S. 1950; dazu *Koch/Siebel-Huffmann*, Das Artikelgesetz zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer Umweltschutzrichtlinien, NVwZ 2001, 1081 ff.
- 238 Krit. auch *Wahl*, Materiell-integrative Anforderungen an die Vorhabenzulassung – Anwendung und Umsetzung der IVU-Richtlinie, in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), Die Vorhabenzulassung nach der UVP-Änderungs- und der IVU-Richtlinie, 2000, S. 67 (67 f.).
- 239 *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, AT, 1990, S. 52 ff.
- 240 *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl. 2000, S. 12 f.

schaftsrecht stellt sich daher die Frage, ob es mehr ist als eine bloße Addition von Einzelgebieten, nämlich eine abgrenzbare, eigenen Funktionen, Strukturen, Prinzipien und Instituten gehorchende Gesamtmaterie. Common Law-Juristen, welche einen problembezogenen Zugriff vorziehen, würden diese Frage sogleich verneinen. Doch selbst unter deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechtlern, welche in historisch gewachsenen Dualismen zu denken geschult sind, gilt das eigene Fach als »chaotischer Zweig des Rechtssystems auf der Suche nach klaren Strukturen und Prinzipien«²⁴¹ und wird festgestellt: »Die gegensätzlichen Leitgedanken einzelner Rechtsgebiete des öffentlichen Wirtschaftsrechts setzen jeder dogmatischen Einebnung Grenzen.«²⁴²

In der Tat erscheint der Begriff des (öffentlichen) Wirtschaftsrechts, verstanden als die Summe der Rechtssätze, durch die der Staat ordnend, gestaltend und lenkend auf die Wirtschaft einwirkt²⁴³, als zu weiter und daher untauglicher Anknüpfungspunkt für eine Kodifikation²⁴⁴. Es dürfte sehr schwer fallen, zwischen dem klassischen Gewerberecht einerseits und etwa dem Außenwirtschaftsrecht, dem Subventionsrecht oder dem Medienrecht andererseits ein hinreichendes Maß an Gemeinsamkeiten herauszufiltern, das den Sprung von der Kompilation zur Kodifikation rechtfertigt²⁴⁵. Sinnvoll ist daher gegenwärtig nur eine Kodifikation des Gewerberechts in einem Gewerbegesetzbuch unter Einbeziehung der bisherigen Regelungsmaterien der Gewerbeordnung, des Gaststättengesetzes, der Handwerksordnung, des Verkehrsgewerberechts und des Ladenschlussgesetzes. Über eine Einbeziehung des Bank-, Versicherungs- und Lebensmittelrechts müsste nachgedacht werden. Dagegen sind das Abfall-, das Agrar-, das Energie- und das Immissionsschutzrecht mittlerweile schwerpunktmäßig dem Umweltrecht zugewachsen.

Der Bedarf für ein derartiges Gewerbegesetzbuch kann aus wissenschaftlicher Sicht kaum geleugnet werden: Gerade im Gewerberecht bedarf es einer Überprüfung normativer Besitzstände und einer Reform von Teilgebieten, die sich zu »selbstgenügsamen Biotop(en)« abseits von den Leitlinien des Allgemeinen Verwaltungsrechts²⁴⁶ entwickelt haben und daher der Rückanbindung

241 Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht. Ein Rechtsgebiet zwischen staatlicher Steuerung und unternehmerischer Verantwortung, in: FS für Hartmut Maurer, 2001, S. 827 (828).

242 Reiner Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT, Bd. 1, 1995, S. VIII. Deutlich zurückhaltend gegenüber der Idee einer vereinheitlichenden Zusammenfassung des öffentlichen Wirtschaftsrechts bereits ders. (Fn. 238), S. 53 ff.

243 In diesem Sinne Badura, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, 3. Abschn. Rn. 1 f.; Reiner Schmidt (Fn. 238), S. 34 ff., 58; vgl. auch Brohm, Wirtschaftsrecht – Anrecht und Aufgabe, DÖV 1979, 18 (23 ff.).

244 Breuer (Fn. 125), S. B 41 (»nicht einmal erwogen«).

245 Zur Unterscheidung von Kodifikation und Kompilation Bühler (Fn. 107), S. 87 ff., 103 ff.; Hirsch (Fn. 132), S. 141.

246 So für das Gaststättenrecht zutreffend Czybulka, in: Reiner Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT, Bd. 1, 1995, § 2 Rn. 236; vgl. auch Kempen, Die Entwicklung des allgemeinen Gewerberechts von 1996 bis 1999, NVwZ 2000, 1115 (1115).

an die Entwicklungslinien des allgemeinen Verwaltungs(verfahrens)rechts harren. Die Gewerbeordnung, einst als das »Grundgesetz des Gewerberechts« angetreten, hat infolge der Auslagerung zahlreicher Bestimmungen (»Gewerbenebenrecht«) den Charakter einer Kodifikation verloren und ist zu einem gewerberechtlichen Rumpfgesetz verkümmert²⁴⁷. Zwar geht von dem Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) noch immer eine unitarisierende Kraft aus, werden durch ihn doch grundsätzlich landesrechtliche Vorschriften über Beginn und Fortsetzung eines Gewerbebetriebs gesperrt (Art. 125 Nr. 1, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und vor allem der Rückgriff auf die polizeirechtliche Generalklausel für Eingriffe in »das Ob« der Gewerbetätigkeit prinzipiell untersagt²⁴⁸. Es überwiegt jedoch der Eindruck der bundesrechtlichen Zersplitterung des Gewerberechts.

Die Unübersichtlichkeit des Gewerberechts ist auch der Rechtspolitik nicht verborgen geblieben. Wiederholt wurden aus dem Bereich der Politik, der Wissenschaft und der Verbände²⁴⁹ Überlegungen für eine Rekodifikation angestellt²⁵⁰. Zu einer Verwirklichung ist es bislang nicht gekommen. Der Gesetzgeber hat sich stattdessen mit punktuellen Rechtsbereinigungen begnügt²⁵¹. Verwaltungs- und Wirtschaftspraxis, insbesondere das Handwerk, haben sich überwiegend mit dem Ist-Zustand arrangiert. Entschlossene, neuere Reformimpulse fehlen²⁵².

III. Informationsgesetzbuch

Die rasante Entwicklung der Kommunikationstechnologie (Internet²⁵³, multimediale Dienste, Chipkarten), die neuartigen Bedingungen der Information in einer auf Transparenz, Kommunikation und Partizipation angelegten Bürger-

247 A.A. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2000, S. 171, der aber gleichfalls »Auflösungserscheinungen« konstatiert.

248 *Vollmöller*, in: Reiner Schmidt, Kompendium öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 7 Rn. 2 f.

249 Deutscher Industrie- und Handelstag, Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil der Gewerbeordnung, NVwZ 1991, 1063.

250 Vgl. *Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl. 2001, S. 3. Eingehend *M. Benda*, Gewerberecht und Kodifikation, 1999.

251 Vgl. zuletzt das 2. Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften v. 16.6.1998, BGBl I S. 1291, welches (erneut) nur marginale Korrekturen vorgenommen hat.

252 Vgl. aber den Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung (BR-Drucks. 634/97), der zumindest auf eine mögliche Vereinheitlichung von GewO und GastG abzielt.

253 *Groß*, Öffentliche Verwaltung im Internet, DÖV 2001, 159 ff.; *Holznagel/Krahn/Werthmann*, Electronic Government auf kommunaler Ebene – Die Zulässigkeit von Transaktionsdiensten im Internet, DVBl 1999, 1477 ff.; *Kloepfer* (Hrsg.), Technikentwicklung und Technikrechtsentwicklung, 2000; *Reinermann*, Das Internet und die öffentliche Verwaltung, DÖV 1999, 20 ff.

gesellschaft²⁵⁴ sowie die veränderten Formen des Einsatzes moderner Techniken innerhalb der Verwaltung²⁵⁵ haben die Bedeutung der mit der Gewinnung, Bündelung, Einordnung, Speicherung, Verwendung und Vernichtung von privaten und öffentlichen Informationen verbundenen Rechtsfragen exponentiell ansteigen lassen²⁵⁶. Dabei geht es um nicht mehr und nicht weniger als um die Schaffung einer eigenständigen öffentlichen Informationsordnung als der »Gesamtheit jener öffentlich-rechtlichen Normen, die sich auf den staatlichen Umgang mit Information und Kommunikation beziehen und die das Informationsverhalten der Behörden untereinander sowie gegenüber den Bürgern regeln«²⁵⁷, ist doch eine moderne Verwaltung auf die Ressource Information fundamental angewiesen²⁵⁸. Ein eigenständiges Rechtsgebiet »Informationsverwaltungsrecht« ist gleichwohl erst schemenhaft erkennbar. Hier ist noch intensive rechtsdogmatische Aufarbeitung vonseiten der Rechtswissenschaft gefordert, um den Selbststand der das Informationsrecht tragenden Wertungen und Zwecksetzung sichtbar werden zu lassen²⁵⁹. Systematisch kann dabei an *Voßkuhle*s Unterscheidung der Regelungssektoren Verwaltungskommunikationsrecht, informationelles Verwaltungsorganisationsrecht, Regulierung des privaten Informationssektors und Datenverkehrsrecht angeknüpft werden²⁶⁰.

Im Zusammenhang mit der rechtlichen Bewältigung der Herausforderungen der Informationsordnung ist zuletzt ein Modernitätsrückstand und ein Neuori-

- 254 *Hill*, Integratives Verwaltungshandeln – Neue Formen von Kommunikation und Bürgermitwirkung, in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, S. 339 ff.; *ders.*, Kommunikative Problembewältigung bei umweltrelevanten Großvorhaben, DÖV 1994, 279 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 131 ff., 722 ff.
- 255 *Eherle*, Die öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft, Die Verwaltung 20 (1987), 459 ff.; *Ehlers*, Die öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter, Jura 1991, 337 ff.; *Grimmer*, Die Eigenart der Verwaltungsinformation, DÖV 1991, 867 ff.
- 256 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problem-skizze, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 9 (21 ff.); *ders.*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Vorüberlegungen, DVBl 1994, 1381 (1382 f.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), Ordnungsidee, S. 236 ff.; *Voßkuhle*, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch. 92 (2001), 184 (199 f.) mit Nachw. zur »Verdichtung der Kommunikation zwischen Behörde und Beteiligten«.
- 257 *Pitschas*, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, S. 219 (242); vgl. auch *ders.*, Das Informationsverwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Die Verwaltung 33 (2000), 111 (114 ff., 126 f.).
- 258 *Thieme*, Einführung in die Verwaltungslehre, 1995, S. 94 ff.
- 259 Grundlegend *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000; *Pitschas* (Fn. 256), Informationsordnung, S. 226 ff.; *Schoch und Trute*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 158 ff.; 216 ff. sowie der gleichnamige Begleitaufsatz von *Ebsen*, DVBl 1997, 1039 ff.
- 260 *Voßkuhle* (Fn. 80), S. 355 ff.; zu den verschiedenen Entwicklungspfaden auf dem Weg zu einem Verwaltungskommunikationsrecht ebd., S. 365 ff.

entierungsbedarf für das Datenrecht konstatiert und der Vorschlag unterbreitet worden, das zersplitterte²⁶¹ Informationsverwaltungsrecht in einem Informationsgesetzbuch (IGB) zu kodifizieren²⁶². Dieses Vorhaben stößt indes auf Zweifel²⁶³. Zu jung, zu fluktuierend und zu wenig durch die Wissenschaft systematisch durchgebildet ist noch das Gebiet des Informationsverwaltungsrechts, als dass von einem gesicherten Rechtszustand gesprochen werden könnte. Zudem trüge ein IGB erheblich zu einer Entwertung der Verwaltungsverfahrensgesetze bei, ohne dass es für diese Einbuße an Rechtseinheit überwiegende sachliche Gründe in Gestalt der Emanzipation und Eigenständigkeit des betreffenden Gebiets gäbe. Mindestens ebenso geeignet wäre eine Regelung durch Aufnahme neuer Vorschriften in die drei Säulen des Verwaltungsverfahrensrechts²⁶⁴ sowie durch Überarbeitung bestehender Bestimmungen des allgemeinen Informationsverwaltungsrechts²⁶⁵, des Sonderinformationsverwaltungsrechts und des flankierenden Rechts²⁶⁶. Der Sachzusammenhang mit dem allgemeinen Verwaltungsverfahren, der im Fall des Informationsverwaltungsrechts ausgeprägt ist, würde dann nicht zerrissen²⁶⁷. Schließlich erscheint auch die Verschmelzung mit dem Medien- und Telekommunikationsrecht sachlich gezwungen²⁶⁸ und zerschellt kompetenzrechtlich ohnedies de constitutione lata an der föderalistischen Zuständigkeitsordnung²⁶⁹. Naheliegender dürfte daher die Überlegung einer Teilkodifikation des Datenrechts (Bundesdatengesetz – BDG) sein²⁷⁰.

261 Zu den Sonderregelungen im Sozial- und Gesundheitsrecht beispielsweise *Pitschas*, Die Verwaltung 33 (2000), 111 (134 ff.).

262 *Kloepfer* (Fn. 72), S. D 66 ff., 86 ff., 90 ff.; *ders.*, K & R 1999, 241 ff.

263 Vgl. auch *Pitschas* (Fn. 256), Informationsordnung, S. 253; *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (163 f. in Fn. 17).

264 §§ 3a, 33, 37 VwVfG bzw. entsprechende Vorschriften im SGB X und in der AO.

265 §§ 14 f., 23, 26, 39, 41 f., 44, 66, 69, 71c VwVfG.

266 So jetzt auch der Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften. Dieses Gesetz ist zwischenzeitlich verabschiedet und verkündet worden (Gesetz vom 21. August 2002, BGBl. I, S. 3322); siehe dazu in diesem Bande den Beitrag von *Britz*. Zum Problem ferner *Catrein*, Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder, NVwZ 2001, 413 ff.; *ders.*, Moderne elektronische Kommunikation und Verwaltungsverfahrenrecht, NWVB 2001, 50 ff.; *Rosenbach*, Erläuterungen und Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl 2001, 332 ff.; *Roßnagel*, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht – Modernisierung des VwVfG und des VwZG, DÖV 2001, 221 ff.; *P. Stelkens/Schmitz* (Fn. 112), § 10 Rn. 28a ff.

267 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft: Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/*ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 405 (419).

268 *Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Recht der Informationsgesellschaft, 2000, S. 101 (111).

269 Siehe oben C. II. 5.

270 Für eine solche als ersten Schritt *Kloepfer* (Fn. 72), S. D 92; zur notwendigen inhaltlichen Neuausrichtung des Datenschutzrechts *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 153 ff. (161 ff.).

F. Das europäische Verwaltungsverfahren als Kodifikationsbrecher

Der inneren Harmonisierung des Verwaltungsverfahrens durch nationale Kodifikationen abträglich²⁷¹ sind die vielfältigen Überlagerungen durch das Völkerrecht²⁷² und das Europäische Gemeinschaftsrecht²⁷³. Sie wirken tendenziell als *Kodifikationsbrecher*, indem sie permanent den auf Einheit und Dauer abzielenden Regelungsanspruch einer nationalen Kodifikation erodieren, aber auch a priori die Regelungsspielräume nationaler Kodifikationsgesetzgeber nicht unwesentlich beschneiden²⁷⁴. Dabei spielt es keine Rolle, ob die vom EG-Recht geforderten Veränderungen bewährte Institute, Dogmen und Begriffe gefährden oder ob vom EG-Recht positive Innovationsimpulse²⁷⁵ ausgehen. Die Determinierungen, die von außen auf das nationale

271 Schmidt-Preuß (Fn. 123) spricht von einer »offenen Flanke« für die »Funktionsfähigkeit des Allgemeinen Verwaltungsrechts«.

272 Zu den völkerrechtlichen Bindungen des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts siehe Kopp/Ramsauer (Fn. 5), Einführung Rn. 22 f.; vgl. auch Reiner Schmidt, Die Internationalisierung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, Die Verwaltung, Beiheft 2/1999, 165 ff.; umfassend nunmehr Vollmöller, Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2001.

273 Speziell zur Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts Bleckmann, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I, 1999, S. 393 ff.; Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 31 (1998), 307 ff.; Henneke, Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, ZG 2001, 71 ff.; Schmidt-Aßmann, Europäisches Verwaltungsverfahren, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, S. 131 ff.; Schoch, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 ff.; Schwarze, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 154 ff. Allgemein zur Europäisierung des Verwaltungsrechts Ehlers, Die Einwirkung des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl 1991, 605 ff.; E. Klein, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, Der Staat 33 (1994), 39 ff.; Ladeur, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, EuR 1995, 227 ff.; Mögele, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, BayVBl 1993, 552 ff.; Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl 1993, 924 ff.; ders., Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: FS für Lerche, 1993, S. 513 ff.; Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109 ff.; ders., Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung, VBilBW 1999, 241 ff.; Schuppert (Fn. 253), S. 823 ff.; Streinz, Der Einfluß des Europäischen Verwaltungsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten – dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 1991, S. 241 ff.; Wahl, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Der Staat 38 (1999), 495 ff.; Zuleeg und Rengeling, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154 ff.; 202 ff.

274 So sahen sich etwa die Verfasser des Kommissionsentwurfs für ein UGB nach Aussage von Sandler (Fn. 166), S. 26, vielfach gezwungen, EG-Recht »detailliert und akribisch nachzubeten«.

275 Dazu Brenner, Innovationssteuerung im Europarecht, in: Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998, S. 351 (378 ff.); Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 289 ff.

Verwaltungsverfahrenrecht einwirken, sind bislang überwiegend punktueller, wenig abgestimmter Natur und gleichen einem Flickenteppich ohne einheitliches Webmuster, wenngleich dieser Teppich zunehmend nicht nur an Größe, sondern auch an Dichte und an Struktur gewinnt²⁷⁶.

Auf der völkerrechtlichen Ebene sind vor allem die Vorgaben durch Regelungen des Europarates zu nennen²⁷⁷, von denen neben den Konventionen²⁷⁸ (EMRK²⁷⁹, Datenschutzkonvention²⁸⁰) und Übereinkommen auch die Entschlüsse und Empfehlungen von Relevanz sind. Wichtige Beiträge zur Herausbildung gemeineuropäischer Mindeststandards in Sachen Verwaltungsverfahren gehen etwa von der Entschlüsselung Nr. (77) 31 vom 28.9.1977 über den Schutz des Einzelnen gegen Verwaltungsakte²⁸¹ oder der Empfehlung Nr. R (87) 16 vom 17.9.1987²⁸² über Verwaltungsverfahren, die eine große Zahl von Personen betreffen, aus. Aber auch völkerrechtliche Verträge außerhalb des Europarates können auf das nationale Verwaltungsverfahren ausstrahlen, wie die Beispiele der Aarhus-Konvention²⁸³ oder der Gemeinschaftsabkommen nach Art. 294 EGV zeigen.

Hinsichtlich der EG-rechtlichen Einwirkungen auf das VwVfG gilt es, die Bereiche des direkten und des indirekten Vollzugs²⁸⁴ auseinander zu halten. Der direkte Vollzug von Gemeinschaftsrecht – das EG-Eigenverwaltungsrecht²⁸⁵ – fällt bislang in Anbetracht der begrenzten Verwaltungskompetenzen der EG weniger ins Gewicht²⁸⁶.

276 Gleichsinnig *E. Klein*, Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß, in: Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, 1992, S. 117 (143); *Vofßkuhle*, VerwArch. 92 (2001), 184 (192); für das Genehmigungsrecht zuletzt *Wahl* (Fn. 226), S. 248 ff.

277 *Scheuing* (Fn. 274), S. 290 ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 272), FS Lerche, S. 515 f.; *Schwarze*, Der Beitrag des Europarates zur Entwicklung von Rechtsschutz und Verfahrensgarantien im Verwaltungsrecht, EuGRZ 1993, 377 ff.

278 *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, 924 (927), hat hierfür den Begriff des »Konventionalverwaltungsrechts« geprägt.

279 Vom 7.8.1952, BGBl II S. 685.

280 Vom 19.3.1985, BGBl II S. 539.

281 Text in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, S. 2619 ff.

282 Text in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 280), S. 2637 ff.

283 UN/ECE-Konvention über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (»Aarhus-Konvention«), NVwZ Beilage Nr. III/2001 zu Heft 3/2001.

284 Zur Terminologie vgl. statt vieler *Rengeling*, VVDStRL 53 (1994), 202 (205 ff.); *Streinz*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: HStR, Bd. 7, 1992, § 182 Rn. 19 ff.; speziell mit Bezug zum Verwaltungsverfahren *Pernice/Kadelbach*, Verfahren und Sanktion im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl 1996, 1100 (1103 ff.).

285 Die Unterscheidung eines »EG-Eigenverwaltungsrechts« und eines »Gemeinschaftsverwaltungsrechts« geht zurück auf *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, 924 (925 f.).

286 Vgl. mit Beispielsfällen *Engel*, Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht, Die Verwaltung 25 (1992), 437 (445 ff.); *Pernice/Kadelbach*, DVBl 1996, 1100 (1103); *Vedder*, (Teil)Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts der EG?, EuR Beiheft 1/1995, 75 (79 ff.).

Verfahrensrechtliche Regelungen betreffend den *direkten Vollzug* finden sich in Vorschriften des EG-Vertrages²⁸⁷, in allgemeinen Rechtsgrundsätzen des primären Gemeinschaftsrechts sowie in Sekundärrechtsakten²⁸⁸. Hauptakteure sind die Kommission und das Europäische Markenamt. Die Vollzugskompetenzen der EG nahmen jedoch in den letzten Jahren zu und eine weitere Zunahme steht für die Zukunft zu erwarten²⁸⁹. Zu Recht wird daher in der Literatur von einer tendenziellen Unterschätzung des Eigenverwaltungs(verfahrens)rechts gesprochen und festgestellt, dass es gerade in diesem Bereich noch zahlreiche einheitlich zu regelnde Fragen gibt (Auftragsvergabe, Datenschutz, Informationszugang etc.). Abgesehen davon ist nicht auszuschließen, dass die Errichtung zentraler Verwaltungsbehörden (Europäische Umweltagentur, Europäische Arzneimittelbehörde, Europäische Lebensmittelbehörde etc.) eine Eigendynamik entfaltet, welche die spätere Übertragung bzw. faktische Inanspruchnahme von Verfahrenskompetenzen durch diese Behörden befördert²⁹⁰.

Die wirkmächtigeren Brechungen der Einheit des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts betreffen gleichwohl den *indirekten Vollzug* durch deutsche Behörden, also das Gemeinschaftsverwaltungsrecht. Hier können drei Mechanismen der Europäisierung unterschieden werden²⁹¹: Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts gegenüber dem nationalen Recht im Falle der direkten Kollision²⁹², die Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes und des Effektivitätsgrundsatzes bei indirekten Kollisionen sowie die Pflicht zur gemeinschafts-

287 Art. 253, Art. 254 Abs. 3, Art. 284, Art. 287 EGV.

288 VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die EWG v. 15.4.1958, ABI 1958, S. 385; Entscheidung 22/60 der Hohen Behörde zur Ausführung des Art. 15 des Vertrages v. 7.9.1960, ABI 1960, S. 1248; Geschäftsordnung des Rates v. 6.12.1993, ABI 1993 L 304, S. 1; Erste Durchführungs-VO zu den Art. 85 und 86 EWGV v. 6.2.1962, ABI 1962 Nr. 13, S. 204; VO Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen v. 21.12.1989, ABI 1989 L 395, S. 1; VO Nr. 2423/88 über den Schutz gegen gedumpte oder subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gehörenden Ländern v. 11.7.1988, ABI 1988 L 209, S. 1; VO Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke v. 20.12.1993, ABI 1994 L 11, S. 1. Aus neuerer Zeit siehe den Vorschlag für eine Verordnung zur Durchführung der in Art. 81 und 82 EGV niedergelegten Wettbewerbsregeln, KOM (2000) 582; dazu *Stilfried/Stockhuber*, Der Entwurf einer neuen Verfahrensverordnung zum EG-Kartellrecht, wbl 2001, 145 (147 ff.).

289 *Schmidt-Aßmann/Ladenburger*, Umweltverfahrensrecht, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 1998, Bd. I, § 18 Rn. 44 ff.; allg. von *Borries*, Verwaltungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft, in: FS für Everling, Bd. I, 1995, S. 127 ff.

290 Siehe *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), Ordnungsidee, S. 315 ff. Vgl. auch *Priebe*, Die Aufgaben des Rechts in einer sich ausdifferenzierenden EG-Administration, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 71 ff.

291 *Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 19 f.; vgl. auch *Burgi*, Verwaltungsprozessrecht und Europarecht, 1996, S. 18 ff.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 53 ff.

292 EuGH, Slg. 1964, 1251 (1269 ff.); EuGH, Slg. 1978, 629 Rn. 17 ff.; BVerfGE 73, 339 (374 f.); 85, 191 (204); zur Kollisionsbegrifflichkeit *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 23 ff.

rechtskonformen Auslegung. Erschwert wird eine exakte Beschreibung der Europäisierungsprozesse durch deren reziproken, vielschichtigen Charakter. Die Beeinflussung erfolgt nicht linear von der EG in Richtung auf die Mitgliedstaaten, sondern vollzieht sich netzwerkartig, mit vielfältigen Interdependenzen und Rückkopplungen, also auch in umgekehrter Richtung, sowie zwischen den nationalen Rechtsordnungen untereinander. Rechtsvergleichende Betrachtungen erweisen sich daher als *conditio sine qua*, soll der Stand der Konvergenz des Verwaltungs(verfahrens)rechts in der EU²⁹³ ermittelt werden. Nicht ohne Grund dient dem EuGH die kritisch-wertende Rechtsvergleichung als wichtigste Methode bei der Entwicklung gemeineuropäischer Verfahrensrechtsgrundsätze²⁹⁴.

Allgemeine verfahrensrechtliche Vorgaben für den indirekten Vollzug enthält die Teilkodifikation der Verordnung Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine vom 3.6.1971²⁹⁵. Die von den *bereichsspezifischen* Regelungen des EG-Rechts ausgehenden Einflüsse reichen unterschiedlich weit. Im wesentlichen gemeinschaftsrechtlich reguliert ist der Vollzug der Agrarmarktordnungen²⁹⁶. Die Ausfuhrkontrolle für Güter mit doppeltem Verwendungszweck richtet sich nach der Dual-use-Verordnung der EG²⁹⁷. Erhebliche verwaltungsverfahrenrechtliche Bedeutung hat die Bereichskodifikation des EG-Zollkodex, die das von den nationalen Zollverwaltungen anzuwendende Verwaltungsverfahren vereinheitlicht und vereinfacht sowie vorhandene Lücken geschlossen hat²⁹⁸.

Dort, wo es an speziellen Vorgaben des EG-Rechts fehlt, gilt der *Grundsatz der mitgliedstaatlichen Autonomie*, bleibt es also zunächst bei der Geltung der Art. 83 ff. GG i.V.m. den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder²⁹⁹. Der Autonomiegrundsatz ist freilich in Abwägung zu bringen mit

293 Grundlegend Schwarze (Fn. 181), 2 Bde.; ders. (Fn. 272); ders., Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl 1996, 881 ff.; Sommermann, DÖV 2002, 133 (139 ff.).

294 Bleckmann (Fn. 272), S. 104 ff.

295 AB1 1971 L 124, S. 1.

296 Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 173 ff. m.w.Nachw.

297 VO Nr. 3381/94, AB1 1994 L 367, S. 1.

298 VO Nr. 2913/92 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften v. 12.10.1992, AB1 1992 L 302, S. 1; zuletzt geändert durch VO Nr. 82/97 v. 19.12.1996, AB1 1997 L 17, S. 1; dazu Witte (Hrsg.), Zollkodex, 2. Aufl. 1998. Der Zollkodex überformt etwa mit dem Instrument der verbindlichen Zollauskunft und Ursprungsankunft (Art. 12 ZK) die §§ 25 und 38 VwVfG.

299 Erklärung Nr. 43 der Regierungskonferenz von Amsterdam (1997) zum Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; EuGH, Slg. 1983, 2633 Rn. 17, st. Rspr.; Burgi (Fn. 290), S. 47 ff.; von Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 374 ff.; Kadelbach (Fn. 291), S. 110 ff.; Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 10 Rn. 24 ff.; Rodríguez Iglesias, Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, 289 ff.

dem Interesse der EG an der Einheit und Wirksamkeit ihres Rechts (Gemeinschaftsinteresse)³⁰⁰, wodurch er im Ergebnis stark durchlöchert werden kann. Konkret heißt dies: Auch bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts sind bei dessen Auslegung und Anwendung die Rahmenvorgaben des EG-Rechts zu beachten. Hierzu rechnen insbesondere die, für den direkten wie den indirekten Vollzug gleichermaßen relevanten, objektiven allgemeinen Verfahrensgrundsätze, welche vom EuGH und von der Europarechtswissenschaft gewonnen werden³⁰¹. Zu nennen sind ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Die Grundsätze des rechtlichen Gehörs³⁰², der Akteneinsicht³⁰³, der Begründung von belastenden Verwaltungsentscheidungen³⁰⁴ sowie der Beratung und Vertretung in Verwaltungsverfahren^{305, 306}. Art. 41 EU-Grundrechte-Charta³⁰⁷ sieht ergänzend ein »Recht auf eine gute Verwaltung« vor, das neben bereits anerkannten Rechtsgrundsätzen (Abs. 2) das Recht verleiht, sich in einer Vertragssprache an die Unionsorgane zu wenden und eine entsprechende Antwort zu erhalten (Abs. 4)³⁰⁸.

Zentrale Bedeutung für die Lenkung des indirekten Vollzugs kommt dem Grundsatz der *Gemeinschaftstreue* (Art. 10 EGV) zu. Aus Art. 10 EGV kann eine Pflicht zur Einführung bestimmter Verfahren folgen³⁰⁹. Die allgemeine Loyalitätspflicht bildet zudem die Basis für die Entwicklung eines europäischen *Verwaltungskooperationsrechts*³¹⁰. Aus ihr ergibt sich etwa die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Amts- und Kooperationshilfe, sofern diese nicht in

300 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 10 EGV Rn. 8 ff., 16; *ders.* (Fn. 295), S. 111 ff.; *Nettesheim*, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: GS für Grabitz, 1995, S. 447 ff.

301 Vgl. die Zusammenstellung bei *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 55; *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 486; *Schwarze* (Fn. 181), Bd. II, S. 1135 ff.; *Streinz*, Europarecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 354 ff.

302 EuGH, Slg. 1986, 2263 Rn. 27; EuGH, Slg. 1994, I-2885 Rn. 39.

303 Siehe *Gassner*, Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts, DVBl 1995, 16 (20 ff.) m.w.Nachw.

304 EuGH, Slg. 1987, 4097 Rn. 15; EuGH, Slg. 1996, I-5151 Rn. 31 ff.

305 *Gassner*, DVBl. 1995, 16 (22) m.w.Nachw.

306 Eingehend *Gornig/Trübe*, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum europäischen Verwaltungsrecht, JZ 2000, 395 ff., 446 ff., 501 ff.; *Grabitz*, Europäisches Verwaltungsrecht – Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, 1776 ff.; *Haibach*, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456 ff.; *Schwarze*, Der Schutz des Gemeinschaftsbürgers durch allgemeine Verwaltungsrechtsgrundsätze im EG-Recht, NJW 1986, 1067 ff.; *A. Weber*, Das Verwaltungsverfahren, in: Schweitzer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 1991, S. 55 (72 ff.); frühzeitig *Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977, insbes. S. 254 ff.

307 ABI 2000 C 364, S. 1.

308 Zu den damit verbundenen Modifikationen des § 23 VwVfG siehe *P. Stelkens/Schmitz* (Fn. 112), § 23 Rn. 53 ff.

309 EuGH, Slg. 1990, I-2355 Rn. 20 ff.

310 Zu Begriff und Funktionen eines solchen grundsätzlich *Schuppert* (Fn. 253), S. 443 ff.

speziellen Vorschriften geregelt ist³¹¹. Die Mitgliedstaaten sind auch zur Zusammenarbeit mit den Behörden der anderen Mitgliedstaaten verpflichtet³¹², vor allem zur Anerkennung transnationaler Verwaltungsakte³¹³. Dies hat zur Folge, dass der Behördenbegriff im Einzelfall so auszulegen ist, dass er auch Hoheitsakte von Behörden aus anderen EG-Mitgliedstaaten erfasst. Aus Art. 10 EGV folgt aber vor allem die doppelte Begrenzung der nationalen Verfahrensautonomie beim Vollzug von EG-Recht, welche mit den Begriffen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz verbunden ist³¹⁴. Nach dem *Äquivalenzgrundsatz* dürfen bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts auf gemeinschaftsrelevante Sachverhalte keine Unterschiede im Vergleich zu Verfahren gemacht werden, in denen über gleichartige, rein innerstaatliche Sachverhalte entschieden wird. Der *Effektivitätsgrundsatz* verlangt, dass die Anwendung des nationalen Rechts die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht beeinträchtigen darf.

Unmittelbare, den Normtext selbst tangierende Überformungen des VwVfG durch das EG-Recht sind bislang zahlenmäßig gering. Beispielhaft ist zu verweisen auf den Zugang zu Informationen der Verwaltung (§§ 29 f. VwVfG). Die Richtlinie über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt³¹⁵ hat einen, dem deutschen Recht bis dahin fremden Transparenzgrundsatz in das Verwaltungsverfahrenrecht hineingetragen, der zwar zunächst nur sektoral wirkt, sich jedoch anschickt, zu einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsverfahrenrechts zu entwickeln, welcher das tradierte deutsche Regelsystem auf den Kopf stellt³¹⁶. Den zweiten großen Bereich einer norm-

311 Richtlinie 77/799/EWG v. 19.12.1977 über die gegenseitige Amtshilfe zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten im Bereich der direkten Steuern, ABl 1977 L 336, S. 15; Verordnung (EWG) Nr. 218/92 v. 27.1.1992 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet der indirekten Besteuerung (MwSt.), ABl 1992 L 24, S. 1.

312 Systematisch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, 270 ff.

313 Dazu *Happe*, Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten, 1987, S. 83 ff.; *Neßler*, Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht, 1994, S. 5 ff., 76 ff.; *ders.*, Der transnationale Verwaltungsakt – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, 863 ff.; *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, 924 (935 f.); *J. Becker*, Der transnationale Verwaltungsakt, DVBl 2001, 855 ff.; *Ruffert*, Der transnationale Verwaltungsakt, Die Verwaltung 34 (2001), 453 ff.; ein wichtiges Beispiel liefern für den Bereich der Finanzdienstleistungen die EG-rechtlich induzierten §§ 53 b Abs. 1 KWG, 110a Abs. 2 VAG; dazu *Schlag*, Grenzüberschreitende Verwaltungsbefugnisse im EG-Binnenmarkt, 1998.

314 EuGH, Slg. 1998, I-4951 Rn. 4 ff.; EuGH, Slg. 1998, I-7141 Rn. 18 ff., st. Rspr.

315 Richtlinie 90/313/EWG des Rates v. 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, ABl 1990 L 158, S. 56.

316 Siehe dazu die Nachw. oben in Fn. 80. Zu den Folgewirkungen der Umweltinformationsrichtlinie *Kahl*, Der europarechtlich determinierte Verfassungswandel im Kommunikations- und Informationsstaat Bundesrepublik Deutschland, in: Haratsch u.a. (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, 1996, S. 9 ff.; zutreffend von einer »echten Prinzipienwende« sprechend *Schmidt-Preuß* (Fn. 123), S. 798 (Hervorhebung im Original); vgl. auch *Schoch*, VVDStRL 57 (1998), 158 (185, 201 ff.); *Fastenrath*, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger unter dem Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts, Die Verwaltung 31 (1998), 277 ff.

textuellen Überformung des VwVfG bildet die Rückforderung EG-rechtswidriger nationaler Beihilfen (§ 48 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4, § 49a VwVfG)³¹⁷. Hier stehen einzelne Bestimmungen im Falle der Rückforderung von Beihilfen wegen EG-Rechtswidrigkeit nur noch auf dem Papier. Umstritten ist, ob die neu geregelten §§ 45, 46 VwVfG bereits von ihrem Wortlaut her dem EG-Recht widersprechen. Nach einem Teil des Schrifttums sind die verwaltungsprozessualen Auswirkungen der Beschleunigungsgesetzgebung mit dem Effektivitätsgebot nicht zu vereinbaren³¹⁸. Dem kann nicht gefolgt werden. Die §§ 45, 46 VwVfG lassen ausreichend Spielraum für eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung (gemeinschaftsrechtskonforme Reduktion) für den Fall, dass andernfalls Verstöße gegen EG-rechtliche Verfahrensvorschriften drohen³¹⁹. Zuletzt hat der Gerichtshof, wenngleich eher en passant und daher wohl nicht generalisierungsfähig, betont, Gemeinschaftsrecht komme in bestimmten Konstellationen ein Anwendungsvorrang auch gegenüber einer bestandskräftigen konkret-individuellen Verwaltungsentscheidung zu³²⁰. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf § 43 Abs. 2 VwVfG, dessen Wortlaut in derartigen Fällen verkürzend ist.

- 317 EuGH, Slg. 1997, I-1591; BVerwG, NJW 1998, 3728; BVerfG, NJW 2000, 2015; dazu statt vieler *Scholz*, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrenrecht – Zur Rechtsprechung des EuGH im Fall »Alcan«, DÖV 1998, 261 ff. einerseits (ablehnend) und *Winkler*, Das »Alcan«-Urteil des EuGH – eine Katastrophe für den Rechtsstaat?, DÖV 1999, 148 ff. andererseits (zustimmend); systematisch *Kadelbach* (Fn. 291), S. 457 ff.; *Scheuing*, Europäisierung des Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 34 (2001), 107 ff.; grundsätzlich *Bullinger*, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht, JZ 1999, 905 ff.; eingehend *Ehlers*, Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen, in: Stöber/H. Vogel (Hrsg.), Subventionsrecht und Subventionspolitik auf dem Prüfstand, 1999, S. 127 ff.; *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997.
- 318 So *Erbguth*, Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht – am Beispiel des Planfeststellungsrechts –, 1999, S. 89 ff.; *Wegener*, Rechte des einzelnen, 1998, S. 296 ff. (298); tendenziell ähnlich im Sinne eines Strukturunterschieds zwischen deutschem und europäischem Recht *Classen*, Die Verwaltung 31 (1998), 307 (323 ff.); *Kokott*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, Die Verwaltung 31 (1998), 335 (365 ff.).
- 319 Wie hier *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders. (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 45 Rn. 176 ff. Konfliktträchtig kann aber die Anwendung des § 46 VwVfG im Einzelfall sein; vgl. dazu, insbesondere zur gemeinschaftsrechtswidrigen BVerwG-Rechtsprechung zur regelmäßigen Folgenlosigkeit der Verletzung der UVP-Pflicht, *Kadelbach*, Verwaltungskontrollen im Mehrebenen-System der Europäischen Gemeinschaft, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 205 (236 f.); *Schmidt-Abmann/Ladenburger* (Fn. 288), Rn. 61 ff.; *Schoch* (Fn. 272), Strukturen, S. 300.
- 320 EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn. 26 ff.; einen generellen Angriff auf das Institut der Bestandskraft von Verwaltungsakten sehen in dieser Entscheidung *Brenner/Huber*, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999, DVBl 1999, 1559 (1565 f.); *Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen Verwaltungs-, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2000, 36 (37); für eine einschränkende Interpretation dagegen wie hier *Scheuing*, Die Verwaltung 34 (2001), 107 (141 ff.). Zum einen fehlt es an einer ständigen Rechtsprechung, zum anderen stellte eine so weitreichende Aushebelung nationalen Verfahrensrechts einen Verstoß gegen Art. 10 EGV dar; ebenso *Schoch* (Fn. 290), S. 45.

Häufiger als normtextuelle sind *interpretatorische* bzw. *konzeptionelle* Überformungen des nationalen Verwaltungsverfahrenrechts. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass eine in der nationalen Dogmatik (mehrheitlich) vertretene Auslegung bzw. Einordnung in eine andere Richtung gelenkt wird. So reichen die §§ 24, 26 VwVfG im Einzelfall nicht aus, um bestimmte, in Richtlinien vorgeschriebene Ermittlungen zu ersetzen³²¹. Die Anhörungspflicht nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist – entgegen der bislang h.M.³²² – bei Fällen mit EG-Bezug dahingehend erweiternd auszulegen, dass sie sich auf die Fälle der Ablehnung einer Begünstigung und auf eine Pflicht zum Rechtsgespräch bezieht³²³. In anderen europäischen Staaten (Frankreich, Vereinigtes Königreich) hat die gemeinschaftsrechtliche Dogmatik zur Begründungspflicht³²⁴ einen Reformdruck auf das nationale Verwaltungsverfahrenrecht ausgelöst³²⁵.

In den Zusammenhang des Verwaltungsverfahrenrechts gehören, wenngleich nicht unmittelbar den Regelungsgegenstand des VwVfG tangierend, die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht (Schutznormtheorie)³²⁶ und die Dogmatik der Verwaltungsvorschriften³²⁷. Primär das Umweltverfahrensrecht ist tangiert durch die Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) mit ihren Varianten der Projekt-UVP³²⁸ und der Plan-UVP³²⁹ sowie

321 *Pernice/Kadelbach*, DVBl 1996, 1100 (1106 f.) mit Beispielen.

322 BVerwGE 66, 184 (186); 68, 267 (270); BVerwG, NJW 1983, 2044; *Bonk/Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 28 Rn. 28, 38 f.

323 EuGH, Slg. 1991, I-5469 Rn. 23 ff.; *Schwarze* (Fn. 181), Bd. II, S. 1201 ff.

324 EuGH, Slg. 1987, 4097; *Müller-Ibold*, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990; *Schwarze* (Fn. 272), S. 808 ff.; *Zuleeg*, VVD-StRL 53 (1994), 154 (172 ff.).

325 *Hatje*, Europäische Rechtseinheit durch einheitliche Rechtsdurchsetzung, EuR, Beiheft 1/1998, 7 (19).

326 Dazu *Breuer*, Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, NVwZ 1997, 833 (840 ff.); *von Danwitz* (Fn. 298), S. 235 ff., 246 ff., 364 ff.; *O. Dörr*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Nomos-Kommentar zur VwGO (Loseblatt), Europäischer Verwaltungsrechtsschutz (EVR) Rn. 442 ff.; *Ehlers*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 47 ff.; *Hölscheidt*, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht? – Zu Wandlungen der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, EuR 2001, 376 ff.; *Kadelbach* (Fn. 291), S. 369 ff., 391 ff.; *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), 335 ff.; *Masing* (Fn. 80); *Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996; *Schoch*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 ff.; *Wahl*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzcker (Hrsg.), VwGO, Vorb § 42 Abs. 2 Rn. 121 ff.; *Wegener* (Fn. 317).

327 Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-2567 Rn. 17 ff.; EuGH, Slg. 1991, I-2607 Rn. 20 ff.; *Bönker*, Umweltstandards in Verwaltungsvorschriften, 1992; *Kadelbach* (Fn. 291), S. 143 ff., 303 ff.; *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 131 ff.; *Reiner Schmidt*, Einführung in das Umweltrecht, 6. Aufl. 2001, § 8 Rn. 53 ff.

328 Richtlinie 85/337/EWG des Rates v. 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, AB1 1985 L 175, S. 40, geändert durch Richtlinie 97/11/EG des Rates v. 3.3.1997, AB1 1997 L 73, S. 5. Umgesetzt durch Gesetz v. 12.2.1990, BGBl I S. 205; zuletzt geändert durch Gesetz v. 27.7.2001, BGBl I S. 1950.

329 Richtlinie 2001/42/EG v. 27.6.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, AB1 2001 L 197, S. 30.

durch die IVU-Richtlinie³³⁰. Der weite, durch das Artikelgesetz vom 27.7.2001 erheblich ausgedehnte, Anwendungsbereich des UVPG³³¹ hat jedoch zur Konsequenz, dass es sich bei der UVP trotz der schwerpunktmäßigen Verankerung im Umweltrecht der Sache nach um ein allgemeines, querschnittartiges Instrument handelt, welches integrativ zu berücksichtigende förmliche Verfahrensanforderungen³³² von praktischer Relevanz vor allem für das Planfeststellungsverfahren auch in zahlreichen, nicht zum Umweltrecht gehörenden Bereichen aufstellt. Überdies bringt die UVP-Richtlinie ein grundlegend anderes Verständnis der Rollen von Verwaltung, Antragsteller und Öffentlichkeit zum Ausdruck³³³ und modifiziert den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) durch Beibringungspflichten (§ 6 UVPG) zu einer »nachvollziehenden Amtsermittlung«³³⁴.

Die geschilderten Einwirkungen auf Text und/oder Verständnis des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts müssen insgesamt vor dem Hintergrund des Umstands gesehen werden, dass die Tradition und die Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts sowie die zugrunde liegenden Wertannahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU verschieden sind³³⁵. Die europäischen Verwaltungsverfahrensrechtsordnungen schwanken zwischen der deutschen Position einer weitgehenden Ausrichtung an der »richtigen« Sachentscheidung verbunden mit einer Akzentuierung des Verwaltungsprozesses und der richterlichen Kontrolldichte, unterlegt mit der Doktrin von der nur dienenden Funktion des Verfahrens einerseits³³⁶ und der französischen Position einer starken Gewichtung von Verfahrensfehlern, gekoppelt mit einer erheblichen Rücknahme der gerichtlichen Kontrolldichte andererseits³³⁷. Der EuGH sieht sich in Anbetracht dieser *heterogenen Verwaltungsrechtskulturen* gut beraten,

330 Richtlinie 96/61/EG des Rates v. 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl 1996 L 257, S. 26.

331 Vgl. §§ 3 – 3f UVPG n.F.

332 Dazu – unter jeweiliger In-Beziehung-Setzung zu den allgemeinen Vorschriften des VwVfG – *Sachs* (Fn. 318), § 63 Rn. 76 ff.

333 *Schmidt-Aßmann*, Die Umsetzung der Umweltverträglichkeitsrichtlinie in das nationale Recht, in: FS für Doehring, 1989, S. 889 ff.

334 Grundlegend *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 133 ff.

335 *Bullinger*, Nationales Verwaltungsverfahren im Vorfeld europäischer Rechtsangleichung, EuR Beiheft 1/1995, 35 ff.; *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), 335 (336 ff.); *E. Riedel*, Europäische Verwaltungsverfahrenssysteme im Vergleich, EuR Beiheft 1/1995, 49 ff.; *Schoch* (Fn. 272), Strukturen, S. 281 f.; *Schwarze* (Fn. 272), S. 790; am Beispiel umweltrechtlicher Genehmigungsverfahren werden die Differenzen veranschaulicht von *Bohne* (Fn. 189), S. 231 ff.

336 Prononciert in diesem Sinne in diesem Bande der Beitrag von *Gerhardt*.

337 Tiefeschürfend *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999; siehe auch *Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung, in: Schmidt-ABmann/ders. (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317 (347 ff.).

mit seiner Judikatur, insbesondere zum Effektivitätsgebot (*effet utile*)³³⁸, einen Mittelweg zwischen diesen Polen zu beschreiten, was ihm von Fall zu Fall unterschiedlich gut gelingt³³⁹. Seine Rechtsprechung hat im Zusammenwirken mit der EMRK zu einer wesentlichen *Annäherung (Konvergenz) der nationalen Verwaltungsrechtsordnungen* beigetragen. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der primären Ausrichtung am richterrechtlich konkretisierten und tendenziell extensiv ausgelegten Effektivitätserfordernis ein hohes Maß an Unberechenbarkeit ebenso innewohnt wie die Gefahr einer Überdehnung der Kompetenz des Gerichtshofs. Besonders deutlich zeigt sich dies am Beispiel der für die Rückforderung EG-rechtswidriger Subventionen weitgehend zur leeren Hülse degradierten Bestimmungen der §§ 48, 49a VwVfG. Der Inhalt dieser Normen, immerhin eine Grundlage für Eingriffe in subjektive Rechte des Bürgers, erschließt sich für wesentliche Anwendungsfälle nicht mehr durch ihre Lektüre, sondern nur noch durch ein mühsames, praktisch kaum durchführbares Studium der Amtlichen Sammlung des EuGH oder einschlägiger Kommentarwerke³⁴⁰. Ob dies unter den Aspekten des Vorbehalts des Gesetzes, des Bestimmtheitsgrundsatzes und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung noch hinnehmbar ist, erscheint höchst zweifelhaft. Zwar schafft die nunmehr geltende Verfahrensverordnung der EG in Beihilfesenachen³⁴¹ ein Stück weit Abhilfe, gleichwohl erscheint eine Umgießung der wichtigsten Kerngrundsätze zur Rücknahme EG-rechtswidriger Subventionen auch in nationales Recht, zumindest aber eine Verweisung auf die EG-Verfahrensverordnung im VwVfG unerlässlich. Bei inhaltlicher Betrachtung lassen die Überformungen durch das EG-Recht immer deutlicher, zum Teil von deutschen Rechtstraditionen abweichende,

338 Krit. insoweit *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, *Die Verwaltung*, Beiheft 2/1999, 135 (142 ff.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), *Ordnungsidee*, S. 321 f.; a.A. *Hoffmann-Riem* (Fn. 336), S. 353.

339 Vgl. *Schoch*, *Die Verwaltung* Beiheft 2/1999, 135 (153); zustimmend *Henneke*, *ZG* 2001, 71 (73). Vgl. auch *Kadelbach* (Fn. 291), S. 415 ff.; *Schwarze*, *Grundlinien und neuere Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Frankreich und Deutschland*, *NVwZ* 1996, 22 (26 f.).

340 In diesem Sinne auch *Ehlers*, Das Verwaltungsverfahrensgesetz im Spiegel der Rechtsprechung, *Die Verwaltung* 31 (1998), 53 (55); *Henneke*, *ZG* 2001, 71 (77); *Schoch*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2/1999, 135 (139).

341 VO (EG) Nr. 659/99 v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV (jetzt: Art. 88 EG), *ABl* 1999 L 83, S. 1. Diese VO kodifiziert bereichsspezifisch im Wesentlichen die in Art. 88 EGV und der hierzu ergangenen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte getroffenen Aussagen zu beihilfenverfahrensrechtlichen Fragen. Siehe dazu *Kruse*, *Bemerkungen zur gemeinschaftlichen Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle*, *NVwZ* 1999, 1049 ff.; *Nowak*, *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, *EuZW* 2001, 293 (293, 298 ff.); *Sinnaeve*, *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfesenachen*, *EuZW* 1999, 270 ff.; umfassend *Schweda*, *Administrative Normsetzung und Verwaltungsverfahren in der europäischen Beihilfenaufsicht*, 1999.

übergreifende Systemgedanken wie Transparenz, Effektivität, Prozeduralisierung, dezentrale Kontrolle³⁴² und Kooperation (Rücksichtnahme, Vertrauen) erkennen³⁴³. In nicht wenigen Fällen ist ein übergreifendes Regelungskonzept aber noch immer nicht hinreichend entschlüsselbar, erscheinen die Vorgaben (noch) zusammenhanglos und wenig deduktiv³⁴⁴. Von einem kohärenten, strukturierten allgemeinen EG-Verwaltungsverfahrensrecht kann bislang noch nicht gesprochen werden³⁴⁵. Es überwiegt die Determinierung durch die in der Rechtsprechung des EuGH geformten allgemeinen Verwaltungsrechtsgrundsätze und die, bereichsspezifisch unterschiedlich dichten, Vorgaben des sekundären Gemeinschaftsrechts³⁴⁶. Nur Teilbereiche, wie das Subventionsrecht und das Umweltrecht, sind bereits systematisch und in der Breite EG-rechtlich überlagert³⁴⁷.

Aus der Tatsache, dass die Einwirkungen des EG-Rechts mit rechtsverbindlicher Wirkung nur bei Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug zum Tragen kommen, resultiert ein, mit fortschreitender Integration von den Normadressaten zunehmend als problematisch empfundener, *Dualismus* des Rechts³⁴⁸. Ein und dieselbe Bestimmung ist unterschiedlich auszulegen, je nachdem ob der zugrunde liegende Sachverhalt einen Bezug zum EG-Recht aufweist oder nicht. Dieser Dualismus ist als solcher grundsätzlich unvermeidbar. Er kann

342 *Hatje*, Verwaltungskontrolle durch die Öffentlichkeit – eine dogmatische Zwischenbilanz zum Umweltinformationsanspruch, EuR 1998, 734 ff.

343 Zu den divergierenden Systemscheidungen und strukturellen Inkompatibilitäten zwischen dem deutschen und dem europäischen Verwaltungsverfahrensrecht *Scheuing* (Fn. 274), S. 305 ff., 321 ff., insbes. 331 ff.; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 136), Ordnungs idee, S. 295; *Schoch* (Fn. 272), Strukturen, S. 281 ff.

344 Eine Ursache hierfür liegt in dem fehlenden Überbau eines europäischen Verfassungsrechts, unter dessen Dach sich das Europäische Verwaltungsrecht konkretisieren ließe; vgl. *Hufen* (Fn. 34), S. 121 f.

345 Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 272), Perspektiven, S. 139 ff.; *Schwarze* (Fn. 272), S. 154; *ders.*, DVBl 1996, 881 ff.; *ders./Starck* (Hrsg.), Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in der EG, EuR Beiheft 1/1995; *Sommermann*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?, DVBl 1996, 889 ff.

346 Zum Baurecht etwa *Bauer/Pleyer*, Europäisierung des Baurechts, in: Bauer u.a. (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 603 ff.; zum Planungsrecht *Wahl*, Europäisches Planungsrecht – Europäisierung des deutschen Planungsrechts. Das Planungsrecht in Europa, in: FS für Blümel, 1999, S. 617 ff.; ferner die Beiträge von *Rengeling, Kadelbach, Wahl, Erichen und Wolfgang*, in: FS für Hoppe, 2000, S. 883 ff.; zum Wirtschaftsverwaltungsrecht *Brenner*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996, S. 50 ff.; *Ehlers*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht im europäischen Binnenmarkt, NVwZ 1990, 810 ff.; *Hatje* (Fn. 295).

347 Wie hier *Bonk/Schmitz* (Fn. 33), § 1 Rn. 204a f. Eingehend zum Umweltrecht *Schmidt-Aßmann/Ladenburger* (Fn. 288), Rn. 4 ff., 22 ff., 30 ff.; vgl. auch *Barth/Demmke/Ludwig*, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsorganisationsrechts im Bereich des Umweltrechts, NuR 2001, 133 ff.; *Bohne* (Fn. 189), S. 227 ff., 256 ff., 261 ff., 271 ff.

348 Grundsätzlich dazu *P.M. Huber*, Das duale Regelungsregime als Sackgasse der Europäisierung, in: FS für Maurer, 2001, S. 1165 ff.; *Kadelbach* (Fn. 291), S. 290 ff.; *Kahl*, Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht, Die Verwaltung 29 (1996), 341 (376 ff.).

nur auf der Basis freiwilliger, von der »Sogkraft«³⁴⁹ des EG-Rechts bzw. dessen Spill-over-Effekten ausgelöster Anpassungsbemühungen des nationalen Rechtsetzers abgemildert werden³⁵⁰.

G. Kodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts

Auch wenn sich das europäische Verwaltungsverfahrensrecht als durchgebildete, geschlossene Materie erst noch im Werden befindet, wird man der Feststellung, »es dürfte ein Zustand erreicht sein, der eine koordinierte Fortentwicklung des europäischen und der nationalen Verwaltungsverfahrensrechte dringlich macht«³⁵¹, ohne Weiteres zustimmen können. Der Teufel steckt jedoch im Detail, nämlich bei der Frage, *wie* eine solche Harmonisierung des nationalen und des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts konkret aussehen kann.

Hier stellt sich vorrangig die Frage der *Kompetenz*³⁵². Für den direkten Vollzug verfügt die EG über eine Zuständigkeit, welche sich aus den einschlägigen materiellen Bestimmungen i.V.m. einer ungeschriebenen Zuständigkeit kraft Natur der Sache ergibt. Anders im Bereich des indirekten Vollzugs: Hier hat die EG *de lege lata* nur die Kompetenz für Teilkodifikationen³⁵³, nicht aber für eine generelle, von den einzelnen Befugnissen losgelöste Gesetzgebung³⁵⁴. Insofern erweist sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Generalkodifikation des europäischen Verwaltungsverfahrensrechts jedenfalls teilweise als eine rechtspolitische. Es müsste erst im Wege der Vertragsänderung eine spezielle Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden. Hierfür ist eine politische Mehrheit gegenwärtig nicht zu erkennen.

349 Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 3 Rn. 70.

350 Ladeur, EuR 1995, 227 (228); Reiner Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch. 91 (2000), 149 (162); Schoch (Fn. 272), Strukturen, S. 305 f., 315; M. Schröder, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Die Verwaltung 31 (1998), 256 (258).

351 Bonk/Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 204a; vgl. auch Schily, Die Europäisierung der Innenpolitik, NVwZ 2000, 883 (888).

352 Kahl, Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, NVwZ 1996, 865 ff.; Vedder, EuR Beiheft 1/1995, 75 ff.

353 Basierend auf der jeweiligen materiellen Ermächtigung (insbesondere Art. 95 EGV) i.V.m. der Lehre der Annexkompetenz.

354 Vgl. Henneke, ZG 2001, 71 (75); E. Klein (Fn. 275), S. 143; Schwarze (Fn. 181), Bd. I, S. 48 ff. (51); Bd. II, S. 1397 f.; Sommermann, DVBl 1996, 889 (896 f.); Streinz (Fn. 272), S. 247; Vedder, EuR Beiheft 1/1995, 75 (91 ff.).

Ungeachtet der kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten ist nach Ansicht der meisten deutschen Autoren die Zeit für eine Generalkodifikation der EG-rechtlichen Determinanten für den *indirekten* Verwaltungsvollzug gegenwärtig noch nicht reif³⁵⁵. Als Haupthindernis wird der erhebliche Abstimmungsbedarf zwischen den unterschiedlichen nationalen Vollzugssystemen³⁵⁶ betrachtet. Gleichwohl erscheint diese Einschätzung heute zu pessimistisch. Bereits bei mittelfristiger Perspektive ist eine Kodifikation der Vorgaben für den indirekten Vollzug nicht mehr utopisch. Hierin läge ein nicht zu unterschätzender Beitrag für mehr Rechtssicherheit und -klarheit sowie für eine Effektivierung des notleidenden, uneinheitlichen nationalen Vollzugs³⁵⁷. Auch würde die dauerhafte Aufbürdung der Rolle des Ersatzgesetzgebers auf die richterliche Gewalt in Europa, so notwendig diese in der ungesicherten Anfangszeit der europäischen Integration war, auf Dauer zu einer Überforderung auf dem Rücken des Gewaltenteilungsgrundsatzes und des Gebotes effektiven Rechtsschutzes führen³⁵⁸.

Allerdings müsste, um einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 10 EGV auszuschließen, an den Beginn der Kodifikation betreffend den indirekten Vollzug eine Bestimmung gestellt werden, welche den Grundsatz der mitgliedstaatlichen Autonomie im Sinne einer Generalklausel festschreibt³⁵⁹. Die EG hätte sich auf die Regelung dessen zu beschränken, was für einen wirksamen Vollzug des Gemeinschaftsrechts zwingend erforderlich ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 EGV)³⁶⁰. Auf nationale Besonderheiten und Traditionen müsste hinreichend Rücksicht genommen werden³⁶¹. Anzustreben ist keine Uniformität, sondern eine Einheit in Vielfalt, die aufbauend auf dem Vertrauensprinzip einen begrenzten Wettbewerb der Regulierungsmodelle zulässt. Generell sind zwei Vorgehensweise vorstellbar: Ein Weg könnte darin liegen,

355 Vgl. stellv. *Sommermann*, DVBl 1996, 889 (897); *Streinz* (Fn. 272), S. 291; *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (194).

356 Dazu *Pache*, EG-rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Harmonisierung nationaler Vollzugssysteme, in: Lübbe-Wolff (Hrsg.), Der Vollzug des europäischen Umweltrechts, 1996, S. 177 (190 ff.).

357 Wie hier *Schmidt-Aßmann* (Fn. 272), Perspektiven, S. 161; *ders.* (Fn. 136), Ordnungsidee, S. 292; *M. Schröder*, Die Verwaltung 31 (1998), 256 (261); *Schwarze* (Fn. 272), S. 219 ff. (223); *Sommermann*, DVBl 1996, 889 (898); vgl. auch *E. Klein* (Fn. 275), S. 124 (aber auch ebd., S. 138); a.A. *Priebe*, Diskussionsbeitrag, EuR Beiheft 1/1995, 99 (104 ff.); vgl. auch *H. P. Ipsen*, Diskussionsbeitrag, in: *Schwarze* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982, S. 123, der die Vorstellung einer »allgemeinen Kodifizierung des Verwaltungsrechts« im Jahre 1981 für noch »verwegener« hielt als diejenige, eine Gemeinschaftsverfassung zu entwerfen.

358 *Schwarze* (Fn. 272), S. 220; ebenso *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (194); a.A. *E. Klein* (Fn. 275), S. 143.

359 Vergleichbar Art. 79 der VO Nr. 40/94 über die Gemeinschaftsmarke (Fn. 287), jedoch systematisch an der Spitze der Kodifikation stehend.

360 *C. Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 76 ff., 116 ff.

361 *Kahl*, Die Verwaltung 29 (1996), 341 (382); zu weitgehend *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), 154 (176 f., 199 – These 31).

zunächst abstrakt den Kanon der allgemeinen Rechtsgrundsätze im Sinne eines Allgemeinen Teils festzuschreiben und sodann in einem Besonderen Teil die jeweiligen sekundärrechtlichen Vorgaben des EG-Verfahrensrechts für einzelne Politikbereiche zusammenzuführen. Ein anderer, stärker vernetzter Ansatz würde auf einen abstrakten Teil verzichten und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sogleich in der konkreten Form niederlegen, die sie durch Richterrecht und Sekundärrecht in den einzelnen Politikbereichen gefunden haben³⁶².

Die Annahme liegt nahe, dass der Weg zu beiden Kodifikationstypen steinig und langwierig sein dürfte. Ein stufenweises Vorgehen bietet sich daher an³⁶³. Gefordert sind zunächst Bemühungen um eine einheitlichere Vollzugspraxis durch Empfehlungen, Leitlinien und informelle Kontakte sowie durch die Verabschiedung von Bereichskodifikationen³⁶⁴, etwa im Agrarrecht, Umweltrecht, Lebensmittelrecht oder Sozialrecht. Als Vorbilder fungieren dabei der Zollkodex und die Beihilfenverfahrensverordnung. Abgesehen davon besteht vor allem ein erheblicher praktischer Bedarf nach einer Verbesserung der Qualität und Quantität der EG-Rechtsetzung durch eine Kompilierung und Konsolidierung der über 70.000 EG-Rechtsakte³⁶⁵. Die Gemeinschaft hat die Aufgabe, ihr Recht transparenter, kohärenter und lesbarer zu gestalten, seit dem Gipfel von Edinburgh (1992)³⁶⁶ angenommen und verschiedene Programme aufgelegt. Zwar ist dabei irreführend von einer »Kodifikation« die Rede, der Begriff ist aber untechnisch zu verstehen. In der Sache geht es um eine redaktionelle Neubekanntmachung wiederholt geänderter Verordnungen und Richtlinien³⁶⁷.

Von der Frage der Kodifikation der Vorgaben für den indirekten Vollzug unberührt bleibt die Zweckmäßigkeit einer Generalkodifikation des *Eigenverwaltungsverfahrensrechts* der EG³⁶⁸. Das Vorhandensein einer Reihe bereichsspezifischer Regelungen vermag hierbei ebenso wenig ein schlagendes

362 In diesem Sinne *Priebe*, EuR Beiheft 1/1995, 99 (106).

363 *Bühler* (Fn. 107), S. 67 ff., 80 ff.

364 Für ausreichend erachtet diese *Rengeling*, VVDStRL 53 (1994), 202 (231 f.); a.A. *Schwarze* (Fn. 272), S. 222.

365 Zahl aus dem Jahre 1997 nach *Hatje*, EuR Beiheft 1/1998, 7 (24); mittlerweile dürfte die Zahl noch deutlich höher liegen.

366 Schlußfolgerungen des Europäischen Rates von Edinburgh v. 11.12.1992, Bull.EG 12-1992, 20 f.

367 Vgl. bereits Entschließung des Rates v. 26.11.1974 über die Kodifizierung seiner Rechtsakte, ABl 1975 C 20, S. 1. Zu neueren Programmen, insbesondere dem SLIM-Projekt der Kommission (»Simpler Legislation for the Internal Market«), siehe *Kahl* (Fn. 298), Art. 14 Rn. 27; ferner *Hatje*, EuR Beiheft 1/1998, 7 (24 f.). Vgl. auch die Interinstitutionelle Vereinbarung von Rat, Kommission und Parlament, Rechtsakte zukünftig mit einem einzigen Rechtstext zugleich zu ändern und zu kodifizieren; zit. nach EuZW 2001, 580 sowie *Heydt*, EuZW 2002, 34. Zur primärrechtlichen Ebene vgl. von *Bogdandy/Ehlermann* (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, EuR Beiheft 2/1998.

368 Hierfür auch *Priebe*, EuR Beiheft 1/1995, 99 (100); *Schily*, NVwZ 2000, 883 (888); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 272), Perspektiven, S. 161 f.

Gegenargument zu liefern wie die (vorgebliche) Verschiedenheit der förmlichen Verfahren³⁶⁹. Diesen Aspekten kann, wie der fünfte Teil des VwVfG unterstreicht, durch die Trennung einer Eigenverwaltungsrechtskodifikation in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil hinreichend Rechnung getragen werden. Umgekehrt jedoch verfügt die EG im Bereich des direkten Vollzugs bereits de lege lata über ausreichende Kompetenzen und ist – anders als beim indirekten Vollzug – unmittelbar gefordert. Sie kann sich daher nicht mit einem Verweis auf die primäre Verantwortung der Mitgliedstaaten begnügen. Da eine Kodifikation des Eigenverwaltungsrechts auch die allgemeinen Verfahrensgrundsätze aufnehmen müsste, diese aber für den direkten und indirekten Vollzug weitgehend parallel gelten³⁷⁰, käme auch eine separate Kodifikation dieser Grundsätze mit übergreifender Wirkung für den gesamten Vollzug von EG-Recht in Betracht³⁷¹. Die Kodifikationen des Eigenverwaltungsrechts und des Gemeinschaftsverwaltungsrechts, sofern sie überhaupt noch nachfolgen, könnten sich dann mit der Regelung der jeweiligen konkreten Probleme begnügen.

Als nicht ratsam erweist sich demgegenüber die Schaffung von 15 (demnächst möglicherweise bis zu 27) eigenständigen Verfahrensrechtskodifikationen auf *nationaler* Ebene im Sinne eines Sonderrechts für den Vollzug von EG-Recht (»EG-VwVfG«). Auf diese Weise dürfte es nicht gelingen, die Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts dauerhaft sicherzustellen und eine Verbesserung gegenüber dem Status quo herbeizuführen. Nicht unerhebliche nationale Alleingänge wären wohl vorprogrammiert. Ungeachtet dessen muss auch die nationale Ebene ihren Beitrag zur Vereinheitlichung des Europäischen Verwaltungsrechts leisten und ist zu einer inneren Reform der Rechtsdogmatik aufgefordert. Mögliche Hebel hierfür bieten die Prinzipien der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung sowie die punktuelle Novellierung des nationalen Verwaltungsrechts durch Anpassung an die Vorgaben des EG-Rechts oder durch Verweisung auf gemeinschaftsrechtliche Regelungen.

369 A.A. Vedder, EuR Beiheft 1/1995, 75 (89).

370 Zur Parallelisierungsthese Schmidt-Aßmann (Fn. 272), Perspektiven, S. 139.

371 Ausschließlich hierfür (und gegen eine EG-Kodifikation nach Art des VwVfG) Harlow, Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot, ELJ 1996, Vol. 2, S. 3 ff.

H. *Stärkung des VwVfG als Zentrum des Verwaltungsverfahrenrechts*

I. *Über die Notwendigkeit einer Rekodifikation des Verwaltungsverfahrenrechts*

Die Einheit des Verwaltungsverfahrenrechts in Deutschland ist gegenwärtig von innen wie von außen bedroht. Reaktions- und Präventionsstrategien sind daher vonnöten, um die Rechtszersplitterung aufzuhalten bzw. umzukehren. Ziel muss es sein, das VwVfG als Zentrum des Verwaltungsverfahrenrechts zu stärken und unter Berücksichtigung der praktischen Bedürfnisse der Verwaltung schrittweise und wohl überlegt in Richtung auf eine Generalkodifikation auszubauen³⁷². Dabei bedarf es eines langen Atems. Viele der im Folgenden gemachten Vorschläge werden sich politisch voraussichtlich nicht oder nur mit größten Anstrengungen realisieren lassen. Gleichwohl darf die Wissenschaft nicht müde werden, auf deren Richtigkeit und Notwendigkeit unablässig hinzuweisen. Dass es nicht unmöglich ist, verselbständigtes Sonderrecht auch nach längerer Zeit wieder normativ »einzufangen« und in die allgemeine Kodifikation zu integrieren, unterstreicht mit vorbildhafter Wirkung die zum 1.1.2002 in Kraft getretene Schuldrechtsreform, auf die daher vorab ein kurzer Seitenblick geworfen werden soll, ehe zu einigen konkreten, das VwVfG betreffenden Rekodifikationsmaßnahmen Stellung genommen werden soll.

II. *Exkurs: Das Vorbild der Schuldrechtsreform 2002*

Zum 1.1.2002 trat eine umfassende Neuregelung des Schuldrechts in Kraft³⁷³. Diese wurde angestoßen durch den Zwang zur Umsetzung einer Reihe von EG-Richtlinien, etwa der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der e-commerce-Richtlinie und der Zahlungsverzugsrichtlinie. Der Gesetzgeber hat sich nach heftigen Kontroversen gegen eine punktuelle Änderung des Schuldrechts und für eine umfassende Reform des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts sowie des Verjährungsrechts entschieden³⁷⁴. Dem Gesetz zur Schuldrechts-

372 Wie hier *Pitschas* (Fn. 30), S. 100.

373 Die Literatur zur Schuldrechtsreform ist längst unüberschbar. Vgl. für einen Überblick *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001; *Helms* u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001; *Schwab*, *Das neue Schuldrecht im Überblick*, JuS 2002, 1 ff. sowie im Übrigen die umfangreiche Materialsammlung von *S. Lorenz*, <http://www.lrz-muenchen.de/~Lorenz/schumod/index.htm> (Stand: 26.11.2001).

374 Zum Gesetzgebungsverfahren vgl. BT-Drucks. 14/6040; 14/6857; 14/7052.

modernisierung geht es neben den Änderungen in den Bereichen Verjährungsrecht, Leistungsstörungenrecht sowie Kauf- und Werkvertragsrecht um eine Integration von bisher in Nebengesetzen geregelten Materien, insbesondere des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes, in das BGB. Insofern kann von einer teilweisen Rekodifikation des Zivilrechts gesprochen werden. Nachdem durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts vom 27.6.2000 bereits ein Teil des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes in das BGB aufgenommen wurde, wurden mit der Schuldrechtsreform 2002 die Regelungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305-310 n.F.), Haustürgeschäfte (§§ 312, 312a n.F.), Fernabsatzverträge (§§ 312b-312d n.F.), Teilzeit-Wohnrechtsverträge (§§ 481-487 n.F.) und Verbraucherkreditverträge (§§ 491-506 n.F.) in das BGB einbezogen. Hauptmotive für die Rekodifikation waren eine Verringerung der Rechtszersplitterung sowie der Intransparenz des Rechts für den Rechtsanwender³⁷⁵. In der zivilrechtlichen Literatur war bereits davon gesprochen worden, die dogmatische Geschlossenheit, Systemperfektion und Universalität des BGB laufe Gefahr, »einer Polypragmasie der Gesetzgebung der demokratisch verfaßten Industriegesellschaft geopfert zu werden«³⁷⁶. Hierbei wurde auf die Stichworte Arbeitsrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, AGB-Gesetz und Verbraucherschutzrecht verwiesen. Die Schuldrechtsreform wirkt dieser Gefahr nunmehr immerhin in wesentlichen Punkten entgegen, ohne sie als solche zu beseitigen. Neben der äußeren Einheit sollte mit dem »BGB 2002« auch die inhaltliche Homogenität des Privatrechts erhöht und das Verbraucherrecht wieder stärker an die Grundprinzipien des BGB rückgekoppelt werden³⁷⁷. Für die Integration des AGBG wurde zudem auf den Rechtsvergleich mit anderen europäischen Rechtsordnungen verwiesen³⁷⁸. Bei der Rekodifikation wurden die Ergebnisse der bisherigen Bemühungen um eine internationale Rechtsvereinheitlichung (Principles of European Contract Law der Europäischen Vertragsrechtskommission, Principles of International Commercial Contracts von UNIDROIT) berücksichtigt, um im Wettbewerb der Rechtsordnungen um die Gestaltung eines zukünftigen Europäischen Zivilgesetzbuchs (oder zumindest Vertragskodex) aktiv-gestaltend Einfluss nehmen zu können. Das neue Schuldrecht, so die begründete Hoffnung des Reformgesetzgebers, werde die Chancen für einen Export deut-

375 BT-Drucks. 14/6040, S. 91 f.

376 H. Schlosser (Fn. 1), S. 206; vgl. auch ebd., S. 263 f.; zur Entwicklung des BGB im 20. Jahrhundert siehe Kern, Neuere Entwicklungen im Bürgerlichen Recht, JuS 1996, 1 ff.; Laufs, Beständigkeit und Wandel – Achtzig Jahre deutsches BGB, JuS 1980, 853 ff.; H. Schlosser, Zivilrecht für 100 Jahre? – Das janusköpfige Bürgerliche Gesetzbuch, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996, 1997, S. 5 ff.; Schmoeckel, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, 1697 ff.; Stürner, JZ 1996, 741 ff.

377 BT-Drucks. 14/6040, S. 97.

378 BT-Drucks. 14/6040, S. 92, 98.

scher zivilrechtlicher Begrifflichkeiten, Institute und Systeme spürbar erhöhen.

III. Konkrete Schritte zur Rekodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts

Teilt man die Einschätzung von der Notwendigkeit und den gemäßigten Optimismus hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit einer Rekodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts, so schließt sich hieran die Frage nach konkreten einzelnen Maßnahmen an, welche der Erreichung dieses Ziels dienlich sein könnten. Im Folgenden soll deshalb ein (nicht abschließend verstandener) Katalog von konkreten Rekodifikationsschritten vorgestellt werden:

Erstens: Zunächst ist die *Integration des abgaben- und sozialrechtlichen Verfahrens*³⁷⁹ in das VwVfG erneut zu prüfen. Die Besonderheiten des Abgabenrechts haben sich nicht als so weitreichend erwiesen, dass sie eine Abnabelung vom VwVfG rechtfertigten. Im Gegenteil: Zwischen der AO und dem VwVfG lässt sich von einer deutlich überwiegenden inhaltlichen und sprachlichen Kongruenz sprechen. Für das Sozialrecht wird dies zum Teil anders gesehen³⁸⁰. Verwiesen wird auf die besondere (Vertrauens-)Schutzbedürftigkeit des sozial schwächeren Bürgers und auf die bislang nicht gelungene³⁸¹ Vereinheitlichung der drei Fachgerichtsbarkeiten. Diese Bedenken greifen indes nicht durch. Die Abweichungen vom allgemeinen Verfahrensrecht sind auch im Sozialrecht hinsichtlich ihrer Quantität und Qualität nicht so einschneidend, als dass sie nicht hätten im VwVfG berücksichtigt werden können³⁸². Bei Besonderheiten, die als Vorzüge des SGB X angesehen werden, spricht nichts dagegen, sie in den Rang des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts zu erheben³⁸³.

379 In diesem Sinne auch *Dittus*, Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in den Ländern, in: Blümel (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, 1984, S. 79 (90 f.); *Hufen* (Fn. 31), Rn. 395; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 2; *Meyer*, ZRP 1979, 105 (109 f.); *Pitschas* (Fn. 30), S. 100; a.A. *Henneke* (Fn. 30), Vor § 1 Rn. 6.

380 Historisch *Klappstein* (Fn. 19), S. 46 ff.; aktuell *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 68.

381 Hierzu (eine Vereinheitlichung fordernd) *Rainer Pitschas*, Reform des sozialgerichtlichen Verfahrens. Zur Integration von Sozial- und allgemeiner Verwaltungsgerichtsbarkeit, SGB 1999, 385 (389, 392 f.); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 32), Einleitung Rn. 98 f.

382 Zutreffend *Meyer*, ZRP 1979, 105 (109 f.); *Sendler*, NVwZ 1999, 132 (133); *Ule*, Das Verwaltungsverfahren im Sozialgesetzbuch, VSSR 8 (1980), 283 (286 f., 297); *Ule/Laubinger* (Fn. 17), § 5 Rn. 1; § 8 Rn. 10.

383 Z.B. die größere Strenge des Anhörungsgebots gem. § 24 Abs. 1 SGB X (dazu *Hufen* [Fn. 31]), Rn. 395; *Meyer*, ZRP 1979, 105 [109 f.]) oder die Nichterfassung der Anhörung durch die Unbeachtlichkeitsvorschrift des § 42 SGB X (dazu BSozGE 44, 207; *Maurer* [Fn. 64] § 10 Rn. 42).

Zweitens: Bis es zu einer Verschmelzung der drei Säulen kommt, müssen Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsrechtswissenschaft ihre Aufmerksamkeit verstärkt auf die *Herausarbeitung übergreifender Strukturen* und *allgemeiner Interpretationsmaßstäbe* für vergleichbare Regelungen im Sinne einer verbindenden Dogmatik des Verwaltungsverfahrenrechts richten³⁸⁴. Hier sind bislang erst Ansätze erkennbar. Übergreifende Gesamtbetrachtungen sind jedoch unverzichtbar, um die Chancen für eine Harmonisierung und Fortentwicklung in den einzelnen Säulen sowie die Möglichkeiten für gegenseitige Verweisungen auszuloten³⁸⁵. Allgemein gesprochen wird es zukünftig darum gehen, im Rahmen der teleologischen Auslegung den Zweck der Verfahrensvereinheitlichung, welcher dem übereinstimmenden Willen von Bund und Ländern entspricht, dahingehend durchschlagen zu lassen, dass einheitlich benutzte Begriffe auch einheitlich ausgelegt und dass die §§ 1, 2 VwVfG so interpretiert werden, dass sie dem Bundes-VwVfG den größtmöglichen Anwendungsbereich sichern³⁸⁶. Im Zweifel bleibt es beim (teilweisen) Schweigen eines Spezialgesetzes bei der Anwendbarkeit des VwVfG³⁸⁷.

Drittens: Die Fachressorts trifft bei dem Erlass neuer Sonderregelungen sowie bei der Novellierung der Verwaltungsverfahrensgesetze eine *Prüfungs- und Begründungspflicht* hinsichtlich der Wahrung der Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrenrechts und des zwingenden sachlichen Bedarfs für eine etwaige Derogation. Daneben bleibt die *Bereinigung* des Verwaltungsverfahrenrechts ein Dauermandat³⁸⁸. Zum einen sind periodisch systematische Bereinigungen durchzuführen und zum anderen sollten permanent anlassbezogene Novellenbereinigungen durchgeführt werden.

Viertens: Neben der Drei-Säulen-Theorie erweist sich der kupierte *Anwendungsbereich des VwVfG* für den Gedanken der Einheit des Verwaltungsverfahrens als in besonderem Maße abträglich. Das VwVfG basiert auf einem

384 Zur Rolle der Gerichte hierbei Ehlers, Die Verwaltung 31 (1998), 53 ff.; Schmidt-Aßmann, Der Beitrag der Gerichte zur verwaltungsgerichtlichen Systembildung, VBIBW 1988, 381 ff.; Stelkens, Die Rolle der Verwaltungsgerichte bei der Umsetzung der Verwaltungsverfahrensgesetze, NWVBl 1989, 335 ff.; zurückhaltend zum tatsächlichen Beitrag der Rechtsprechung zur Einheitsbildung im Verwaltungsverfahrenrecht Klappstein (Fn. 19), S. 100 ff.; Schoch, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (37 ff., 51 f.).

385 Wie hier Henneke (Fn. 30), Vor § 1 Rn. 6; vgl. auch P. Stelkens/Schmitz (Fn. 112), § 2 Rn. 47 ff., 88 ff.

386 Henneke (Fn. 30), Vor § 1 Rn. 10; Klappstein (Fn. 19), S. 111; Kopp/Ramsauer (Fn. 5), Einführung Rn. 10 f.; § 1 Rn. 34; P. Stelkens/Sachs (Fn. 2), Einleitung Rn. 85 ff.

387 Bonk/Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 207 ff. unter Hinweis auf BVerwGE 85, 79 (82 f.); 88, 130 (132 f.); mit Einschränkung Hoffmann, in: Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1999, § 1 Rn. 47; Kopp/Ramsauer (Fn. 5), § 1 Rn. 35 f. (nur bei zeitlich vor dem VwVfG erlassenen Gesetzen oder bei neuartigen Phänomenen wie Massenverfahren).

388 Gleichsinnig Bonk/Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 6; Klappstein (Fn. 19), S. 149 ff. An einer weiteren Überprüfung von Sonderverwaltungsrecht arbeitet die Unabhängige Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes.

vorsichtigen, attentistischen Ansatz. Realakte, Satzungen und andere Handlungsformen der Verwaltung, welche durch eine ausgeprägte Heterogenität gekennzeichnet sind, wurden zunächst nicht einbezogen, da es sich für diese Bereiche nach Ansicht des historischen Gesetzgebers als schwierig erwies, Regeln zu finden, welche zum einen abstrakt genug sind, um möglichst viele reale Erscheinungen zu erfassen, welche zum anderen aber so konkret sind, dass sie für die praktische Arbeit der Verwaltung taugen. Unter diesen Umständen hat der Gesetzgeber die weitere Entwicklung der Verwaltungsrealität und die Bewährung der Spezialregelungen abwarten wollen. Ein solches Vorgehen lag im Jahre 1976 nicht fern³⁸⁹. Mittlerweile ist der Stand der dogmatischen Erschließung des Verfahrens beim Erlass von Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften jedoch so weit vorangeschritten, dass sich mit Fug die Stimmen mehren, die für eine entsprechende Erweiterung des Anwendungsbereichs des VwVfG eintreten³⁹⁰. Das Allgemeine Verwaltungsgesetz für Schleswig-Holstein und der Sachverständigenentwurf für ein UGB liefern hier nützliches Anschauungsmaterial. Äußern muss sich eine Kodifikation ferner zu den verschiedenen Formen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns³⁹¹, insbesondere zur Zwei-Stufen-Theorie und zum Verwaltungsprivatrecht im Subventionsrecht und im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe. Zu regeln ist ferner der Bereich der Realakte³⁹², zumal der öffentlichen Warnungen, nicht aber das informelle Verwaltungshandeln³⁹³.

389 Für ein stufenweises Vorgehen *Bettermann* (Fn. 15), S. 144 ff.; *Laubinger*, Der Verfahrensgedanke im Verwaltungsrecht, in: K. König/Merten (Hrsg.), *Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2000, S. 47 (50 f.).

390 *Blümel* (Fn. 30), S. 22; *Hufen* (Fn. 31), Rn. 446, 488 ff.; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 5), Einführung Rn. 3; *Pitschas* (Fn. 30), S. 101; *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (33 f., 50); *Schmidt-Aßmann*, Das Verwaltungsverfahren, in: HStR, Bd. 3, 2. Aufl. 1996, § 70 Rn. 8. Gegen eine Regelung der Verwaltungsvorschriften im VwVfG *Grupp*, Verwaltungsinterne Rechtsetzung – Bedarf und Möglichkeiten ihrer Aufnahme in das Verwaltungsverfahren?, in: *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1994, S. 215 (228). Grundsätzlich zum Problem *Pitschas*, Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht – Vom Formendualismus des Verwaltungsverfahrens zur Ausdifferenzierung der Handlungsformen, in: *Blümel/ders.*, ebd., S. 229 ff.; *Gößwein*, Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?, 2001.

391 *Pitschas* (Fn. 30), S. 101.

392 *Hufen* (Fn. 31), Rn. 476 ff. (477, 483); *Pitschas* (Fn. 30), S. 44; *Schmidt-Aßmann*, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl 1989, 533 (541); für die Aufnahme einer Ermächtigung für staatliche Informationen in das VwVfG *Di Fabio*, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, 1 (5); skeptisch *Maurer* (Fn. 64), § 15 Rn. 11; *P. Stelkens/Schmitz* (Fn. 112), § 1 Rn. 125. Generell zurückhaltend *Bonk*, NVwZ 2001, 636 (639); *P. Stelkens/Sachs* (Fn. 2), Einleitung Rn. 20.

393 Eine vollständige Formalisierung würde das unabwiesbare praktische Bedürfnis nach Informalität verkennen und nur zur Erfindung immer neuer Formen des Informalen führen; vgl. *Brohm*, Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern?, DVBl 1990, 321 (323); *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1989, 533 (540); *Schoch*, Die Verwaltung 25 (1992), 21 (52 f.); *Voßkuhle*, VerwArch. 92 (2001), 184 (206 m. Fn. 139). Zum Problem sich erst langsam herausbildender Konturen eines Rechts der Publikumsinformation *Voßkuhle* (Fn. 80), S. 387 ff.

Fünftens: Systematische Fehlentscheidungen des Gesetzgebers, etwa die Auslagerung der *Umweltverträglichkeitsprüfung*, des *Zugangs zu Behördeninformationen* oder des *Vergabeverfahrens* aus dem VwVfG, müssen korrigiert und die genannten Materien als »geborene« VwVfG-Fragen in die Kodifikationen des Bundes und der Länder überführt werden.

Sechstens: Sollte sich der gegenwärtige Eindruck verfestigen, dass sich eine Mehrheit für eine Änderung der Gesetzgebungskompetenzen im Umweltrecht nicht finden wird und das Projekt UGB daher gescheitert ist, gilt es über eine alsbaldige Integration der Vorschriften über die *Vorhabengenehmigung* (§§ 80 ff. UGB-KomE) in die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder nachzudenken, zumal dieser Weg sich kompetenzrechtlich als unproblematisch gangbar erweist³⁹⁴. Zwar galt eine Integration der verfahrensrechtlichen Vorschriften des UGB in die VwVfGe zunächst mehrheitlich nur als zweitbeste Lösung, verglichen mit der nun gewählten Sonderrechtslösung wäre sie aber der klar vorzugswürdige Weg. Alternativ ist zu erwägen, eine um die strittigen natur- und wasserrechtlichen Regelungen verkleinerte UGB-Version auf der Ebene des Bundes zu verabschieden. Die Länder hätten dann im Konvoi einheitliche Landesumweltgesetzbücher unter Einschluss des Naturschutz- und Wasserrechts zu erlassen, wobei sie sich auf das Engste an der grundsätzlichen Konzeption, Zielsetzung und Begrifflichkeit des Bundes-UGB anlehnen müssten³⁹⁵.

Siebtens: Das VwVfG leidet unter einer ausgeprägten *Verfahrenstypenarmut*. Fragen des *förmlichen Genehmigungsverfahrens*, etwa im Bau- und Umweltrecht, sind bislang im Sonderverwaltungsrecht geregelt. Die §§ 63 ff. VwVfG sind faktisch weitgehend bedeutungslos geblieben. Das VwVfG begibt sich damit selbst seiner materiellen Prägekraft nach innen wie nach außen in einer ganz zentralen Frage. Dies ist umso problematischer, als das spezialisierte Anlagenzulassungsrecht durch einen weitgehenden Wildwuchs gekennzeichnet und die Anwendbarkeit des VwVfG auf die neuartigen Anzeige- und Genehmigungsfreistellungsverfahren nicht hinreichend geklärt ist. Es ist bislang weder gelungen, das materielle Anlagenzulassungsrecht zu vereinheitlichen und zu vereinfachen noch die unterschiedlich gestalteten gestuften, parallelen, konzentrierten, vorläufigen und endgültigen Verfahren in ein stimmiges System zu bringen. Vor diesem Hintergrund kann die Aufnahme der umweltrechtlichen Vorhabengenehmigung in die VwVfGe nur der erste Schritt sein. Darüber hinaus sollte im Anschluss an *Wahl* im fünften Teil des VwVfG für

394 So auch *Weinl*, UPR 2001, 46 ff.

395 Allgemein zu den Kodifikationsspielräumen der Länder im Bundesstaat *Peine*, Zur »Möglichkeit« der Kodifikation von Landesumweltrecht, UTR 36 (1996), 335 (342 ff.).

die förmlichen Genehmigungsverfahren im Umweltrecht und im Baurecht *Modell- und Stammregelungen* in die Verwaltungsverfahrensgesetze aufgenommen werden³⁹⁶. Diese hätten sich auf alle Typen von Eröffnungskontrollen zu erstrecken und würden nach dem Vorbild des Planfeststellungsrechts *einheitsstiftende Bausteine* anbieten, welche im Sinne einer *Angebots- bzw. Optionengesetzgebung* vom Sonderverwaltungsrecht aufgenommen, ergänzt und modelliert werden könnten³⁹⁷. Das Sonderverwaltungsrecht würde hierdurch nicht verdrängt (dies wäre für das Bau-, Wasser- und Naturschutzrecht schon aus bundesstaatlichen Gründen ausgeschlossen)³⁹⁸, ihm würde aber die Richtung gewiesen, indem bestimmte Strukturelemente verbindlich festgeschrieben würden. Und auch dort, wo sich für Verfahrensarten außerhalb des Bau- und Umweltrechts nach sorgfältiger wissenschaftlicher Prüfung und nach Bewährung im Sonderrecht einheitsstiftende Strukturelemente herauschälen lassen³⁹⁹, spricht nichts dagegen, diese hochzuziehen und im VwVfG zu vertypen. Auf diese Weise könnte es insgesamt gelingen, den unbefriedigenden aktuellen Zustand der verfahrensrechtlichen Diversität schrittweise zugunsten einer Reakzentuierung verbindender Module zu korrigieren.

I. *Ausblick*

Das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz befindet sich an einem *Scheidepunkt*. Im Kern geht es um die Frage, ob das VwVfG das Zentrum und der Kristallisationspunkt des Verwaltungsverfahrens bleibt oder ob die Einheit des Verwaltungsverfahrensgesetzes vollends in ein polyzentrisches System zerfällt. Dabei stellen im Ausgangspunkt weder die Kodifikation noch das Sondergesetz für sich betrachtet einen Selbstzweck dar. Die Entscheidung für die eine oder andere Steuerungsform kann nur im Einzelfall getroffen werden. Die Differenziertheit und Komplexität der konkreten Lebenssachverhalte fordert heute vermehrt spezielle Regelungen. Wird die Sondergesetzgebung jedoch zu weit getrieben, droht ein »Partikularismus, der durch eine kaum mehr überschaubare Fülle unabgestimmter oder womöglich widersprüchlicher Regelungsvarianten, Begrifflichkeiten und Detailausprägungen ge-

396 Weiterführend *Wahl*, Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im VwVfG, NVwZ 2002, im Erscheinen.

397 Vgl. auch *Schmitz*, Aktuelle Tendenzen zur Reform des Genehmigungs- und Verwaltungsverfahrensgesetzes, VA 2000, 144 (147), der daneben eine Erweiterung von § 9 VwVfG erwägt.

398 In diesen Bereichen müsste aufgrund der zwingend zu beachtenden Vorgaben der Kompetenzordnung (Art. 70 ff. GG) die Regelungsinitiative von den zuständigen Länderministerien ausgehen und kommt überhaupt nur der Weg einer Simultangesetzgebung in Betracht.

399 Siehe dazu den Beitrag von *Vofskuhle* in diesem Bande.

kennzeichnet ist⁴⁰⁰. Systembildung wird dann unmöglich. Insofern kommt es entscheidend auf das rechte Maß an. Gegenwärtig vorrangig erscheint in Anbetracht der skizzierten Dekodifikationsprozesse eine *Rückbesinnung auf die Ordnungsidee und Strukturierungskraft des Allgemeinen*. Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass in der Politik den Ressortinteressen und den Behärungskräften eine eindeutige Dominanz zukommt, sind vor allem die Innenressorts, unterstützt vom Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesinnenministerium⁴⁰¹, sowie eine systematisch denkende Verwaltungsrechtswissenschaft dazu berufen, als Sachwalter des Allgemeinen das übergreifende Ganze im Blick zu behalten und die selektive Wirklichkeitsperzeption durch das Netz der Fachstände in den Ministerien, den Verbänden, der Justiz, der Anwaltschaft und der Wissenschaft stets aufs Neue zurückzudrängen.

400 Schmidt-Preuß (Fn. 123), S. 777.

401 Vgl. NVwZ 1998, 596; dazu auch der Beitrag von Schmitz in diesem Bande.

Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven

Heribert Schmitz

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	135
II.	Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz (GenBeschlG)	136
	1. Gesetzgebung als Signal politischer Problemlösungskompetenz	136
	2. Gesetzgebung als Signal eines Paradigmenwechsels	138
III.	Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern	139
IV.	Kooperatives Vertragsrecht	140
	1. Wissenschaftliche Fundierung durch Gutachten	140
	2. Ministerielle Umsetzung	141
V.	Informationsfreiheitsgesetz	141
	1. Ausgangslage	141
	2. Regelungsbereich eines IFG	143
	3. Perspektive: Einbeziehung des UIG	144
VI.	Drittes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften (3. VwVfÄndG)	144
	1. § 3a VwVfG	145
	2. § 37 Abs. 4 VwVfG	146
VII.	Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht	147
VIII.	Sonstige Perspektiven	149
	1. Förmliches Genehmigungsverfahren	149
	2. Auditierung	152
	3. § 45 VwVfG	153
	4. § 61 VwVfG	153
	5. Sonstige Änderungen des VwVfG	153
IX.	Fazit	154

I. Einleitung

Das für diesen Vortrag gestellte Thema »Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes: Konkrete Gesetzgebungspläne und weitere Perspektiven« lädt den die Legislative bedienenden Praktiker aus der Ministerialverwaltung

zunächst ein, einen Überblick über die aktuellen Projekte des im Bundesministerium des Innern für das Verwaltungsverfahrensgesetz zuständigen Referats zu geben und dabei die eine oder andere interessante Rechtsfrage anzusprechen. Ich möchte dabei jedoch auch auf einige weiterführende Aspekte eingehen, die an das Anliegen dieser Tagungsreihe zur Reform des Verwaltungsrechts anknüpfen: Wo wirkt die wissenschaftliche Reformdiskussion auf den Gesetzgebungsprozess ein? Ist das Gesetzgebungsverfahren überhaupt tauglich, Reformüberlegungen umzusetzen? Wie finden Anforderungen an das Verwaltungsverfahren Eingang in den ministeriellen Diskussionsprozess und in konkrete Gesetzgebungspläne?

Der perspektivische Blick auf die künftige Entwicklung des Verwaltungsrechts erfordert zunächst einen kurzen Rückblick auf die Genese eines Gesetzes, das gerade in der Wissenschaft mannigfache Kritik – bis zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit –¹ gefunden hat.

II. *Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz (GenBeschlG)*

1. *Gesetzgebung als Signal politischer Problemlösungskompetenz*

Anfang der 90er Jahre klagte die Wirtschaft über ein schlechtes Investitionsklima in Deutschland. Allgemein wurde erkannt, dass die wirtschaftliche Bewältigung der Deutschen Einheit schwieriger war als zunächst prognostiziert. Objektive Merkmale wie auch interessengeleitete Schwarzmalerei² fanden Resonanz in der Politik.³ Ab 1993 wurden einschlägige Vorhaben der Ressorts für die Befassung im Bundeskabinett unter das Generalthema »Zukunftssicherung des Standorts Deutschland« gestellt. Die Koalitionsvereinbarung von CDU/CSU und F.D.P. nannte 1994 dann das Ziel, »daß Verwaltungs- und Gerichtsverfahren für Bürger und Wirtschaft wieder zeitlich überschaubar und berechenbar werden«, und den genauen Weg: u.a. Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren⁴. Vorausgegangen war der von Baden-Württemberg vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland durch Be-

1 Vgl. z.B. *Sodan*, Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, DVBl 1999, 729 (736 ff. m.w.Nachw.).

2 Hierzu auch *Schmitz/Wessendorf*, Das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz – Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, 955 (956).

3 S. auch *Vofkuhle*, »Ökonomisierung« des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), 347 (368).

4 Hierin wurde auch einer der Wege zum »Schlanken Staat« gesehen; vgl. *Busse*, Verfahrenswege zu einem »schlankeren Staat«, DÖV 1996, 389 (393).

schleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren⁵, der Vorschläge der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten und der Arbeitsgruppe der Staatskanzleien »Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren« berücksichtigte. Wesentliche Teile dieses Entwurfs fanden sich dann in den Vorschlägen der auf Initiative des BMWi berufenen sog. Schlichter-Kommission⁶ und darauf aufbauend in dem Regierungsentwurf für das GenBeschlG als Teil des sog. Beschleunigungspakets zur Änderung des VwVfG⁷, der VwGO⁸ und des BImSchG⁹ wieder. Schriftliche Stellungnahmen¹⁰ und mündliche Äußerungen¹¹ der Sachverständigen aus Wissenschaft und Praxis in der gemeinsamen Anhörung vor Innen-, Rechts-, Wirtschafts- und Umweltausschuß des Bundestages im Mai 1996 waren mit Ausnahme der Vertreter aus der Industrie und der Mitglieder der vorherigen Expertenkommission durchweg kritisch. Der Entwurf des GenBeschlG wurde – anders als der zur VwGO – nach der Anhörung nicht mehr verändert.¹²

Als *erstes Teilergebnis* halte ich fest: Ein unmittelbares Einwirken der wissenschaftlichen Reformdiskussion ist beim GenBeschlG nicht festzustellen. Allenfalls ein indirekter und stark gefilterter Einfluss lässt sich erkennen. Die sog. Schlichter-Kommission hatte im wesentlichen keine neuen Vorschläge

5 BT-Dr 13/1445.

6 Das Aktionsprogramm der Bundesregierung (Stand 18. Januar 1994) sah unter Nr. 27 die Einsetzung einer unabhängigen Expertenkommission »Planungs- und Genehmigungsverfahren« vor. Mitglied war – als einziger Verwaltungsrechtler – Martin Bullinger, dessen Vorstellungen von Verfahrensbeschleunigung (vgl. Bullinger, Beschleunigte Genehmigungs- und Planungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, in: Blümel/Pitschas (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrensrechts, 1994, S. 127 ff.; ders., 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 (251 ff.), jew. m.w.Nachw.) bereits in der Initiative Baden-Württembergs Niederschlag gefunden hatten. Die Ergebnisse der Kommission finden sich in Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, 1994.

7 Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz – GenBeschlG), BT-Dr 13/3995; Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Dr 13/5085.

8 Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), BT-Dr 13/3993, 13/4069; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 13/5098.

9 Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsrechtlicher Genehmigungsverfahren, BT-Dr 13/3996.

10 S. Ausschussdrucksachen 13/271, Teile I bis VI, und 13/272 des BT-Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (16. Ausschuß).

11 S. Protokoll Nr. 31 (13. Wahlperiode) des BT-Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (16. Ausschuß).

12 Zum Inhalt des GenBeschlG Schmitz/Wessendorf, NVwZ 1996, 955; Bonk, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, 320; Schmitz, 20 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Neue Tendenzen im Verfahrensrecht auf dem Weg zum schlanken Staat, NJW 1998, 2866; ders., Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts im Schlanken Staat, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 171; P. Stelkens/Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, Einl. Rn. 67 m.w.Nachw.

entwickelt, sondern nur die zahlreichen Vereinfachungs- und Beschleunigungsvorschläge aus der Fachdiskussion gesichtet und in konkrete Gesetzgebungsvorschläge eingestellt.¹³ Hierbei dürfte lediglich durch das Kommissionsmitglied Bullinger¹⁴ die Verknüpfung zur allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion hergestellt worden sein.

2. Gesetzgebung als Signal eines Paradigmenwechsels

Die wissenschaftlichen Diskussion während des Gesetzgebungsverfahrens und nach Verkündung des GenBeschlG betraf vor allem die Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten von Verfahrensfehlern in §§ 45, 46, 75,¹⁵ weniger die neuen §§ 71a bis 71e im Abschnitt »Beschleunigung von Genehmigungsverfahren«.

Politisches Ziel und Wirkung des GenBeschlG werden von mancher Kritik jedoch nur unzureichend erfasst.¹⁶ Das GenBeschlG sollte unabhängig vom tatsächlichen Befund ein Signal zugunsten eines besseren Investitionsklimas setzen.¹⁷ Mit dem Etikett »Signalgesetzgebung« ist es nicht hinreichend beschrieben. Positiv gewendet lassen sich die §§ 71a ff. VwVfG auch als rechtssystematische Fortentwicklung des bisherigen Verfahrensrechts verstehen, durch die informelle, dialogische und kooperative Verfahrensformen normiert werden, die zukünftig – z.B. beim öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht – weiter ausgebaut werden können.¹⁸ Dem entsprechend hat der neue Abschnitt im VwVfG zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren, der dem ändernden Gesetz seinen Namen gegeben hat, eine insgesamt positive Aufnahme gefunden: z.B. »Anschauungsmaterial für verfassungskonforme Beschleunigungsansätze«.¹⁹ Zu betonen ist hier auch, dass sich in den neuen Regelungen

13 S. Bundesministerium für Wirtschaft (o. Fußn. 6), Rn. 010.

14 Vgl. o. Fußn. 6.

15 Vgl. Schmitz/Olbertz, Das Zweite Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften – Eine Zwischenbilanz?, NVwZ 1999, 126 (128 f.); Holznagel, Verfahrensbezogene Aufgabenkritik und Änderungen von Verfahrensstandards als Reaktion auf die staatliche Finanzkrise, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 205 (225 ff.); ausführlich Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 584 ff., jew. m.w.Nachw.

16 Zusammenfassung der Kritik zuletzt bei Voßkuhle, Die Verwaltung 34 (2001), 347 (349 ff.), der allerdings die Regelungen der § 71a ff. VwVfG als für den Informationsfluss unter den Verfahrensbeteiligten nützlich ansieht (357 f.).

17 Vgl. MdB Schlee in der 2./3. Lesung im Bundestag, BT-StenBer.-Plenarprot. 13/116, S. 10346.

18 Vgl. Bonk in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 12), § 71a Rn. 4 ff.: »ein Schritt in die richtige Richtung, dem aber weitere folgen müssen, wenn eine substantielle Beschleunigung erreicht werden soll«; ders., 25 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 2001, 636 (642).

19 So Steinbeiß-Winkelmann, Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung, DVBl 1998, 809 (819); weitere Nachweise zur Rezeption bei Schmitz/Olbertz, NVwZ 1999, 126 (128).

ein erster Ansatz manifestiert, das Phänomen des kooperativen Staates in das Verwaltungsverfahrenszurückzuführen.²⁰

III. *Beirat Verwaltungsverfahrenszurückzuführen beim Bundesministerium des Innern*

Vor dem GenBeschlG war das VwVfG zwei Jahrzehnte nahezu unverändert geblieben. Zuvor war 1996 durch das (1.) Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenszurechtlicher Vorschriften nur ein von der Bundesregierung erstmals 1986 vorgelegter Entwurf endlich umgesetzt worden.²¹ Die Genese des GenBeschlG gab Anlass zu Überlegungen, die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenszurechts als Daueraufgabe²² ministerieller Tätigkeit zu organisieren. Dazu wurde ein Vorschlag aus der Literatur²³ aufgegriffen, bei dem für das VwVfG federführendes Ministerium ein kontinuierlich beratendes Gremium einzurichten. Dieses soll

- die aktuelle wissenschaftliche Diskussion auswerten und deren Vorschläge bewerten;
- Bedürfnisse der Praxis erfassen und hieraus konkrete Vorschläge entwickeln;
- die einschlägige Rechtsprechung auf Regelungslücken beobachten und Bedürfnisse der Klarstellung und Korrektur durch Gesetzgebung erkennen;
- die Umsetzbarkeit von Vorschlägen aus dem Gesetzgebungsprogramm der jeweiligen Bundesregierung prüfen;
- bei allem auch die Akzeptanz in den Ländern im Hinblick auf den Bundesrat und die Einheit des Verwaltungsverfahrenszurechts von Bund und Ländern berücksichtigen.

Hieraus ergab sich fast zwangsläufig die Zusammensetzung des Ende 1997 berufenen Beirats Verwaltungsverfahrenszurückzuführen: Wissenschaftler, wissenschaftlich tätige Praktiker (insb. aus Anwaltschaft und Justiz), Vertreter der Länderinnenministerien sowie Verwaltungspraktiker.²⁴ Ein Schwerpunkt-

20 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 26 f.

21 Art. 1 des Gesetzes v. 2.5.1996 (BGBl I S. 656). Hierzu *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 49 Rn. 85 ff.; *Sachs/Wermeckes*, Die Neuordnung verwaltungsverfahrenszurechtlicher Vorschriften zur Rückabwicklung fehlgeschlagener Subventionsverhältnisse (§§ 49, 49a VwVfG), NVwZ 1996, 1185.

22 Vgl. *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, 126 (130).

23 Vgl. *Schmitz*, NJW 1998, 2866 (2868 Fußn. 35 m. Hinw. auf *Blümel, Klappstein, Kopp*).

24 Zu den Mitgliedern des Beirats (Stand 1.4.2001) s. *Bonk/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 1 Rn. 276a (dort Fußn. 873).

thema des Beirats ist seit Beginn der Arbeit der öffentlich-rechtliche Vertrag.²⁵

IV. *Kooperatives Vertragsrecht*

In der Praxis gewinnt der öffentlich-rechtliche Vertrag zunehmend an Bedeutung. Bedarf für eine Fortentwicklung des rechtlichen Instrumentariums der §§ 54 ff. VwVfG zeigt sich unter zwei Gesichtspunkten:

Verschiedene »Nichtigkeitsfallen« behindern die Anwendung; sie bestimmen in Behörden die Auffassung, mit einer Regelung durch Verwaltungsakt ein sicheres Verfahren zu wählen.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist jedoch ein Instrument, das dem Anliegen der Bundesregierung, im Sinne des »aktivierenden Staates« die Kooperation von Hoheitsträgern und Privaten zu fördern, den erforderlichen rechtlichen Rahmen geben kann.²⁶ Der Akzent der Kooperation bei der Überlegung, die Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vertrags zu überarbeiten, kann dabei als der Tendenz der neuen § 71a ff. VwVfG folgend angesehen werden. Kooperation bedeutet auch hier verstärkte Einbeziehung des Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

1. *Wissenschaftliche Fundierung durch Gutachten*

Das Bundesministerium des Innern hat zunächst zwei wissenschaftliche Gutachten der Prof. Schuppert (Berlin) und Ziekow (Speyer) eingeholt.²⁷ Beide Gutachten nehmen als Ausgangspunkt den grundsätzlichen Wandel der Vorstellung von Aufgaben des Staates und der Verwaltung, der allgemein auch unter dem Stichwort »Privatisierung« diskutiert wird.²⁸ Sie beziehen empirische Untersuchungen zu verschiedenen Formen der Zusammenarbeit von privaten und staatlichen Stellen ein und münden in konkreten Regelungsvorschlägen zum sog. Kooperationsvertrag. Die Annahme, für einen Gesetzentwurf könnten nun diese Vorschläge nach der Methode »Text einrücken von ... bis ...« schnell übernommen werden, ist allerdings etwas zu schlicht. Vielmehr wird z.B. der in beiden Gutachten zentrale Begriff der »Verantwortungsteilung« zwischen Staat und Privaten – soweit er sich auf den Privaten

25 Vgl. *Schmitz*, *Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahren*, NVwZ 2000, 1238 (1240 f.); *Bonk*, NVwZ 2001, 636 (642).

26 Hierzu *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1241 f.).

27 Zunächst veröffentlicht unter <http://www.bmi.bund.de> auf der Homepage des Bundesministeriums des Innern.

28 Zur »Privatisierung« vgl. *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12) § 1 Rn. 101 ff.

bezieht – im weiteren noch vertieft zu diskutieren sein.²⁹ Gesetzgebungsarbeit lässt sich also nicht an die Wissenschaft delegieren oder – in themennaher Terminologie – privatisieren.

2. Ministerielle Umsetzung

Hier möchte ich ein *zweites Teilergebnis* festhalten: Seriöse Arbeit an einem Querschnittsgesetz wie dem Verwaltungsverfahrensgesetz – dem »Grundgesetz der Verwaltung«³⁰ – kommt nicht ohne wissenschaftliche Fundierung aus. Gerade bei komplexen Materien kann nur so das ganze Spektrum wertend zu berücksichtigender Aspekte erfasst werden. Die hohe Abstraktion wissenschaftlicher Tätigkeit führt zu Ergebnissen, die auf dem Weg zum Gesetzgeber einer Transformation bedürfen. Dies ist typische Aufgabe der Ministerialverwaltung, die prozesshaft zu verstehen ist, also durchaus auch weitere wissenschaftliche Begleitung umfassen sollte. Dabei ist vor allem der Maßstab politischer Umsetzbarkeit anzulegen. Zu berücksichtigen und zu gewichten sind die Interessen vielfältiger Akteure im Gesetzgebungsverfahren: Ressorts, Länder, Verbände und nicht zuletzt der Gesetzgeber in Person der fachlich zuständigen Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Fehleinschätzung und fahrlässiges Außerachtlassen dieser Interessen können zum Scheitern des Gesetzgebungsverfahrens führen.³¹

V. Informationsfreiheitsgesetz

1. Ausgangslage

Ebenfalls in der Tendenz, behördliches Handeln »zu öffnen«, liegt das Vorhaben eines Informationsfreiheitsgesetzes. Hier geht es allerdings darum, dieses Handeln über den Kreis der Verfahrensbeteiligten hinaus transparent zu machen.

29 Dies betont auch *Wahl* in seiner Stellungnahme vom 30.8.2001 zu den Gutachten für den Beirat Verwaltungsverfahrensgesetz (n.v.). Gleichfalls kritisch zum Begriff »Verantwortungsteilung« *Pitschas*, Datenschutz in Sicherheitspartnerschaften der Polizei mit privaten Sicherheitsdienstleistern, in: *Stober* (Hrsg.), Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2000, S. 91 (94). Vgl. weiter *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 6), S. 261 (319 ff.). Zum Zusammenhang von »Verantwortungsteilung« und Gemeinwohlverantwortung des Staates ferner *Schuppert*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 4/2001, 201 (223 ff.).

30 *Schily*, Die Europäisierung der Innenpolitik, NVwZ 2000, 883 (887).

31 Beispiel aus jüngerer Zeit ist das UGB I; vgl. hierzu *Bonk/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 2 Rn. 1a ff. m.w.Nachw.

Das bestehende Recht in Deutschland ist gekennzeichnet durch den Grundsatz des Akteneheimnisses. Ein Anspruch auf Akteneinsicht besteht generell nur innerhalb eines Verwaltungsverfahrens und auch nur dann, wenn die Aktenkenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung rechtlicher Interessen erforderlich ist (§ 29 VwVfG). Der Auskunftsanspruch in § 19 Abs. 1 BDSG setzt ebenfalls eine eigene Betroffenheit voraus. Weitergehende Rechte werden bisher nur in besonderen Bereichen gewährt, etwa aufgrund des Stasi-Unterschlagesgesetzes und des Umweltinformationsgesetzes. Ein allgemeines Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz existiert lediglich auf Landesebene in mehreren Ländern. Der von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in der 13. Legislaturperiode eingebrachte Gesetzentwurf für ein Informationsfreiheitsgesetz des Bundes³² fand keine Mehrheit.

Demgegenüber gibt es in den USA (Freedom of information act von 1966) und Kanada sowie in vielen europäischen Nachbarstaaten, allen voran in den skandinavischen Ländern, aber auch in Frankreich, Österreich, den Niederlanden, Griechenland, Portugal und Spanien einen allgemeinen Informationsanspruch schon seit langem. Auch Art. 255 des EG-Vertrages³³ enthält ein allgemeines Zugangsrecht zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.³⁴

Zwar ist ein Informationszugang in Deutschland auch außerhalb des Anwendungsbereichs der o.g. Vorschriften nicht ausgeschlossen, weil die Behörde entsprechende Anträge nach pflichtgemäßem Ermessen zu bescheiden hat (vgl. § 40 VwVfG). Im Einzelfall unterscheiden sich daher die faktischen Möglichkeiten des Informationszugangs oft nur geringfügig von denen in Staaten mit einem gesetzlich verankerten Informationsanspruch. Gleichwohl würden durch eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses die demokratischen Beteiligungsrechte i.S. der Koalitionsvereinbarung von SPD und Bündnis 90/Die Grünen aufgewertet. Ein gesetzlich geregelter Anspruch auf Informationszugang würde zunehmenden Tendenzen folgen, ein partnerschaftliches Verhältnis zwischen Staat und Bürger zu betonen.³⁵ Er entspräche zudem internationalen, europäischen und innerstaatlichen Entwicklungen.

32 BT-Dr 13/8432.

33 EGV i.d.F. des Amsterdamer Vertrages.

34 Hierzu auch *Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 20), S. 333.

35 Vgl. *Voßkuhle*, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 349 (365 ff.).

2. Regelungsbereich eines IFG

Erwogen wurde eine erweiternde Änderung des § 29 VwVfG im Sinne eines Akteneinsichts- und Informationsrechts auch außerhalb von Verwaltungsverfahren und auch für Nichtbeteiligte. Das VwVfG des Bundes gilt jedoch nicht für die Verwaltungstätigkeit der Länder. Um den Gleichklang zwischen Bundes- und Landesverwaltungsverfahrenrecht zu gewährleisten (und im Interesse der Revisibilität der VwVfGe der Länder nach § 137 Abs. 1 Nr. 2 VwGO), müssten die LandesVwVfGe entsprechend ergänzt werden, was einen erheblichen Abstimmungs- und Zeitaufwand erfordern würde und im übrigen von den Ländern abgelehnt wurde.

Eine Erweiterung des § 29 VwVfG ist zudem rechtssystematisch wenig nahelegend, weil die Vorschriften des VwVfG grundsätzlich nur innerhalb eines Verwaltungsverfahrens gelten, während das Informationszugangsrecht gerade auch außerhalb eines solchen Verfahrens gelten soll. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsvereinheitlichung mag man bedauern, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz im wesentlichen auf die Verfahren i.S.v. § 9 VwVfG beschränkt ist; nach seiner derzeitigen Konzeption ist es als Standort für eine umfassende Verwaltungsinformationsordnung jedenfalls nicht geeignet.³⁶

Deshalb fiel die Entscheidung für ein Informationsfreiheitsgesetz, dessen Anwendungsbereich sich auf die bundeseigene Verwaltung beschränkt. Es soll zumindest Modellcharakter für die Länder haben. Ein Gleichklang zwischen Landes- und Bundesrecht ist insofern, anders als im Verwaltungsverfahrenrecht, nicht zwingend erforderlich.

Zum jetzigen Zeitpunkt empfiehlt es sich nicht, das Datenschutzrecht in ein Informationsgesetz zu integrieren, wie dies auf dem 62. Deutschen Juristentag 1998 unter dem Stichwort »Informationsgesetzbuch« diskutiert wurde.³⁷ Informationszugang und Datenschutz stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, da beim Zugang zu Behördeninformationen stets zu prüfen ist, ob sie nicht schutzbedürftige Daten Dritter enthalten.³⁸ Eine Verknüpfung mit dem BDSG würde zudem das Gesetzgebungsverfahren unnötig belasten. Längerfristig könnte allerdings erwogen werden, ein Informationsgesetzbuch als übergreifende, rechtsbereinigende und -harmonisierende Kodifikation des Informationsrechts des Bundes zu konzipieren.

36 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: *Ehlers/Krebs* (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, S. 1 (12).

37 Vgl. *Kloepfer*, Gutachten D für den 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. D 90.

38 Dies gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass abgefragte Informationen auch wirtschaftlich genutzt werden können. Vgl. auch *Weichert*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463.

Inwieweit die informationstechnischen Entwicklungen und ein denkbarer Informationszugang mittels neuer Medien wie des Internets Regelungsbedarf begründen, wird zukünftig zu prüfen sein.

3. *Perspektive: Einbeziehung des UIG*

Der Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes lehnt sich stark an die Regelungen des Umweltinformationsgesetzes an. Wegen der Überlappung des Regelungsbereichs und unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung und Beseitigung von Rechtszersplitterung drängt sich deshalb die Überlegung einer Zusammenfassung beider Gesetze auf. Um das Vorhaben des Informationsfreiheitsgesetzes nicht zu verzögern, ist eine Vertiefung dieser Überlegung zunächst zurückgestellt worden.

VI. *Drittes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (3. VwVfÄndG)* ^{38a}

Die Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten des Bundes und der Länder haben einen gemeinsamen Musterentwurf³⁹ für die Anpassung der Verwaltungsverfahrensgesetze an elektronische Kommunikationsformen erarbeitet. Dieser soll auch als Grundlage für ein Artikelgesetz zur Anpassung des Verwaltungsverfahrensrechts des Bundes (Änderung von VwVfG, SGB X, AO sowie von einschlägigen Verfahrensregelungen im Fachrecht) dienen.

Das Vorhaben ist ein zentrales Element der Verwaltungsmodernisierung. Es schafft auf der Basis der Signaturgesetznovelle⁴⁰ die Voraussetzungen für rechtsverbindliche elektronische Kommunikation durch Verwendung elektronischer Signaturen zwischen Bürger und Verwaltung.⁴¹ Der Gesetzesentwurf steht damit neben dem Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr.⁴² Dieses Gesetz, durch das insbesondere die §§ 126 ff. BGB neugefasst

38a Das Gesetz ist zwischenzeitlich verabschiedet (21. August 2002) und verkündet worden (BGBl. I, S. 3322).

39 Hierzu und zum Folgenden *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 10 Rn. 28a ff.

40 Signaturgesetz – SigG (= Art. 1 des Gesetzes über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften) vom 16. Mai 2001, BGBl. I S. 876.

41 Zu Perspektiven eines »Electronic Government« *Boehme-Neßler*, Electronic Government – Internet und Verwaltung, NVwZ 2001, 374. Ausführlich auch *Britz*, Reaktionen des Verwaltungsverfahrensrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung, i.d.B.

42 Vom 13. Juli 2001, BGBl. I S. 1542. Hierzu *Hähnchen*, Das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, NJW 2001, 2831.

wurden, berücksichtigt ebenso wie das neue Signaturgesetz und der Entwurf eines 3. VwVfÄndG die Anforderungen, die sich für den elektronischen Rechtsverkehr aus der EG-Richtlinie 1999/93/EG vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen⁴³ und der EG-Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000⁴⁴ über den elektronischen Rechtsverkehr ergeben.

Das von der Innenministerkonferenz am 24. November 2000 (auf Vorlage von NRW) gebilligte Konzept des Bund/Länder-Musterentwurfs,⁴⁵ der Grundlage sein soll für eine simultane Änderung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder, beruht auf folgenden Eckpunkten:

- Einführung einer Generalklausel (§ 3a VwVfG-E), die die Gleichwertigkeit von durch Gesetz angeordneter Schriftform und – mit qualifizierter elektronischer Signatur verbundener – elektronischer Form bestimmt. Diese Generalklausel soll grds. auch das gesamte besondere Verwaltungsrecht erfassen. Durch Gesetz angeordnete Schriftform umfasst die Begriffe »schriftlich, schriftliche Form, Schriftform«; sie erfasst auch Sachverhalte, bei denen die Schriftlichkeit durch die gesetzliche Umschreibung vorgegeben ist, wie bei den Begriffen »Unterschrift, Unterschriftenliste, Niederschrift«. Im Bereich des formfreien Verwaltungshandelns sind weiterhin einfache elektronische Handlungsformen möglich, an die das Erfordernis einer Signatur nach dem Signaturgesetz nicht gestellt wird.
- Es soll der elektronische Verwaltungsakt als neuer Typ eingeführt werden (bisherige Typen: schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassener Verwaltungsakt).

1. § 3a VwVfG

Grundsätzlich ist dasungsverfahren nicht formgebunden; dementsprechend kann der Bürger jede Form elektronischer Kommunikation verwenden. Soweit als Ausnahme vom Prinzip der Formfreiheit eine Schriftform gesetzlich angeordnet ist, also rechtsverbindliches Handeln des Bürgers von einigem Gewicht verlangt wird, kann diese Schriftform durch eine mit einer Signatur nach § 2 Nr. 3 des Signaturgesetzes verbundene elektronische Form (qualifizierte elektronische Form) ersetzt werden. Dies wird in der Grundsatznorm des § 3a Abs. 2 VwVfG-E bestimmt und entspricht der im Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (Zuständigkeit BMJ) vorgese-

43 ABl. EG 2000 Nr. L 13 S. 12.

44 ABl. EG Nr. L 178 S. 1.

45 Hierzu ausführlich *Catrein*, *Moderne elektronische Kommunikation und Verwaltungsverfahren*, NWVBl 2001, 50; *ders.*, *Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder*, NVwZ 2001, 413.

henen Signaturform, mit der im Privatrecht rechtsverbindliches Handeln ermöglicht wird, ebenso wie der EG-Signaturrichtlinie,⁴⁶ die in Art. 5 Abs. 1 diese Anforderung für den rechtsverbindlichen elektronischen Ersatz der eigenhändigen Unterschrift vorgibt. Nur bei qualifizierten elektronischen Signaturen ist auf Grund des durch das Signaturgesetz vorgegebenen Verfahrens eine zuverlässige Identitätsprüfung des Inhabers der Signaturkarte zwingend erforderlich und damit die notwendige Sicherheit für den Rechtsverkehr gegeben.

Anwendung finden kann die elektronische Kommunikation selbstverständlich nur, wenn alle Verfahrensbeteiligten hierzu bereit sind; der Rückgriff auf klassische Kommunikationsformen kann insbesondere von der Verwaltung nicht ausgeschlossen werden.⁴⁷

Fachlich erforderliche Abweichungen von der Grundsatznorm des § 3a VwVfG-E oder der entsprechenden Regelungen des SGB X sollen in die Art. 4 ff. des 3. VwVfÄndG eingestellt werden. Dabei wird zwischen folgenden Abweichungen zu unterscheiden sein:

- »nach unten«: Es bedarf bei elektronischer Kommunikation keiner besonderen Sicherheit. Dies kann durch Ergänzung des die Schriftlichkeit anordnenden Gesetzestextes um die Worte »oder elektronisch« geschehen.
- »nach oben«: Für bestimmte Verwaltungsakte sind zusätzliche Anforderungen an die qualifizierte elektronische Signatur zu stellen (§ 37 Abs. 4 VwVfG-E). Dies kann durch Nennung der Anforderung im Gesetzestext (»mit einer dauerhaft überprüfbaren Signatur nach § 37 Abs. 4 VwVfG«) oder allgemein durch Bezugnahme auf § 37 Abs. 4 VwVfG-E geschehen.
- »nicht elektronisch«: In Einzelfällen mag ein Bedürfnis bestehen, jede Form elektronischer Kommunikation auszuschließen. Hier kommen Formulierungen in Betracht wie »schriftlich, aber nicht in elektronischer Form« oder »§ 3a VwVfG findet keine Anwendung«.

2. § 37 Abs. 4 VwVfG

Für bestimmte Verwaltungsakte, für die gesetzlich die Schriftform vorgesehen ist, insbesondere Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, können zusätzliche Anforderungen an die Signatur gestellt werden (§ 37 Abs. 4 VwVfG-E). Um der Schriftform gleichwertige Verfahrensmöglichkeiten für elektronische Verwaltungsentscheidungen zu schaffen, müssen diese wie schriftliche Verwaltungsentscheidungen vielfach über lange Zeit in vollem Umfang nach-

46 RL 1999/93/EG vom 13. Dezember 1999, ABl. EG 2000 L 13 S.12.

47 So auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Perspektiven der Systembildung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 35), S. 405 (422).

prüfbar sein. Die Überprüfbarkeit muss dabei folgende Aspekte umfassen: Sie muss die Feststellung ermöglichen, dass zum Zeitpunkt der Signaturbildung das zugrunde liegende Zertifikat gültig, nicht gesperrt und einem berechtigtem Bediensteten der Behörde zugeordnet war, die für die Entscheidung zuständig war. Entscheidendes Merkmal der Überprüfbarkeit ist, dass die Integrität, also die Unverändertheit, des elektronischen Dokuments sowie der Urheber schnellstmöglich festgestellt werden kann. Das ist insbesondere bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung von erheblicher Bedeutung, auch gerade für den Bürger.

Entscheidend für die potentielle dauerhafte Überprüfbarkeit von entsprechenden Verwaltungsakten ist die langfristige Aufbewahrung der Dokumentation, in der der Zertifizierungsdiensteanbieter die Sicherheitsmaßnahmen zur Einhaltung des Signaturrechts (SigG und SigV) sowie die ausgestellten qualifizierten Zertifikate so zu dokumentieren hat, dass die Daten und ihre Unverfälschtheit jederzeit nachprüfbar sind (§ 10 SigG). Eine Frist für die Aufbewahrung der Dokumentation gibt das Signaturgesetz nicht vor, entsprechende Regelungen sind vielmehr in der Signaturverordnung vorgesehen. Während der Zeit der Aufbewahrung der Dokumentation ist eine Überprüfung der Integrität und der Authentizität der elektronischen Form uneingeschränkt möglich.

Dementsprechend soll bei schriftformbedürftigen Verwaltungsakten grundsätzlich (nur) eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich sein. In Normen des besonderen Verwaltungsrechts können jedoch anwendungsbezogen weitergehende besondere Anforderungen hinsichtlich der dauerhaften Überprüfbarkeit der Signatur und des zugrundeliegenden Zertifikats gestellt werden. Die Anforderungen an die technische und administrative Sicherheit werden sich in der Praxis an den Vorgaben des Signaturgesetzes und der Signaturverordnung für akkreditierte Zertifizierungsdiensteanbieter im Sinne des § 15 Abs. 1 SigG orientieren.

VII. *Europäisches Verwaltungsverfahren*

Auch wenn für die Europäische Gemeinschaft kennzeichnend ist, dass die administrative Durchführung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten bleibt,⁴⁸ ist doch die jedenfalls teilweise Relativierung des nationalen Rechts notwendige Folge der Schaffung eines die Mitgliedstaaten

48 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts – Perspektiven der Systembildung, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 317 (351 m.w.Nachw.); *Schmidt-Aßmann*, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts: Einleitende Problemskizze, in: ebda., S. 9 (18 m.w.Nachw.).

umfassenden einheitlichen Rechtsraums.⁴⁹ Berücksichtigung und Rezeption der unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen markieren hierbei den Weg.⁵⁰ Auch der Bundesinnenminister hat bereits vor einiger Zeit darauf hingewiesen, dass konzeptionelle Überlegungen für ein europäisches Verwaltungsverfahren⁵¹ zu entwickeln sind.⁵² Wie vor rund 25 Jahren bei Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder wird es hier zunächst weniger um Neuerungen als um eine Systematisierung und Festbeschreibung anerkannter Grundsätze gehen.⁵³ Wegen der anderen aktuellen Aufgaben im Bereich des Verwaltungsverfahrenrechts mussten die entsprechenden Arbeiten im Bundesministerium des Innern bislang noch zurückgestellt werden. Deshalb ist es besonders erfreulich, dass in den Hochschulen der Boden für evtl. politische Initiativen vorbereitet wird. Ich nenne hier nur die im kommenden Frühjahr geplante Veranstaltung der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, bei der eine Bestandsaufnahme von bereits vorhandenen Ansätzen in einzelnen Rechtsbereichen der Gemeinschaft vorgenommen und deren Eignung für eine Ausformung im Rahmen eines allgemeinen europäischen Verwaltungsrechts geprüft werden soll.⁵⁴

Als *drittes Teilergebnis* ist festzuhalten: Die Wissenschaft greift selbstständig aktuelle Themen aus der Ministerialverwaltung auf. Deren Vertiefung dient unmittelbar als Fundament für die Vorbereitung politischer und – nachfolgend – gesetzgeberischer Aktivitäten.

49 Vgl. auch *Speer*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, DÖV 2001, 980; *Battis*, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988.

50 Näher hierzu *Schnapauff*, Deutsche Verwaltung und Europäische Integration, in: *Magiera/Sommermann* (Hrsg.), Verwaltung in der Europäischen Union, 2001, S. 13 (20 ff.). Vgl. auch *Hoffmann-Riem* (o. Fußn. 48), S. 353.

51 Zur Unterscheidung zwischen der fortschreitenden Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrenrechts und einem – zukünftigen – europäischen Verwaltungsverfahrenrecht *Henneke*, Europäisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, ZG 2001, 71.

52 *Schily*, NVwZ 1999, 883 (888); ähnliche Fassung des Vortrags auch bei *ders.*, Die Europäisierung der Innenpolitik, in: *König/Schnapauff* (Hrsg.), Die Deutsche Verwaltung unter 50 Jahren Grundgesetz, 2000, S. 23 (35).

53 Bereits 1996 hat das niederländische Außenministerium in einem Memorandum »Regelung der Beziehungen der EU-Institutionen und Organe zu den Bürgern und Bindung der Institutionen und Organe an diese Vorschriften« für den direkten Vollzug des Gemeinschaftsrechts eine entsprechende sachgebietsübergreifende Kodifikation angeregt. Quellen sollten der Gemeinschafts-Acquis, die Rechtsprechung des EuGH und sekundärrechtliche Spezialregelungen sein. Eine solche Kodifikation hätte Ausstrahlungswirkung auch auf den indirekten Vollzug. Zu aus dem Rechtsvergleich erwachsenden Entwicklungsanstößen auch *Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 48), S. 37; *ders.* (o. Fußn. 20), S. 37 mit Hinweis auf den Zusammenhang von Rechts-Rezeption und Rechts-Integration.

54 *Hill/Pitschas* (Ltg.), »Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht«, Tagung – gemeinsam mit dem Bundesministerium des Innern – in Speyer vom 20. bis 22.3.2002.

VIII. Sonstige Perspektiven

1. Förmliches Genehmigungsverfahren

In den letzten Jahren entwickeln sich Verfahrenstypen, die nicht dem klassischen des VwVfG – also Antrag, Prüfung, Entscheidung durch VA – entsprechen. Bisher erforderliche Genehmigungsverfahren wurden ersatzlos beseitigt, in Verfahren oder Rechtsfolge modifiziert oder fingiert. Hinter Bezeichnungen wie Anzeigeverfahren oder Genehmigungsfreistellungsverfahren verbergen sich im einzelnen unterschiedliche Verfahren, bei denen die Anwendbarkeit der Vorschriften des VwVfG nicht immer ohne weiteres klar ist.⁵⁵ So ist Gegenstand des Anzeigeverfahrens gem. § 15 BImSchG zur Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen⁵⁶ die Klärung der Genehmigungsbedürftigkeit, nicht die Genehmigung selbst.⁵⁷ Äußert sich die Behörde hier binnen Frist von 1 Monat nicht, darf die Änderung der Anlage vorgenommen werden: »gesetzliche Gestattung«.⁵⁸ Teilt die Behörde ausdrücklich mit, dass keine Genehmigung erforderlich ist (»Negativmitteilung«),⁵⁹ erlaubt sie damit den sofortigen Beginn der geplanten Maßnahme.⁶⁰ Problematisch wird es, wenn die Behörde eine rechtswidrige Negativmitteilung abgibt. Entfällt die Genehmigungspflicht, so ersetzt die Negativmitteilung doch nicht die Genehmigung,⁶¹ eine Konzentrationswirkung kommt ihr nicht zu.⁶² Beim Vorhabenträger bleibt das Risiko, daß nachträglich rechtlich relevante Einwände erkennbar werden.

Leitend für den Gesetzgeber bei der Regelung in § 15 BImSchG war, die behördliche Kontrolldichte zugunsten einer verstärkten Inanspruchnahme ei-

55 Hierzu und zum Folgenden *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 9 Rn. 86a ff.

56 Zur Neufassung *Moormann*, Die Änderung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes durch das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren, UPR 1996, 408 (413 ff.); s. auch *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 28, 60d.

57 Vgl. *Fluck*, Änderungen genehmigungsbedürftiger Anlagen nach §§ 15, 16 BImSchG i.d.F. der Beschleunigungsnovelle, *VerwArch* 88 (1997), 265 (285).

58 Vgl. *Fluck*, *VerwArch* 88 (1997), 265 (288); *Führ*, Anlagenänderung durch Anzeige, UPR 1997, 421 (427 f.).

59 Wird z.T. auch als Positivmitteilung i.S.v. »Änderung erlaubt« bezeichnet; so z.B. *Führ*, UPR 1997, 421 (426).

60 A.A. *Führ*, UPR 1997, 421 (427), der in der Negativmitteilung (von ihm als Positivmitteilung bezeichnet) einen VA zur Verkürzung der Wartezeit sieht, diesem aber keine Feststellungswirkung hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit beimißt.

61 *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 28: keine Genehmigungsfiktion.

62 *Fluck*, *VerwArch* 88 (1997), 265 (289).

genverantwortlichen Handelns des Betreibers zu verringern.⁶³ Der Betreiber, der sicher gehen will, wird aber die gem. § 16 Abs. 4 BImSchG auch für bloß anzeigepflichtige Vorhaben mögliche Genehmigung⁶⁴ beantragen.

Die in wirtschaftsrelevanten Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts stattgefundene Diversifizierung zeigt sich besonders deutlich in der weitgehenden Zersplitterung der Genehmigungsverfahren durch die 1994/95 durchgeführten Änderungen der Landesbauordnungen.⁶⁵ Der vorläufige »Abschied von der Baugenehmigung«⁶⁶ ist durch die Grundmodelle des Freistellungsverfahrens und des Anzeigeverfahrens gekennzeichnet.⁶⁷ Auch hier gibt es im einzelnen erhebliche Unterschiede: In einigen Ländern finden sich z.B. Regelungen zur Information der Nachbarn durch die Behörde oder den Bauherrn, in anderen nicht.⁶⁸ Diese neuen Verfahrenstypen⁶⁹ werfen vielfältige Fragen nach der Eigenschaft als Verwaltungsverfahren i.S.v. § 9 VwVfG, dem Drittschutz⁷⁰ und der Planungssicherheit auf. Ein VA erwächst in Bestandskraft. Anzeigeverfahren, die nicht in einer fiktiven Genehmigung münden, erreichen dies nicht.⁷¹ Die Freistellungsverfahren zielen gerade nicht auf den Erlaß

63 Die Schmälerung der Verfahrensposition Drittbetroffener wurde bei der Neuregelung in Kauf genommen; *Führ*, UPR 1997, 421. Politische Stichworte sind hier »Schlanker Staat« in der 13. und »Aktivierender Staat« in der 14. Wahlperiode. S. auch *Bonk/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 1 Rn. 272 ff. Zum innenpolitischen Reformklima umfassend *Voßkuhle*, »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform, *VerwArch* 92 (2001), 184 (188 ff.).

64 Ggfs. auch im nicht vereinfachten Verfahren gem. § 19 Abs. 3 BImSchG.

65 Hierzu *Jäde*, Verfahrensfragen der neuen Landesbauordnungen, UPR 1995, 81; *ders.*, Bauordnungsrecht im Wandel, *GewArch* 1995, 187; *Erbguth/Stollmann*, Aktuelle Rechtswentwicklungen im Bauordnungsrecht, *JZ* 1995, 1141; *Degenhart*, Genehmigungsfreies Bauen und Rechtsschutz des Nachbarn, *NJW* 1996, 1433; *Uechtritz*, Nachbarrechtsschutz bei der Errichtung von Wohngebäuden im Freistellungs-, Anzeige- und vereinfachten Verfahren, *NVwZ* 1996, 640; *Callies*, Öffentliches und privates Nachbarrecht als wechselseitige Aufangordnungen, *Die Verwaltung* 34 (2001), 169. Vgl. *P. Stelkens/Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), Einl. Rn. 21; ferner *P. Stelkens/U. Stelkens* (ebda.), § 35 Rn. 29, 60a ff.; *Sachs* (ebda.), § 43 Rn. 60, 64. Beispielhaft zur Sächsischen Bauordnung 1999 *Schmidt-Preuß*, Selbstregulierung im Bauordnungsrecht – das Modell Sachsen, in: *Bauer u.a.* (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 585.

66 Zur Entwertung der Baugenehmigung durch Ablehnung der sog. Schlußpunkttheorie vgl. *P. Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 9 Rn. 142; *Sachs* (ebda.), § 43 Rn. 64.

67 *Sauter*, Die neue Bauordnung und der »schlanke Staat«, *BayVBl* 1998, 2; *Jäde/Weiß*, Das Zweite Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung baurechtlicher Verfahren, *BayVBl* 1998, 7; *Preschel*, Abbau der präventiven bauaufsichtlichen Prüfung und Rechtsschutz, *DÖV* 1998, 45; *Löffelbein*, Genehmigungsfreies Bauen und Nachbarrechtsschutz, 2000, S. 58 ff.

68 Einzelheiten bei *Löffelbein* (o. Fußn. 67), S. 103 ff. Zur Nachbarinformation nach der BayBO *Gröpl/Schleyer*, Anspruch des Nachbarn auf Einsichtnahme in die Bauunterlagen bei der Genehmigungsfreistellung?, *BayVBl* 1998, 97.

69 Zu den einzelnen Varianten vgl. auch *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 27 ff.

70 Hierzu *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 29a. Vgl. ferner *Mampel*, Nachbarschutz im Freistellungsverfahren, *BayVBl* 2001, 417.

71 Hierzu auch *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 27.

eines VA; die Anwendung der §§ 9 ff. VwVfG scheidet also aus.⁷² Damit ist § 13 Abs. 2 VwVfG, der die Hinzuziehung Dritter zum Verwaltungsverfahren regelt, prinzipiell nicht anwendbar. Selbst wenn man § 13 VwVfG als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze versteht,⁷³ die auch außerhalb von Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG anzuwenden sind, bleibt es dabei, dass das beschränkte Programm des Anzeigeverfahrens nicht der Prüfung drittschützender Normen dient.

Einige Bauordnungen lassen dem Bauherrn die Wahl zwischen Genehmigungs- und Anzeigeverfahren.⁷⁴ In anderen Ländern wird dem Bauherrn das vom Normgeber intendierte eigenverantwortliche Handeln aufgedrängt. Die Verantwortung für die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem Bauordnungsrecht wird vom Staat auf den Bauherrn verlagert; das Baurecht wird also »privatisiert«.⁷⁵

Die Beispiele der Anlagenänderung nach dem BImSchG und der baurechtlichen Vorhaben zeigen normative Lücken auf. Bei deren Schließung kann es nicht darum gehen, das vom Gesetzgeber gewollte Programm – Eigenverantwortlichkeit des Bürgers, Beschleunigung des Verfahrens – zu revidieren, auch wenn europarechtliche Tendenzen, z.B. zum Habitatschutz,⁷⁶ gegenläufig sind.⁷⁷ Auch die Rechtsverhältnislehre⁷⁸ eignet sich nicht, die Regelungen der §§ 9 ff. VwVfG außerhalb entsprechender Verwaltungsverfahren anzuwenden.⁷⁹ Eine denkbare Lösung für die dargestellten Probleme ist, die Anzeige- und Genehmigungsfreistellungsverfahren als besondere Verfahrens-

72 A.A. *Fluck*, Anzeige statt Genehmigung, in: *Hendler u.a.* (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechts im Umweltschutz, 1999, S. 165 (196): Beim Anmeldeverfahren prüfe die Behörde, ob sie eine Unterlassungsverfügung erlassen muß. Hiergegen spricht jedoch, daß die Tätigkeit der Behörde beim Anzeigeverfahren gerade nicht auf den Erlaß eines das Vorhaben selbst genehmigenden VA i.S.v. § 9 VwVfG gerichtet (*P. Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* [o. Fußn. 12], § 9 Rn. 121) ist; in diesem Sinne auch *Fluck*, *VerwArch* 88 (1997), 265 (285); ferner *Schmitz*, Aktuelle Tendenzen zur Reform des Genehmigungs- und Verwaltungsverfahrensrechts, VA 2000, 144 (147).

73 *So Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. 2000, § 13 Rn. 6; vgl. auch *Bonk/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 1 Rn. 280.

74 Vgl. *P. Stelkens/U. Stelkens* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 35 Rn. 27.

75 *Decker*, Der Rechtsschutz im Genehmigungsfreistellungsverfahren, JA 1998, 799 m.w.Nachw. Eine positive Mobilisierung privater Gemeinwohlbeiträge als Kennzeichen gesteuerter Selbstregulierung sieht hierin *Schmidt-Preuß*, Steuerung durch Organisation, DÖV 2001, 45 (52).

76 Richtlinie 92/43/EWG (FFH-RL), Richtlinie des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABlEG 1992, Nr. L 206, S. 7.

77 Zum gemeinschaftsrechtlich begründeten Genehmigungszwang *Gellermann*, Rechtsfragen des europäischen Habitatschutzes, NuR 1996, 548 (552). Allgemein zur stärkeren Prozessualisierung des Gemeinschaftsrechts *Ziekow*, Auswirkungen der Modernisierung der Verwaltung auf das Verwaltungsverfahren, VM 2000, 202 (203 m.w.Nachw.).

78 *P. Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 9 Rn. 5 ff.

79 *P. Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), Rn. 11 f.; s. auch *von Danwitz*, Zur Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre, Die Verwaltung 30 (1997), 339 (359).

arten in das VwVfG zu integrieren;⁸⁰ eine andere, den Begriff des Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG mit seiner Beschränkung auf VA und öffentlich-rechtlichen Vertrag als Verfahrensziel zu erweitern.⁸¹ Bedenken gegen eine Erfassung der Anzeigeverfahren im VwVfG könnten darauf gestützt werden, daß es sich tatsächlich um durch das Fachrecht sehr heterogen gestaltete Verfahren handelt. Diese Verfahren können und müssen nicht in all ihren Spielarten systematisch erfasst werden. Ihr Wildwuchs weist aber auf das Fehlen und den Mangel von einheitsstiftenden Vorbildregelungen hin.⁸² Das VwVfG sollte deshalb eine Auswahl entsprechender Verfahrenstypen anbieten.⁸³ Darüber hinausgehende Varianten im Fachrecht wären dann im Rahmen einer Rechtsbereinigung auf diese Typen zurückzuführen. Vor einem Tätigwerden des Gesetzgebers bedarf es hier jedoch noch weiterer wissenschaftlicher Diskussion. Daß entsprechende Änderungen des VwVfG nicht in einem »beschleunigten Gesetzgebungsverfahren« erfolgen können, sondern sorgfältiger Vorbereitung bedürfen, sollte selbstverständlich sein. Die großen Kodifikationen des Verfahrensrechts sind ein hochempfindliches Instrumentarium, das mit besonderer Vorsicht zu handhaben ist.⁸⁴

2. *Auditierung*

Überlegungen, in das VwVfG allgemeine Regelungen zur Auditierung – z.B. zur Entlastung registrierter Unternehmen im Genehmigungsverfahren – aufzunehmen, waren bereits in der vergangenen Wahlperiode angestellt worden.⁸⁵ Die erforderliche vertiefte Prüfung konnte wegen der vordringlichen anderen verwaltungsverfahrenrechtlichen Projekte bislang nicht erfolgen. Das Thema bleibt aber weiter auf der Tagesordnung.

80 So auch *Fluck* in: *Hendler u.a.* (o. Fußn. 72), S. 165 (196).

81 Vgl. *Pietzker*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193 (215).

82 So auch *Wahl*, Die Notwendigkeit einer Regelung der förmlichen Genehmigungsverfahren im VwVfG, 2001, Vorlage für den Beirat Verwaltungsverfahrenrecht (n.v.).

83 Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, daß die §§ 71a ff. VwVfG als neuer Abschnitt mit der Überschrift »Beschleunigung von Genehmigungsverfahren« eingestellt worden sind. Als besondere Verfahrensart sind Genehmigungsverfahren nur in Form von Planfeststellungsverfahren (§§ 72 ff. VwVfG) geregelt. Der Begriff Genehmigungsverfahren wird im VwVfG bisher nicht mehr besonders erwähnt.

84 *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, 126 (132); *Schmitz* in: *Ziekow* (o. Fußn. 12), S. 171 (191); *Hufen*, Über Grundlagengesetze, in: *Schuppert* (Hrsg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, 1998, S. 11 (18).

85 Vgl. *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, 126 (130 m.w.Nachw.); *Schmitz*, NJW 1998, 2866 (2869).

3. § 45 VwVfG

Die derzeitige Fassung des § 45 Abs. 2 VwVfG berücksichtigt nicht hinreichend die Strukturen des Verwaltungsprozesses, wenn sie entgegen § 137 Abs. 2 VwGO die Berücksichtigung nachgeholter Verfahrenshandlungen – und damit tatsächlicher Entwicklungen – noch im Revisionsverfahren anordnet.⁸⁶ Die Heilungsmöglichkeit soll deshalb auf den Zeitraum bis zum »Abschluß der letzten Tatsacheninstanz« beschränkt werden. Da die Änderung keine gesonderte Novelle rechtfertigt, soll sie bei nächst passender Gelegenheit im Zusammenhang mit einem anderen Vorhaben – voraussichtlich dem 3. VwVfÄndG – erfolgen.

4. § 61 VwVfG

Nach § 61 Abs. 1 Satz 3 VwVfG ist die Unterwerfung einer Behörde unter die sofortige Vollziehung⁸⁷ nur wirksam, wenn sie von der fachlich zuständigen Aufsichtsbehörde genehmigt worden ist. Das bisherige Genehmigungserfordernis ist im Zuge der Verwaltungsvereinfachungs- und Deregulierungsbestrebungen von Bund und Ländern als nicht mehr notwendig aufzuheben. Auch diese Änderung wird voraussichtlich in das 3. VwVfÄndG eingestellt. Die Bundesregierung setzt damit einen der 183 Vorschläge der Ministerpräsidentenkonferenz vom 15.4.1999 zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung um.

5. Sonstige Änderungen des VwVfG

Durch Art. 16 des Sechsten Euro-Einführungsgesetzes⁸⁸ wird in § 8 Abs. 1 Satz 2 VwVfG die Angabe »fünfzig Deutsche Mark« durch »35 Euro« ersetzt. In § 49a Abs. 3 VwVfG ist der Zinssatz entsprechend § 288 BGB unter Berücksichtigung des Basiszinssatzes gem. § 247 BGB i.d.F. des Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts⁸⁹ anzupassen. Die Verweisungen in § 53 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 VwVfG auf das BGB treffen nach den Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts⁹⁰ nicht mehr zu und sind deshalb ebenfalls zu aktualisieren.

86 Vgl. *Schmitz/Wessendorf*, NVwZ 1996, 955 (957); *Schmitz*, NJW 1998, 2866 (2867); *Schoch*, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (o. Fußn. 48), S. 279 (291); *P. Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 137 Rn. 27; *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 137 Rn. 27; kritisch *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 45 Rn. 118 f. m.w.Nachw.

87 Hierzu *Bonk* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 12), § 61 Rn. 21 ff.

88 Vom 3. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3306).

89 Vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138).

90 Vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138).

IX. *Fazit*

Lassen Sie mich ein *Fazit* ziehen: Das Verwaltungsverfahrenswesen ist nach seiner Kodifizierung vor einem Vierteljahrhundert im Umbruch begriffen. Es handelt sich nicht lediglich um kleinere Änderungen, die praktische Probleme des Einzelfalls beheben sollen oder der Anpassung an Entwicklungen in anderen Rechtsbereichen geschuldet sind. Auch allgemeine Tendenzen – von der Europäisierung der Innenpolitik über die Verbreitung neuer Kommunikationstechniken bis zum gewandelten Verständnis von den Aufgaben des Staates – finden Widerhall nicht nur bei diesen von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Symposien zur Reform des Verwaltungsrechts. Sie schlagen sich auch nieder im politischen Programm der Bundesregierung, im Arbeitsprogramm der Ministerialverwaltung und damit schließlich auch in den Aktivitäten des Gesetzgebers. Dessen Aufgabe, Lebenssachverhalte realitätsgerecht aufzunehmen, sachgerecht zu bewerten und die Ergebnisse zutreffend im Gesetz zu formulieren, kann – wie nicht zuletzt die Verweise in den Fußnoten zu diesem Beitrag belegen – nur unter Rekurs auf die wissenschaftliche Reformdiskussion erfolgreich bewältigt werden.

Die Funktion des Verfahrensrechts in privatisierten Bereichen – Verfahren als Gegenstand der Regulierung nach Verantwortungsteilung –

Martin Burgi

Inhaltsübersicht

A. Stand der Verwaltungsreformdebatte und Aufgabenstellung	156
I. Die Stunde der Verwaltungsrechtsdogmatik	156
II. Verfahren und Privatisierung	159
B. Grobstrukturierung der »privatisierten Bereiche«	161
I. »Privatisierte Bereiche« als Produkt von Verantwortungsteilungen	162
II. (Regulierte) Verwaltungshilfe (nach funktionaler Privatisierung)	163
III. Regulierte Selbstregulierung	164
1. Begriff und Spektrum	164
2. Unterscheidungskriterium »Entscheidungsbezug«	168
IV. Ausgeschiedene Bereiche	170
C. Vergewisserung: Funktionen des Verwaltungsverfahren(-rechts) bei staatlicher Erfüllungsverantwortung	171
I. Bewirkungsfunktion und Schutzfunktion	171
II. Teil-Funktionen und einzelne Verfahrenselemente	172
1. Distanz	172
2. Sachaufklärung und Betroffenenbeteiligung	172
3. Transparenz, Beteiligtenanhörung und Begründung	173
III. Verfahren und Organisation	173
IV. Verfassungsrechtliche Impulse und Mindeststandards	174
D. Funktionsanalyse nach Privatisierung: Funktionale Verfahrens-Äquivalenz als Notwendigkeit und Option	174
I. Fragestellung	174
II. Verwaltungshilfe: Private Vorbereitung staatlicher Entscheidungen	175
III. Regulierte Selbstregulierung	177
1. Bezug zu staatlichen Entscheidungen (Identität des materiellen Maßstabes)	177
2. Fehlender Bezug zu staatlichen Entscheidungen	178
E. Verfahren als Gegenstand der Regulierung: Schaffung funktionaler Äquivalente	179
I. Strukturschaffungspflicht statt unmittelbare (verfassungs-) verfahrensgesetzliche Bindung	179
II. Verfahrensrechtsverhältnisse nach Privatisierung	181
1. Staat – Dritte	182

2. Staat – private Träger (ggf. mit privater Implementationsinstanz)	183
3. Private Träger (ggf. mit privater Implementationsinstanz) – Dritte	183
III. Einzelne Verfahrenselemente	184
1. Distanz	184
2. Sachaufklärung und Betroffenenbeteiligung	186
3. Transparenz, Beteiligtenanhörung und Begründung	187
IV. Standorte normativer Verfahrens-Regulierung	188
1. Bei ausschließlich normativer Regulierung	189
2. Bei auch administrativer Regulierung	189
F. Schluss	191

Der folgende Beitrag ist im Überschneidungsbereich zweier Problemkreise angesiedelt, wobei sich der Überschneidungsbereich als gleichermaßen schmal wie kompliziert erweist, da das Verfahrensrecht in seiner ganzen Vielfalt betroffen ist. Um die verfahrensrechtlichen Herausforderungen in diesem Bereich bewältigen zu können, muss der Blick weit in den Problembereich der Privatisierung hinüber gerichtet werden.

A. *Stand der Verwaltungsreformdebatte und Aufgabenstellung*

I. *Die Stunde der Verwaltungsrechtsdogmatik*

Im Themenfeld »Der Verfahrensgedanke nach Privatisierung« lautet das Gebot der Stunde dahin, rechts- wie verwaltungswissenschaftliche Theorie, administrative wie judikative¹ Praxis und Rechtspolitik zusammenzuführen und eine dogmatische Basis für die Bewältigung der verfahrensmäßigen Herausforderungen von »Public Private Partnership«, »Verantwortungsteilung« bzw. »regulierter Selbstregulierung« zu schaffen. Die Uneinheitlichkeit der Terminologie offenbart Vorsprung und Dominanz der Theorie, entfaltet in verschiedenen Bänden des DFG-Reformzyklus zur Reform des Verwaltungsrechts (v. a.: »Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffang-

1 Erstaunlicherweise haben die nunmehr seit vielen Jahren praktizierten und vom Schrifttum begleiteten Privatisierungen nicht für ein entsprechend gestiegenes Aufkommen im Bereich der Dritten Gewalt gesorgt; die Zahl der einschlägigen Gerichtsentscheidungen ist zu niedrig, als dass man von einer »Privatisierungs-Rechtsprechung« sprechen könnte.

ordnungen«² und »Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource«³), flankiert von drei spezielleren Tagungsbänden (zur »Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht«⁴, zur »Verantwortungsteilung«⁵ und zur »regulierten Selbstregulierung«⁶) sowie von bilanzierend-forcierenden Einzelbeiträgen⁷. Dabei konnte aufgezeigt werden, dass die Einbeziehung Privater in die Gemeinwohlverwirklichung überhaupt verfahrensmäßige Dimensionen hat und dass Bedarf für ein »Privatverfahrens- bzw. Privatorganisationsrecht« besteht; ferner wurden erste konzeptionelle Vorstellungen über dessen Ausgestaltung formuliert⁸. Neben diesen primär theoretischen Arbeiten widmeten sich andere Autoren mit einem bereits dogmatischen Ansatz Teilausschnitten der Problematik auf der konkreteren Ebene der verfassungs-

- 2 Erschienen 1996 unter der Herausgeberschaft von Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann; aus diesem Band sind für das vorliegende Thema insbesondere relevant die Beiträge von *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7 ff., *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 167 ff., und *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, S. 261 ff.
- 3 Im Jahre 1997 erschienen unter der Herausgeberschaft von Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem; vgl. dort v.a. *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, S. 9 ff., *Trute*, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, S. 249 ff., *Wahl*, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, S. 301 ff., und *Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource. Perspektiven, S. 355 ff.
- 4 1996 erschienen unter der Herausgeberschaft von Hoffmann-Riem/Schneider. Neben dem textgleich auch in DVBl. 1996, S. 225 ff., erschienenen Eröffnungsvortrag von *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung (der im folgenden hiernach zitiert wird), werden darin zahlreiche Anwendungsbeispiele aus verschiedenen Referenzgebieten vorgestellt.
- 5 Der vollständige Titel des von Schuppert im Jahre 1999 herausgegebenen Bandes lautet: »Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat. Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor«; vgl. v.a. *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, S. 13 ff., *Vofßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungskategorien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, S. 47 ff., *Laskowski*, Durch Verantwortungsstrukturen im Umweltrecht und Umweltpolitik, S. 93 ff., und *Bauer*, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, S. 249 ff.
- 6 In dem 2001 als Beiheft 4 der Zeitschrift Die Verwaltung (DV), erschienenen Band »Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates« sind die Ergebnisse eines Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von *Hoffmann-Riem* zusammengefasst; vgl. v.a. *Vofßkuhle*, »Regulierte Selbstregulierung« – zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, S. 197 ff., *Schuppert*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, S. 201 ff., *Schmidt-Aßmann*, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, S. 253 ff.
- 7 Vgl. an dieser Stelle nur *Röhl*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff, DV 1999, Beiheft 2, S. 33 ff.; *Vofßkuhle*, »Schlüsselbegriffe« in der Verwaltungsrechtsreform – eine kritische Bestandsaufnahme –, VerwArch 92 (2001), S. 184.
- 8 Von *Ritter*, Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 3), S. 207 (235 ff.).

rechtlichen Anforderungen⁹ bzw. der einfachrechtlichen und verwaltungspraktischen Ausformung in einzelnen Referenzgebieten bzw. mit Blick auf bestimmte private Beiträge bereichsübergreifenden Charakters (wie die Sachverständigkeit)¹⁰. Auf der rechtspolitischen Ebene (bezogen auf das allgemeine Verwaltungsrecht) ist nun dadurch Bewegung entstanden, dass das Bundesinnenministerium im Zuge seines Reformprojektes »Moderner Staat – moderne Verwaltung« über die Schaffung eines Rechtsrahmens für »Public Private Partnerships« nachdenkt¹¹ und nachdenken lässt¹².

Der Zeitpunkt, die verschiedenen systembildenden Kräfte zu bündeln, und die klassischen dogmatischen Anliegen »Entlastung der Rechtspraxis, Systembildung, Rationalisierungs- und Orientierungshilfe«¹³, zu verwirklichen, ist also gut gewählt. Der »Beruf unserer Zeit« in Fragen der Verantwortungsteilung liegt m. E. darin, einerseits die bestehenden rechtspraktischen und dogmatischen Ansätze theoretisch zu spiegeln und andererseits die theoretischen Konzepte in vergleichsweise »einfache, juristische Grundformen« (*Fritz Fleiner*)¹⁴ zu überführen, um damit das für den täglichen Einsatz erforderliche Maß an Verfestigung und Aussagekraft zu erreichen. Das berechtigt m. E. auch dazu, den thematischen Rahmen an einigen Stellen sachgerecht zu verengen.

- 9 *Burgi*, Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht. Verwaltungsverfassungsrecht im Kooperationspektrum zwischen Staat und Gesellschaft, DV 33 (2000), S. 183.
- 10 Vgl. neben einzelnen Beiträgen in den in Fn. 3 bzw. 4 genannten Sammelbänden und den zu B II und III zitierten Arbeiten die sich mit dem Sachverständigenwesen befassenden Untersuchungen von *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantienstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S. 123 ff., 1955 ff.; *Scholz*, Für ein Sachverständigengesetz!, ZG 2000, 231 ff.
- 11 Die diesbezüglichen Vorstellungen sind vorgestellt im Internet unter www.staat-modern.de/projekte; vgl. auch *Schmitz*, Moderner Staat – Modernes Verwaltungsverfahren, NVwZ 2000, S. 1238 (1241 f.; der Autor ist Leiter des Referats Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahren im Bundesministerium des Innern).
- 12 Das Bundesinnenministerium hat zwei Gutachten eingeholt zu den Themen »Erfordernis verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership)« bei *Schuppert* bzw. »Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im VwVfG« bei *Ziekow*. Auch diese Gutachten sind im Internet abrufbar, und zwar unter www.staat-modern.de/projekte.
- 13 Zu Begriff und Funktionen der Rechtsdogmatik speziell im Verwaltungsrecht vgl. *Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVD-StRL 30 (1972), S. 245 (246 f.); *Schulte*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995, S. 9 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 4 ff.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 13 f., wo zwischen Systematik und Dogmatik unterschieden wird und zur Kennzeichnung dessen, was bei den soeben genannten Autoren mit »Dogmatik« bezeichnet wird, nämlich der Versuch, »für größere Regelungsbereiche Vergleichbarkeiten, Zusammenhänge und Strukturen aufzuzeigen« (*Schmidt-Aßmann*, aaO, S. 5 in Fn. 14) der Begriff »Systematik« verwendet wird.
- 14 *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 44 f.; vgl. ferner *Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967.

II. Verfahren und Privatisierung

Den Gegenstand dieser Bemühungen bildet nicht der Gesamtbereich von Privatisierung und regulierter Selbstregulierung, sondern die diesbezüglichen Verfahrensfragen. Ihnen gerade in diesem Zusammenhang mehr Aufmerksamkeit zu schenken, liegt aus einer steuerungswissenschaftlichen Perspektive¹⁵ besonders nahe, bezeichnen doch beide Kategorien, das »Verfahren« wie die »privatisierungsbegleitende Regulierung« (zu den Begriffen vgl. sogleich B I – III), Steuerungsinstrumente ersten Ranges, die es mit einer aufgaben- und funktionsorientierten Sichtweise zu erfassen gilt. Ausgehend von der allgemein anerkannten¹⁶ Charakterisierung des Verfahrens als Realvorgang und Ordnungsidee ist zu beschreiben, wie sich der Realvorgang verändert, wenn private Träger in die Gemeinwohlverwirklichung eingeschaltet werden; sodann geht es um Inhalt und Funktionen des Ordnungsmodells »Verfahren«, in dem »die vielfältigen . . . Begegnungsvorgänge zwischen Staat und Individuum oder gesellschaftlichen Gruppen«¹⁷ erfasst sind und in dem nun, nach erfolgter Privatisierung bzw. Selbstregulierung, die einzelnen Verfahrensrechtsverhältnisse neu geordnet und zugeordnet werden müssen. Der Auftrag lautet daher: Funktionsbeschreibung (C u. D), Untersuchung und Ausgestaltung konkreter Verfahrensrechte und -pflichten nach Privatisierung, Benennung von Verfahrensrechtsverhältnissen, Legitimationsgrundlagen und Umsetzungsmöglichkeiten (E und F), konkret auch im Hinblick auf den

- 15 Charakteristikum und Stärke eines steuerungswissenschaftlichen Ansatzes, welcher das von *Schmidt-Aßmann* und *Hoffmann-Riem* forcierte Reformprojekt des Verwaltungsrechts prägt (näher geschildert bei *Voßkuhle*, Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, DV 32 [1999], S. 545 [546 f.] m.w.N.), bestehen in der Einbeziehung der Wirksamkeitsbedingungen des Rechts und der damit verbundenen Überwindung der Perspektive einer rein hermeneutisch orientierten Normwissenschaft. Dies ist näher ausgeführt u.a. bei *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 13), S. 18 ff., dort auch zu den Grenzen dieses Ansatzes, bei deren Respektierung die in neuerer Zeit erhobenen kritischen Einwände (*Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methodenstreit?, VerwArch 89 [1999], S. 187 [203 ff.]; krit. hierzu sub specie des Privatverfahrensrechts bereits *Burgi*, DV 33 [2000], S. 196 in Fn. 64; *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 10 ff., 35 ff., 52 ff.) an Gewicht verlieren. Der steuerungswissenschaftliche Ansatz erzwingt konkret im vorliegenden Zusammenhang die Einbeziehung des Verfahrens als Realvorgang (vgl. C und D). Dazu, dass das Verwaltungsverfahren seinerseits ein Steuerungsinstrument ist vgl. *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft, 2000, S. 772 ff.; krit. jüngst *Laubinger*, Der Verfahrensgedanke im Verwaltungsrecht, in: *König/Merten* (Hrsg.), Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 47 (53 f.).
- 16 Ausführlich dargelegt bei *Schmidt-Aßmann*, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: *Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (6 ff.); ferner *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 46 f.; *Schoch*, Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht, DV 25 (1992), S. 21 ff.
- 17 *Schmidt-Aßmann*, in: Verfahrensrechte (Fn. 16), S. 7.

bereits erwähnten rechtspolitischen Prozess der Schaffung eines Rechtsrahmens.

Freilich stellt sich die Frage nach der »Funktion des Verfahrens« in »privatisierten Bereichen« nicht in allen Bereichen mit gleicher Intensität bzw. mit gleichem Inhalt. Knüpft man an die allgemein anerkannte Begriffsbestimmung des Verwaltungsverfahrens an und lässt die beiden Begriffsmerkmale weg, die in Privatisierungszusammenhängen ganz oder teilweise unzutreffend sind (dass ein Träger öffentlicher Verwaltung das Verfahren alleine führt und die Entscheidungen alleine trifft), dann geht es jedenfalls um »planvoll geordnete Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung . . . die der Hervorbringung von Entscheidungen dienen«¹⁸. Daraus folgt, dass diejenigen Erscheinungsformen der Privatisierung bzw. regulierten Selbstregulierung, in deren Gefolge es um entscheidungsbezogene Informationsgewinnung und -verarbeitung allenfalls am Rande geht, vielmehr technische Durchführung¹⁹ (wie bei den Betreibermodellen im Infrastrukturbereich) oder definitionsgemäße Dienstleistungserbringung (wie beim sog. Dualen System im Abfallrecht oder bei den Universaldienstleistungspflichten [vgl. z.B. §§ 17 ff. TKG]) gefordert sind, wegen fehlendem Verfahrensbezug außen vor bleiben können. Verfahrensfragen stellen sich insoweit lediglich im Verhältnis zwischen dem Staat und den jeweiligen privaten Trägern, und zwar im Zusammenhang mit deren Veranlassung sowie im weiteren Verlaufe der Kooperation (z.B.: Auskunft- und Informationspflichten); sie können indes anhand der allgemeinen Regeln des Vergaberechts bzw. im Rahmen der Kooperationsbeziehung bewältigt werden. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen müssen diejenigen »privatisierten Bereiche« stehen, in deren Mittelpunkt Prozesse der entscheidungsbezogenen Informationsgewinnung und -verarbeitung ablaufen.

18 Nach Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 193 ff.; Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 1988, § 70 Rn. 1; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 6. Aufl. 2000, § 58 Rn. 1. Der Fokus der folgenden Betrachtungen liegt mithin auf den Entscheidungsverfahren, die bislang ganz im Vordergrund des verwaltungsrechtlichen Interesses und der verwaltungsrechtlichen Dogmatik gestanden haben. Damit wird nicht geleugnet, dass es andere Verfahrenstypen gibt, im Hinblick auf die ein rechtsdogmatischer Nachholbedarf bestehen mag (vgl. Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee [Fn. 13], S. 288 f.). Angesichts des Anfangsstadiums, in dem sich das Verfahrensrecht nach Privatisierung gegenwärtig befindet, erscheint aber empfehlenswert, nach funktionalen Äquivalenten erst einmal (und nur) dort zu suchen, wo Begriff und Funktion des Verwaltungsverfahrens im Normalfall des staatlich verantworteten Verfahrens gefestigt sind, mithin im Bereich der Entscheidungsverfahren.

19 In Anknüpfung an die bereits in meiner Arbeit »Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe«, 1999, S. 100 ff., entfaltete Unterscheidung von Durchführungsprivatisierung und Vorbereitungsprivatisierung, jedoch darüber hinaus gehend (vgl. sogleich B I – III).

B. Grobstrukturierung der »privatisierten Bereiche«

Die Termini »Privatisierung«²⁰, »Verantwortungsteilung«²¹, »Regulierte Selbstregulierung«²², »Public Private Partnerships«²³ – um nur die Begriffe mit der größten Breitenwirkung zu nennen – kehren in der bisherigen Diskussion in immer neuen und sich vielfach überlappenden Zusammenhängen wieder. Dies mag in der Phase »der Ideenformulierung, des Experimentierens und Ausprobierens«²⁴ akzeptabel und hilfreich gewesen sein, wird aber nun, beim Übergang zur dogmatischen Phase, zum klärungsbedürftigen Problem.

Emigkeit dürfte m. E. über den zu erfassenden Gesamtbereich zu erzielen sein, der im »Grenzbereich zwischen staatlichen und privaten Aktivitäten« liegt und gekennzeichnet ist durch staatlich induzierte Veränderungen in der Arbeitsteilung bei der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse²⁵, anders formuliert, durch ein neues Mischungsverhältnis zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Handlungsrationaltät. Dahinter stehen (mittlerweile fast schon Gemeingut gewordene) politische Zielsetzungen (v.a. Staatsentlastung, Mobilisierung gesellschaftlicher Potentiale zur Verbesserung der Aufgabenerfüllung, aber auch im eigenen Freiheitsinteresse der gesellschaftlichen Träger), die zu respektieren sind und im Verlaufe der dogmatischen Folgenbewältigung nicht konterkariert werden dürfen. Schon aus diesem Grund wird es kaum möglich sein, verfahrensrechtliche Anforderungen im Verhältnis eins zu eins zu übertragen, wie überhaupt perspektivische Verengungen (sei es in Richtung »Regulierung«, sei es in Richtung der vielbeschworenen »Kräfte des Marktes«) zu vermeiden sind.

- 20 Etwa verwendet bei Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl. 2000, Einführung Rn. 92 ff.; Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 101 ff.; vgl. ferner die neueren Habilitationsarbeiten von Burgi (Fn. 13), Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, und Kämmerer, Privatisierung, 2001.
- 21 Maßgeblich geprägt und weiterentwickelt durch die Beiträge von Trute, in: Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 13 ff., und Voßkuhle, aaO, S. 47 ff.; vgl. ferner Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 91 (2000), S. 149 (157 f.); krit. Röhl, DV 1999, Beiheft 2, S. 33 ff.; Kämmerer (Fn. 20), S. 433 ff.
- 22 Damit haben sich im Anschluss an die Vorträge von Schmidt-Preuß und Di Fabio auf der Staatsrechtslehrertagung 1996 (VVDStRL 56 [1997], S. 160 ff., 235 ff.) u.a. befasst Hoffmann-Riem, in: Öffentliches Recht und Privatrecht (Fn. 2), S. 300 ff. m.w.N. aus früheren Arbeiten. Entscheidend verbreitert und vertieft worden sind die sich hiermit verbindenden Vorstellungen durch die zu B III verarbeiteten Beiträge auf dem gleichnamigen Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von Hoffmann-Riem (Fn. 6).
- 23 Vgl. zu diesem schillernden Begriff, der Aufnahme in den Titel der beiden erwähnten Gutachten für das Bundesinnenministerium gefunden hat (Fn. 12) nur Burgi (Fn. 13), S. 98 f., sowie bereits (mit krit. Tendenz) Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764, sowie die Beiträge in Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997.
- 24 Formulierung nach Voßkuhle, VerwArch 92 (2001), S. 215.
- 25 Formulierung nach Schmidt-Aßmann, DV 2001, Beiheft 4, S. 254; vgl. auch Ziekow (Fn. 12), II 1.

I. »Privatisierte Bereiche« als Produkt von Verantwortungsteilungen

Der soeben skizzierte Gesamtbereich wird m. E. am treffendsten mit dem heuristischen Begriff der »Verantwortungsteilung« umschrieben, durch den der Übergang von der Erfüllungsverantwortung bzw. von der vollkommenen staatlichen Abstinenz zur sog. Gewährleistungsverantwortung des Staates zum Ausdruck gelangt²⁶. Die hiervon betroffenen Bereiche sind »privatisierte Bereiche« im Sinne der hiesigen Themenstellung, wenn man »Privatisierung« auf die Aufgabenverantwortung und nicht auf Organisation oder Vermögen bezieht; Vorgänge der bloßen Organisationsprivatisierung einschließlich der Beleihung bleiben daher ebenso ausgeblendet wie die Veräußerung von Vermögensanteilen (wie sie etwa in den Kontexten der Art. 87e u. 87f GG stattfindet)²⁷. Wie sogleich gezeigt wird, lassen sich in Gestalt der (regulierten) Verwaltungshilfe und der regulierten Selbstregulierung zwei große Teilbereiche unterscheiden und verschiedene weitere Bereiche thematisch ausgrenzen. Der seinerseits heuristische Begriff »Public Private Partnership« bezieht sich auf die Kooperation als wichtigstem (aber nicht einzigstem)²⁸ »Verwirklichungsmodus« von Verantwortungsteilungen, mit einer Verengung auf den Bereich rechtlich fixierter, administrativ herbeigeführter Kooperationen²⁹. In Begleitung und im Anschluss an eine Verantwortungsteilung (respektive eine

26 Insoweit kann man von einer »Grundkategorie« sprechen (in Anlehnung an *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 9, 240 ff.; vgl. ferner *Voßkuhle*, in: *Verantwortungsteilung*, S. 52 ff.; *Ziekow* [Fn. 12], I 2, S. 4 f.). Dabei wird angeknüpft an das seinerseits heuristische Konzept der Bildung von Verantwortungsstufen (vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, in: *Reform* [Fn. 15], S. 43 f. u. S. 60 f.); mit dem Begriff der »Gewährleistungsverantwortung« wird bezeichnet, dass der Staat »mit Hilfe der rechtlich bereit gestellten Strukturen angemessene gesellschaftliche Problemlösungen« zu erreichen ermöglicht (*Hoffmann-Riem*, *Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, S. 433; vgl. ferner *Schuppert*, DV 2001, Beiheft 4, S. 201 (218 ff. m.w.N.)). Hiermit verbinden sich weder auf der Ebene des Verfassungsrechts noch auf der des einfachen Rechts bestimmte Rechtsfolgen, insbesondere lassen sich allein mit der Zuordnung bestimmter privater Handlungsbeiträge zu einer bestimmten Verantwortungsstufe nicht Pflichtenstellungen über das allgemein verbindliche Maß hinaus begründen. Auch an der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im freiheitlichen Verfassungsstaat (vgl. nur *Rupp*, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in: *Isensee/Kirchhof* [Hrsg.], *HdbStR I*, 1987, § 28 Rn. 25 ff.) ändert sich nichts. So bedarf auch die Begründung von Verfahrenspflichten erheblicher dogmatischer Anstrengung (vgl. E I) jenseits der Ebene der Begriffsbildung.

27 Zu diesen Unterscheidungen und zu der im Zuge der Bahn- und Postprivatisierung zusätzlich in Gang gesetzten »Deregulierung« (im Sinne eines Abbaus von Monopolstellungen) vgl. nur *Burgi* (Fn. 13), S. 2 ff., 9 ff.

28 Neben der zwangsweisen Veranlassung zur Erbringung von Verwaltungshelferdiensten (etwa in Gestalt des Lohnsteuerinzugs durch die Arbeitgeber (vgl. hierzu *Burgi* [Fn. 13], S. 253 ff.) und der zwangsweisen »Inpflichtnahme« für eine selbstregulierende Tätigkeit (etwa in Gestalt der Eigenüberwachung im Umweltrecht [vgl. sogleich B III 1 b]; zu beiden eingehend, mit zahlreichen Belegen aus der teilweise Jahrzehnte zurückreichenden Literatur *Burgi* [Fn. 13], S. 90 ff.) gibt es Erscheinungsformen von Verantwortungsteilungen, bei denen zwar die private Mitwirkung nicht angeordnet wird, bei denen es aber auch nicht zu einem rechtlich fixierten Kooperationsakt kommt, wie etwa im Falle des Öko-Audit (vgl. dazu sogleich B III 1 b).

29 Im Anschluss an *Ziekow* (Fn. 12), I 2, S. 4 f.

aufgabenbezogene Privatisierung) erfolgen Maßnahmen der »Regulierung« durch den Staat, welche die »Gewährleistungsverantwortung« (respektive die »Privatisierungsfolgenverantwortung«) normativ und/oder administrativ umsetzen³⁰.

II. (Regulierte) Verwaltungshilfe (nach funktionaler Privatisierung)

Die Verwaltungshilfe – hierbei handelt es sich um eine bereits dogmatische Kategorie – entsteht durch eine sog. funktionale Privatisierung, bei der ein Teil der staatlichen Verantwortung für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe als Staatsaufgabe abgespalten wird. Der Verwaltungshelfer erbringt für den Staat und unter dessen Leitung auf der Basis eines »Veranlassungsaktes« einen Teilbeitrag, welcher funktional auf die Staatsaufgabe bezogen ist³¹. Jener Teilbeitrag kann durchführenden Charakters sein, sich also auf eine bereits getroffene staatliche Entscheidung beziehen; er besteht dann typischerweise in der Erbringung von Dienstleistungen technischen oder finanziellen Charakters, was mit dem Hinweis auf die bekannten Figuren des Betreibers bzw. Betriebsführers in der Infrastrukturverwaltung illustriert werden kann. Unter Verfahrensaspekten wichtiger (vgl. A II) sind die Vorbereitungshelfer, die planerische³², sachverständig-beratende³³ oder auch Unterstützungsbeiträge innerhalb eines Verwaltungsverfahrens (als sog. Verfahrensmittler)³⁴ erbringen und dadurch

- 30 Wenngleich sich der Regulierungsbegriff nicht auf diesen Bereich beschränkt, sondern alle hoheitlich wahrgenommenen Tätigkeiten des Staates »mit einem spezifischen, über den Einzelfall hinausgreifenden Ordnungszweck« umfasst (*Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Heft 4, S. 255), befindet sich doch in den vorliegenden Zusammenhängen seine (gegenwärtig) wichtigste Heimat (hierzu vgl. im Anschluss an *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand März 2001, Art. 87f Rn. 34 f., *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 124 [1999], S. 237 [246]; *Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 41 ff. Zum Begriff »Privatisierungsfolgenverantwortung« vgl. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff. (279); *Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht, NVwZ 2001, 601 ff., sowie mit teilweise krit. Tendenz in begrifflicher Hinsicht *Kämmerer* (Fn. 20), S. 479 ff., 489 ff.
- 31 Dieser funktionale Bezug ist entscheidend, nicht, ob der erbrachte Beitrag selbständig oder unselbständig ist bzw. ob die Person des Verwaltungshelfers selbständig oder unselbständig ist (ausführlich dargelegt bei *Burgi* [Fn. 13], S. 145 ff.; vgl. ferner bereits *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 [963], sowie jüngst *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 261).
- 32 Beispiele: Private Architektur- und Ingenieurbüros auf der Grundlage des § 11 Abs. 1 Ziffer 1 BauGB, Private, die Standortalternativen im Zuge der Planung von Infrastrukturanlagen sammeln und aufbereiten (vgl. nur *Burgi*, DV 33 [2000], S. 187 f. m.w.N.).
- 33 Beispiele können fast allen wichtigen Aufgabenfeldern entnommen werden, mit einem gewissen Schwerpunkt in Bereichen mit naturwissenschaftlich-technischem Hintergrund; vgl. hierzu bereits *Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR II, 1987, § 36; *Burgi* (Fn. 13), S. 130 ff.; *Seidel* (Fn. 10), S. 215 ff.
- 34 Sofern nicht Konstellationen der Beleihung bzw. der regulierten Selbstregulierung vorliegen. Anwendungsbeispiele sind vor allem im Vollzug des § 2 Abs. 2 Satz 3 Ziffer 5 der 9. BImSchVO (vgl. hierzu *Ludwig*, Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, S. 198 ff.) bzw. des § 4b BauGB anzutreffen (vgl. hierzu vorerst nur *Reidt*, § 4b

staatliche Entscheidungen determinieren können. Bei ihnen handelt es sich um Dritte, die namentlich im Bau- und Fachplanungsrecht sowie im Umweltrecht Material erheben, sammeln und auswerten oder auch hieraus Schlüsse ziehen, ihre Erkenntnisse aber verabredungsgemäß den zuständigen staatlichen Stellen buchstäblich *überantworten*, zur Erledigung der jeweiligen Staatsaufgabe innerhalb des hierfür vorgesehenen Verfahrensrahmens.

III. *Regulierte Selbstregulierung*

1. *Begriff und Spektrum*

Hierbei handelt es sich um einen gegenwärtig noch heuristischen Begriff, der auf seinem noch weiten Weg in die verwaltungsrechtliche Dogmatik³⁵ vorliegend nur ein kleines Stück weit begleitet werden kann, nämlich in verfahrensbezogener Perspektive. Unzulänglichkeiten, die sich aus der gegenwärtig nicht möglichen Einbettung in ein dogmatisches Gesamtkonzept (vergleichbar dem der Verwaltungshilfe) ergeben können, müssen in Kauf genommen werden. Worum geht es? Um die Mobilisierung gesellschaftlicher Kräfte, welche sich zwar in ihrer eigenen Handlungsrationalität bewegen und durch spezifische Dienstleistungen eine eigene kollektive Ordnung hervorbringen, deren Tätigwerden also nicht funktional auf eine Staatsaufgabe bezogen, aber auch nicht »schlicht gesellschaftlich« und lediglich der allgemeinen Aufsicht unterworfen ist. Vielmehr vollzieht es sich innerhalb eines staatlich gesetzten Rahmens, innerhalb eines gemeinsamen Ordnungssystems³⁶, dessen Ausge-

BauGB – Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, 592) und, ohne explizite gesetzliche Grundlage, in zahlreichen weiteren Bereichen mit komplexen Verfahren (vgl. näher *Burgi*, DV 33 [2000], S. 186 f.; *Seidel* [Fn. 10], S. 247 ff.). Die Möglichkeiten und Grenzen innerhalb weiterer Bereiche sind illustriert in den Beiträgen von *Peine*, *Ronellenfisch*, *Schwarz*, *Köchling* und *Hofmann-Hoeppel*, in: *Verfahrensprivatisierung* (Fn. 4), S. 95 ff., 113 ff., 188 ff., 201 ff., 216 ff. In § 98 Abs. 2 des Entwurfs eines Umweltgesetzbuchs ist vorgesehen, dass die Genehmigungsbehörde »die Durchführung einzelner Abschnitte des Verfahrens . . . einem Verfahrensmittler . . . übertragen« kann (vgl. die Begründung in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit [Hrsg.], Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, 1998, S. 640 ff.). Hierher können ferner auch Private gerechnet werden, die mit der Vornahme von Untersuchungen, Erhebungen oder Auswertungen betraut sind, etwa auf der Grundlage des § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG (näher hierzu *Ludwig* [Fn. 34], S. 165 ff.; *Burgi* [Fn. 13], S. 140 f.).

35 Den gegenwärtigen Erkenntnis- und Entwicklungsstand hat jüngst *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 254 ff., 271, fixiert, anknüpfend an *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht (Fn. 2), S. 300 ff.; *Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, S. 950 ff.; *Schuppert*, DV 31 (1998), S. 415 ff.; vgl. ferner *Burgi* (Fn. 13), S. 87 ff., sowie *Voßkuhle*, DV 2001, Beiheft 4, S. 197 ff. Dogmatische Ansätze finden sich auch bei *Faber*, Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht – unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen, 2001, S. 8 ff.

36 Wie *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 255, hervorgehoben hat, ist das zentrale Charakteristikum »der Verbund« zwischen Selbstregulierung und Regulierung.

staltung ebenso vielgestaltig ist, wie es die Motive und die Referenzgebiete sind. Das Instrumentarium der staatlichen Regulierung in diesem Bereich erschöpft sich wiederum nicht in »Initiierung, Begleitung und Absicherung«³⁷, mithin in Kooperation, sondern umschließt auch die zwangsweise »Inpflichtnahme« für das Gemeinwohl, etwa bei der Pflicht zur Eigenüberwachung im Umweltrecht³⁸.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Fall der »regulierten Selbstregulierung« dann vorliegt, wenn gesellschaftliches Handeln durch Einbeziehung in einen gemeinsamen Ordnungsrahmen mit dem Staat für das Gemeinwohl nutzbar gemacht wird. Einige der wichtigen Erscheinungsformen regulierter Selbstregulierung wurzeln bereits in einem europäisierten Verwaltungskontext (vgl. sogleich im Text) und es ist damit zu rechnen, dass das Konzept als solches europäischen Rückenwind erhält, wenn die Vorstellungen der EU-Kommission in ihrem im Mai 2001 vorgestellten Weißbuch »Europäisches Regieren« verwirklicht werden.³⁹ Danach sollen im Rahmen einer stärkeren »Einbindung der Zivilgesellschaft« (III, 3.1., S. 19 ff.) »Partnerschaftsregelungen . . . mit Organisationen der Zivilgesellschaft« entwickelt werden (S. 22), verstärkt »Expertenwissen« eingeholt und genutzt werden (III, 3.2., S. 25 f.) und die »Koregulierung« verstärkt werden, allerdings unter der Voraussetzung, dass die beteiligten Organisationen in der Lage sind, »sich in offenen Verfahren an vereinbarte Regeln zu halten« (III, 3.2., S. 27 f.).

Aufgrund der Vielzahl und Vielfalt der Erscheinungsformen ist eine auch nur annähernd vollständige Erfassung des Spektrums – zumal im gegebenen Rahmen nicht möglich. Für die Zwecke der nachfolgenden verfahrensorientierten Betrachtung seien einige wichtige Beispiele aus verschiedenen »Referenzgebieten« genannt.⁴⁰

37 *Vofskuhle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 214.

38 Vgl. zu diesem und zu weiteren Beispielen sogleich im Text. Die klassischen Anwendungsfälle der früheren Diskussionen um die Verfassungsmäßigkeit von »Inpflichtnahme« bzw. »Indienstnahme«, nämlich die Pflicht zur Erdölbevorratung bzw. zur Übernahme des Räum- und Streudienstes an öffentlichen Wegen durch die Anlieger (näher dargestellt mit zahlreichen Nachweisen bei *Burgi* [Fn. 13], S. 90 ff.) lassen sich ebenfalls dem Spektrum der regulierten Selbstregulierung zuordnen.

39 Vom 25.7.2001, *KÖM* (2001), 428; eine erste Einschätzung auf der Basis der vorbereitenden Überlegungen bei *Burgi*, *Vertikale Kompetenzabgrenzung in der EU und materiellrechtliche Kompetenzausübungsschranken nationaler Daseinsvorsorge*, in: Henneke (Hrsg.), *Verantwortungsteilung zwischen Kommunen, Ländern, Bund und Europäischer Union*, 2001, S. 90 ff.

40 Weitere Referenzbereiche werden thematisiert durch *Holznagel*, *Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht*, S. 81 ff., *Schulz*, *Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht*, S. 101 ff., *Eifert*, *Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung*, S. 137 ff., *Schuler/Harms*, *Regulierte Selbstregulierung im Polizei- und Versammlungsrecht*, S. 159 ff., *Schneider*, *Regulierung staatsinterner Selbstregulierung am Beispiel des Haushaltswesens*, S. 177 ff., jeweils in *DV* 2001, Beiheft 4, sowie bei *Schmidt-Aßmann*, aaO, S. 256 f.

a) Das klassische Referenzgebiet *Baurecht* bietet ein erstes Beispiel in Gestalt der reformierten Landesbauordnungen, die unter bestimmten Voraussetzungen auf das Baugenehmigungserfordernis verzichten und die Verantwortung für die Einhaltung des unverändert beachtlichen materiellen Baurechts vollständig oder teilweise in die Hände des Bauherren und der durch diesen zu bestellenden Sachverständigen legen (vgl. z.B. § 67 BauO NRW)⁴¹; eine weitere Erscheinungsform aus dem Baurecht bildet der sog. Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB, der die Vorstellungen des privaten Investors und Vorhabenträgers bündelt, welche sich die Gemeinde sodann mit einem »vorhabenbezogenen Bebauungsplan« zu eigen machen kann. Voraussetzung hierfür ist der Abschluss eines Durchführungsvertrages, mit dem sich der private Vorhabenträger zur Verwirklichung der entsprechenden Festsetzungen verpflichtet⁴².

b) Aus dem *Umweltrecht*⁴³ seien die mit »Eigenüberwachung« bezeichneten Verantwortungsstrukturen genannt, deren Elemente die schlichten Dokumentations- und Kontrollpflichten der Anlagenbetreiber, die Schaffung einer Umweltbeauftragtenorganisation (vgl. z.B. §§ 53 f. BImSchG) und das komplexe, europäisch inspirierte System des Öko-Audits bilden⁴⁴. Ging es bei diesem zunächst um den freiwilligen Aufbau eines Verpflichtungs-, Management- und Prüfungssystem auf Unternehmensebene mit abschließender Registereintragung (vgl. § 33 Umweltauditgesetz), so sind zwischenzeitlich Ansätze entwickelt worden, um über vereinbarte Substitutionskataloge bzw. Öffnungsklauseln in Verwaltungsvorschriften oder Gesetzen (ein VO-Entwurf des Bundesumweltministerium existiert bereits) Vollzugerleichterungen⁴⁵ bei der staatlichen Anlagenüberwachung zu bewirken.

41 Ein annähernd aktueller Überblick über das Regelungsspektrum in den einzelnen Bundesländern findet sich bei *Hoppe/Grotefels*, Öffentliches Baurecht, § 15. Zur Einordnung in den Kontext der regulierten Selbstregulierung vgl. *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), S. 194 ff., sowie, mit Fokus auf die eingeschalteten Sachverständigen *Seidel* (Fn. 10), S. 262 ff.

42 Vgl. hierzu nur *Schneider*, Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 87 (1996), S. 38 (41 ff., 56 ff.); *Brohm*, Öffentliches Baurecht, 3. Aufl. 2002, § 7 Rn. 23 ff.; *Turiaux*, Der vorhabenbezogene Bebauungsplan gem. § 12 BauGB: Beschleunigungspotenzial, Durchführungsverpflichtung und praktische Probleme, NJW 1999, S. 391; *Faber* (Fn. 35), S. 128 ff.

43 Instruktive Gesamtdarstellungen bei *Laskowski*, in: Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 93 ff., und *Brandt*, DV 2001, Beiheft 4, S. 123 ff. Unter dem Aspekt der Etablierung von Organisationsanforderungen gegenüber privaten Unternehmen jüngst *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 328 ff.

44 Aus der überbordenden Literatur vgl. sub specie des allgemeinen Privatisierungskontextes nur *Schneider*, Öko-Audit als Scharnier einer ganzheitlichen Regulierungsstrategie, DV 28 (1995), S. 361; *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 256; *Schickert*, Der Umweltgutachter der EG-Umwelt-Audit-Verordnung, 2001; *Kämmerer*, Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001.

45 Zu ersten Ansätzen der Einbettung des Öko-Audit in ein System der Substitution staatlicher Ordnungspflichten in Bayern vgl. *Böhm-Amtmann*, Umweltpaket Bayern – Miteinander die

c) Im ebenfalls europäisch determinierten *Produktsicherheitsrecht* agieren auf der administrativen Ebene neben den Herstellern und privaten Sachverständigen die sog. Benannten Stellen, die nach Akkreditierung durch den Staat aufgrund eines Vertrages mit dem Produkthersteller die Konformität von dessen Produkt mit den Anforderungen der jeweils einschlägigen EG-Richtlinie beurteilen und ohne deren Zertifizierung das Produkt nicht in den Verkehr gebracht werden kann (vgl. z.B. § 9 GSG)⁴⁶. Mit Zertifizierung ist das Produkt EG-weit verkehrsfähig und würden weitere Zulassungsverfahren oder systematische Kontrollen durch mitgliedstaatliche Behörden grundsätzlich unzulässig.

d) Aus dem *Wirtschaftsverwaltungsrecht* bildet die durch § 25a Abs. 1 KWG eingeführte Pflicht zum Aufbau eines Risikomanagement-, -controlling und -informationssystems ein aktuelles und wirtschaftlich hochbedeutsames Beispiel im Grenzbereich von staatlicher Bankenaufsicht und privater Bankorganisation. Hierdurch werden Organisation und Verfahren bei der Steuerung und Kontrolle von Risiken des Bankgeschäfts auf das Gemeinwohl, konkret auf die mit der Bankenaufsicht gemäß § 6 Abs. 2 KWG verfolgten Ziele ausgerichtet. Der Aufbau eines Risk Management-Systems ist als Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis für das Betreiben von Bankgeschäften ausgestaltet (§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 KWG), so dass, im Unterscheid etwa zum Öko-Audit bisheriger Prägung, von vornherein eine Verzahnung mit der behördlichen Vollzugstätigkeit besteht⁴⁷.

Umwelt schützen, ZUR 1997, S. 178; Schuppert, Verwaltungswissenschaft (Fn. 15), S. 416 f.; Bender/Sparwasser/Engel, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, Kapitel 3 Rn. 45. Im Gefolge der im Februar 2000 in Kraft getretenen Novelle der Öko-Audit-Verordnung (EMAS-Verordnung) der EG (vom 19.3.2001; ABl. EG L 114, S. 1; vgl. hierzu Langerfeld, Die novellierte EG-Öko-Audit-Verordnung: Evolution oder Revolution?, UPR 2001, S. 220; Knopp, EMAS II – Überleben durch »Deregulierung« und »Substitution«?, NVwZ 2001, S. 1098) hat das Bundeskabinett in seiner Sitzung vom 19.9.2001 den Entwurf einer sog. EMAS-Privilegierungs-Verordnung (EMASPrivilegV) auf der Basis des § 58e BImSchG verabschiedet (zwischenzeitlich in Kraft getreten, EMASPrivilegV vom 24. Juni 2002, BGBl. I, S. 2247) (www.bmu.de) mit Erleichterungen bei den Berichts-, Anzeige- und Messungspflichten im Bereich der Überwachung; im Hinblick auf begünstigende Entscheidungen (Genehmigungen) kann u.U. auf die Anforderung umfangreicher Antragsunterlagen verzichtet werden, wenn geprüfte Unterlagen aus dem Öko-Audit vorgelegt werden, die dem erforderlichen Inhalt der Anträge entsprechen (krit. hierzu bereits Knopp, NVwZ 2001, S. 1098).

46 Die Einzelheiten sind systematisch aufbereitet und als »Elemente einer Europäischen Verwaltungsstruktur« identifiziert in der grundlegenden Arbeit von Röhl, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 53 ff., 79 ff.; vgl. ferner Seidel (Fn. 10), S. 266 f.; Spindler (Fn. 43), S. 159 ff.

47 Vgl. hierzu Spindler (Fn. 43), S. 196 ff. (im Weiteren werden vergleichbare Bestimmungen im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Umfeld thematisiert); Burgi, Risk Management und Bankenaufsicht im System des Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: Lange/Wall (Hrsg.), Risikomanagement nach dem KonTraG, 2001, S. 307 ff. Auch dort sind Kontrollerleichterungen zur Honorierung hierbei erbrachter überobligationsmäßiger Anstrengungen denkbar (Burgi, aaO, S. 319 f., mit ersten Nachweisen).

2. Unterscheidungskriterium »Entscheidungsbezug«

Anknüpfend an die eingangs angestellten Überlegungen zur Verfahrensrelevanz und zur Kennzeichnung des Verfahrens als Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung mit Entscheidungsbezug (A II) soll innerhalb der Bereiche der regulierten Selbstregulierung danach unterschieden werden, ob ein Bezug zu staatlichen Entscheidungen besteht, oder ob ein solcher Bezug fehlt, dafür aber innerhalb des selbstregulierenden Sektors Prozesse der Informationsgewinnung bzw. -verarbeitung mit Entscheidungsbezug ablaufen. Dies trägt zunächst der Erkenntnis Rechnung, dass die zahlreichen und vielgestaltigen Phänomene der regulierten Selbstregulierung im Stadium der Bestimmung konkreter Rechtsfolgen nicht mehr über einen Leisten geschlagen werden können. Sodann wird die zu D unternommene Funktionsanalyse vorbereitet und die für eine Äquivalenzprüfung (Verfahrensrecht vor und nach Privatisierung) notwendige strukturelle Transparenz hergestellt. Ordnet man die soeben beispielhaft genannten Erscheinungsformen zu, so gehört das Öko-Audit in seiner bisherigen Prägung, d. h. ohne Verzahnung mit dem Umweltordnungsrecht, zur zweiten Gruppe, indem ein komplexer Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung in die Entscheidung des privaten Umweltgutachters über die Gültigkeit der abgegebenen Umwelterklärung mündet; entsprechendes gilt im Hinblick auf das Tätigwerden anerkannter⁴⁸ Prüf- und Bestätigungsstellen nach dem am 22.5.2001 in Kraft getretenen neuen Signaturgesetz⁴⁹.

Die übrigen Beispielsfälle befinden sich auf der anderen Seite des Spektrums, namentlich die Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht und das Risk-Management, aber auch das Öko-Audit künftiger Prägung, weil jeweils zwar nicht eine unmittelbare Vorbereitungstätigkeit erbracht wird, aber doch ein Bezug zu staatlicher Entscheidungsverantwortung besteht, entweder dahingehend,

48 Die Prüf- und Bestätigungsstellen sind vor allem für die Bestätigung zuständig, dass die technischen Komponenten von »Produkten für qualifizierte elektronische Signaturen« den Anforderungen des § 17 Abs. 1 und 3 Ziffer 1 SignaturG entsprechen (vgl. § 17 Abs. 4 Satz 1 SignaturG). Die Voraussetzungen für ihre Anerkennung seitens der »zuständigen Behörden« sind in § 18 SignaturG geregelt und entsprechen in etwa den Anforderungen an die Zulassung als Umweltgutachter nach den §§ 4 u. 9 Umweltauditgesetz. Die Prüf- und Bestätigungsstellen sind gewissermaßen Implementationsinstanzen (vgl. E II vor 1) zweiter Stufe, indem sie wiederum das Verhalten der ihrerseits »akkreditierten Zertifizierungsdiensteanbieter« (vgl. § 4 ff. SignaturG) prüfen und bestätigen. Sowohl die Entscheidungen der Zertifizierungsdiensteanbieter als auch die Entscheidungen der Prüf- und Bestätigungsstellen weisen keinen Bezug zu späteren verwaltungsbehördlichen Entscheidungen auf. Vielmehr erzeugen sie Rechtswirkungen dadurch, dass der Gesetzgeber in verschiedenen Formvorschriften (vgl. etwa § 126a BGB) die Verwendung »elektronischer Signaturen«, welche den Anforderungen des SignaturG entsprechend zustande gekommen sind, zulässt.

49 BGBl. I, S. 876; vgl. hierzu *Roßnagel*, Das neue Recht elektronischer Signaturen, NJW 2001, S. 1817 ff.

dass auf belastende Entscheidungen verzichtet wird⁵⁰, oder dahingehend, dass begünstigende Entscheidungen ergehen können⁵¹. Ob eine belastende bzw. begünstigende Entscheidung ergehen kann oder muss bzw. ob sie unterbleiben kann oder muss, hängt in diesen Fällen jedenfalls zum Teil⁵² von den gleichen materiellen Maßstabsnormen ab, die auch den gesellschaftlichen Trägern der Selbstregulierung ein Mindestmaß an Orientierung vorgeben (Beispiele: Die Anforderungen an die Produktbeschaffenheit, die Anforderungen des allgemeinen Umweltrechts⁵³ etc.). Der Bezug zur staatlichen Entscheidungsverantwortung besteht hier mithin in der Existenz und im Umfang des Überschneidungsbereichs von staatlicher und gesellschaftlicher Orientierung am identischen Maßstab. Freilich erschöpft sich die Orientierung der Träger der gesellschaftlichen Selbstregulierung hierin nicht und sie entwickeln regelmäßig (und erwartungsgemäß) eigene Ordnungsmuster jenseits des gesetzten Standards, durch Bildung eigener, bereichsspezifischer Standards und Verwirklichungskonzepte. Dieser Mehrwert tritt deutlich zutage bei einem kompletten Umweltmanagementsystem, das zwar *auch* am geltenden Umweltrecht orientiert ist, darüber hinaus aber betriebseigene Standards setzt und zukunftsorientierte Gestaltungskonzepte verwirklichen hilft.

- 50 So etwa im Bauordnungsrecht, im Rahmen der Eigenüberwachung im Umweltrecht sowie unter den Bedingungen des novellierten Öko-Audit-Rechts, in dem Vollzugserleichterungen vorgesehen sind (vgl. soeben 1); ferner im Anwendungsbereich des KWG in Gestalt des Verzichts auf nachträgliche bankenaufsichtsrechtliche Maßnahmen und im Produktsicherheitsrecht in Gestalt des (zwingenden) Verzichts auf die Errichtung weiterer Zulassungshürden. Werden die Anforderungen der jeweils einschlägigen materiellen Maßstabsnorm durch die privaten Instanzen verfehlt, so realisiert sich die staatliche Gewährleistungsverantwortung in Gestalt des Erlasses der jeweiligen belastenden Maßnahme.
- 51 So beim Erlass des vorhabenbezogenen Bebauungsplans oder bei der Erteilung der Bankbetriebserlaubnis nach ordnungsgemäßem Aufbau eines Risk-Management-Systems, ferner bei der Erteilung von Anlagengenehmigungen nach ordnungsgemäßer Erfüllung von Ermittlungspflichten jenseits der eigenen betrieblichen Sphäre im Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung (näher hierzu *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 [1997], S. 178 f.).
- 52 Die staatliche Entscheidung hängt regelmäßig von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen ab. So müssen etwa vor Erteilung der Bankbetriebserlaubnis nach § 32 Abs. 1 und 33 Abs. 1 Satz 2 KWG zahlreiche weitere Voraussetzungen erfüllt sein bzw. sind die Entscheidungen über den Erlass belastender Maßnahmen (etwa im Recht der Umweltüberwachung) in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt.
- 53 Ob die Beachtung des geltenden Umweltrechts überhaupt Bestandteil des Prüfungsmaßstabs der umweltgutachterlichen Prüfung ist, und ob es dem Umweltgutachter verwehrt ist, eine Gültigkeitserklärung abzugeben, wenn er von einem Rechtsverstoß des betroffenen Unternehmens gegen geltendes Umweltrecht Kenntnis erlangt hat, war unter dem bisherigen Umweltauditgesetz umstritten (ausführlich hierzu *Kloepfer/Bröcker*, Umweltaudit und Umweltrechtskonformität, UPR 2000, S. 335 ff.; *Kämmerer* [Fn. 44], S. 64 ff.); nach Inkrafttreten der neuen EMAS-Verordnung (Fn. 45) besteht ein Verbot der Abgabe der Gültigkeitserklärung bei Verstößen gegen das materielle Umweltrecht (vgl. *Langerfeld*, UPR 2001, S. 220; *Knopp*, NVwZ 2001, S. 1098).

IV. *Ausgeschiedene Bereiche*

Nicht behandelt werden die folgenden Themenkomplexe, die zwar alle einen Bezug zur Gesamthematik aufweisen, aus unterschiedlichen Gründen aber jeweils am Rande des thematischen Kerns angesiedelt sind. Dies gilt für die private (selbstregulative) Normsetzung, die schwierige Probleme im Verhältnis zu den staatlichen Rechtsquellen aufwirft; überdies spielt schon die ausschließlich administrative Normsetzung (ganz ohne Privatisierung) nicht zuletzt in verfahrensmäßiger Hinsicht eine Sonderrolle innerhalb des Verwaltungsrechts, der vorliegend nicht nachgegangen werden kann⁵⁴. Wichtige Anwendungsbeispiele finden sich im Recht der technischen Normung, so auch auf der Ebene vor dem oben (B III 1 c) skizzierten operativen Alltag im Produktsicherheitsrecht⁵⁵ sowie bei der Standardsetzung im Recht der Rechnungslegung⁵⁶. Ebenfalls nicht behandelt werden können die in den Kontext der regulierten Selbstregulierung fallenden staatlich induzierten Selbstverpflichtungen der Wirtschaft (v.a.: Umweltvereinbarungen), welche sich zum überwiegenden Teil auf die Rechtsetzung beziehen und normvertretende Absprachen darstellen⁵⁷. Ausgeschieden werden ferner Erscheinungsformen der regulierten Selbstregulierung in den Bereichen Rundfunk⁵⁸ sowie Wissenschaft und Forschung⁵⁹, da es sich infolge der primär grundrechtlichen Zuordnung auch der Aufgabenerfüllung in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen von vornherein um Sonderbereiche handelt.

54 Zu den Problemen der privaten Normsetzung vgl. nur die Beiträge von *Voelskow*, *Private Regierungen in der Techniksteuerung. Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung*, 1996; *Trute*, *Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation*, in: *Hendler u.a. (Hrsg.), Rückzug des Ordnungsrechts im Umweltschutz*, 1999, S. 13 ff.

55 Erste Ansätze einer Dogmatik der regulierten Selbstregulierung bei *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 269.

56 Hierzu jüngst *Schuppert/Bumke*, *Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Wahl rechtlicher Regelungsformen (Regulatory Choice)*, in: *Kleindiek/Oehler (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts*, 2000, S. 72 ff.; *Hommelhoff/Schwab*, *Staatersetzende Privatgremien im Unternehmensrecht*, in: *Drenseck/Seer (Hrsg.), FS Kruse*, 2001, S. 653 ff.

57 Näher ausgeführt bei *Faber* (Fn. 35), S. 219 f.; zu den sich hierbei stellenden Problemen vgl. *dies.*, S. 177 ff.; *Frenz*, *Selbstverpflichtungen der Wirtschaft*, 2001.

58 Vgl. hierzu *Rossen*, *Selbststeuerung im Rundfunk*, ZUM 1994, S. 224; *Holznagel*, DV 2001, Beiheft 4, S. 81.

59 Vgl. dazu nur *Trute*, *Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht*, DV 27 (1999), S. 301.

C. Vergewisserung: Funktionen des Verwaltungsverfahrens(-rechts) bei staatlicher Erfüllungsverantwortung

I. Bewirkungsfunktion und Schutzfunktion

Die auf unterschiedlichen Legitimationsgrundlagen beruhenden und in vielfältigen Ausprägungen figurierenden Funktionen des Verfahrens im Verwaltungsrecht lassen sich mit *Schoch* in der Bewirkungsfunktion einerseits und der Schutzfunktion andererseits bündeln. Der *Bewirkungsauftrag* des Verfahrens äußert sich in dessen Beitrag zur Erfüllung der jeweils in Frage stehenden Verwaltungsaufgaben, d. h. vor allem bei der Anwendung des materiellen Rechts, aber auch bei der Erfüllung damit u. U. einhergehender Verwaltungsaufträge wie etwa die Gewährleistung von Akzeptanz, Wirtschaftlichkeit oder Effizienz⁶⁰. In dem Umfang, in dem sich die materiellrechtliche Determinierung des administrativen Handelns ausdehnt, ist das Wort von der »dienenden Funktion« des Verfahrens⁶¹ berechtigt; in dem Umfang, in dem Entscheidungsspielräume bestehen und die Steuerungskraft des materiellen Gesetzes nachlässt, erlangt das Verfahren zusätzliche Legitimation und trifft das weitere Wort von der »Richtigkeitsgewähr durch Verfahren«⁶² zu. Im *Schutzauftrag* schließlich sind all diejenigen Teilfunktionen zusammengefügt, die dem frühzeitigen, vom gerichtlichen Rechtsschutz abgesetzten Schutz der betroffenen Rechte und Interessen gewidmet sind⁶³.

60 *Schoch*, DV 25 (1992), S. 21 ff., 25 ff., 29 ff.; ferner jüngst *Laubinger*, in: *Verfahrensrecht* (Fn. 15), S. 53 f.; vgl. auch die Ausführungen im allgemeinen Teil der Entwurfsbegründung zu dem am 1.1.1977 in Kraft getretenen Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (BT-Drucks. 7/910, S. 29).

61 Verwendet in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung zu den heutigen §§ 45, 46 VwVfG (BT-Drucks. 7/910, S. 65; krit. hiergegen *Hill*, *Verfahren* [Fn. 18], S. 201 ff.).

62 Vgl. hierzu und allgemein zum Verhältnis zum materiellen Recht BVerfGE 53, 30 (57 ff., 62 ff. [Mülheim-Kärlich]); *Badura*, *Das Verwaltungsverfahren*, in: *Erichsen* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 1998, § 33 Rn. 1 ff.; *Hufen* (Fn. 16), Rn. 11 ff., 16; *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft* (Fn. 15), S. 790 f., 805 f.

63 Vgl. *Wahl*, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (160 ff.); *Schoch*, DV 25 (1992), S. 25 ff.; *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft* (Fn. 15), S. 802 f.

II. Teil-Funktionen und einzelne Verfahrenselemente

Die nachfolgende Auswahl einzelner, für besonders relevant zu erachtender⁶⁴ Verfahrenselemente soll die Suche nach funktionalen Äquivalenten (E) vorbereiten und die eher allgemein gehaltene Fragestellung ganz im Sinne des verfolgten dogmatischen Anliegens spezifizieren helfen.

1. Distanz

Neutralität und Objektivität sind klassische Ziele verfahrensrechtlicher Bestimmungen, die in der Verpflichtung zu rechtsstaatlichem Handeln und zur Wahrung verfahrensmäßiger Gleichheit wurzeln. Die Elemente zur Verwirklichung dieser Teilfunktion sind in den §§ 20, 21 VwVfG kodifiziert, durch die die Verwaltung als Ganzes sowie der einzelne Amtswalter vor Interessenkonflikten bewahrt und die Bürger vor einer Beteiligung befangener Amtsträger geschützt werden, und zwar in allen Phasen des Verfahrens, d. h. von der Einleitung bis zur Entscheidung⁶⁵.

2. Sachaufklärung und Betroffenenbeteiligung

Ein ganz wesentliches, jedoch schwer zu erreichendes Ziel des Verfahrensrechts besteht in der Ermöglichung einer möglichst vollständigen und zutreffenden Sachverhaltsermittlung als Voraussetzung korrekter Rechtsanwendung, u. U. auch im Interesse des Einzelnen⁶⁶. Wichtige diesbezügliche Verfahrenselemente im »Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung« sind neben dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. § 24 VwVfG) und den Mitwirkungs- (vgl. v. a. § 26 Abs. 2 VwVfG) und Beweisregeln – mit entsprechenden Ermittlungs- und Verwertungsbefugnissen – die verschiedenen Formen der Beteiligung Betroffener, etwa im Rahmen von Erörterungs- und Anhö-

64 Vergleichbare, wenngleich nicht identische Schwerpunktsetzungen bei *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 318 ff.; *Trute*, DVBl. 1996, S. 960 f.; *Burgi*, DV 33 (2000), S. 18. Nicht geleistet werden kann an dieser Stelle die gleichermaßen wichtige wie gebotene Einbeziehung des Datenschutzrechts in seiner Gestalt als Sonderverwaltungsverfahrensrecht.

65 Vgl. nur *Hufen* (Fn. 16), Rn. 67 ff. (mit zutreffender Einreihung in die »übergreifenden Verfahrensgrundsätze«); *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II (Fn. 18), § 59 Rn. 13 ff. Zu den verschiedenen Bedeutungsgehalten von »Unparteilichkeit«, Distanz bzw. Neutralität vgl. aktuell *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, S. 4 ff. Ausprägungen sind neben der hier nicht thematisierten (vgl. sogleich C III) organisationsrechtlichen Thematik der institutionellen Unparteilichkeit die personell-individuelle Unparteilichkeit (*Fehling*, S. 198 ff.) und die Unparteilichkeit der Verfahrensgestaltung (*Fehling*, S. 302 ff.), deren Teilelemente herkömmlich aber anderen Verfahrensfunktionen zugeordnet werden (v.a. der auch nachfolgend separierten Sachaufklärung und der Anhörung).

66 Vgl. *Hufen* (Fn. 16), Rn. 117 ff.; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II (Fn. 18), § 60 Rn. 28 ff.

rungsterminen (z. B. nach § 73 VwVfG). Durch sie kann zugleich die erforderliche »Chancengerechtigkeit« bei der Berücksichtigung bzw. Durchsetzung von Interessen bewirkt werden⁶⁷.

3. Transparenz, Beteiligtenanhörung und Begründung

Transparenz zielt auf die Einsehbarkeit und Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns und äußert sich in Informationspflichten (vgl. z. B. § 25 Satz 2 VwVfG)⁶⁸ und insbesondere in der Pflicht zur Anhörung der Beteiligten, denen unter bestimmten Voraussetzungen ein diesbezügliches Recht eingeräumt ist (vgl. § 28 VwVfG); gleichzeitig dient die Anhörung auch dem vorgenannten Ziel erfolgreicher Sachaufklärung⁶⁹. Mit dem Transparenzziel einher geht das Ziel des Vertraulichkeitsschutzes, welches namentlich durch die Akteneinsichtsvorschrift des § 29 VwVfG näher ausgestaltet wird⁷⁰. Nach erfolgter Entscheidung bildet schließlich das in § 39 VwVfG kodifizierte Begründungsgebot ein Element rechtsstaatlicher Transparenz bereits mit Blick auf die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfsverfahren⁷¹.

III. Verfahren und Organisation

Ungeachtet des bekannten Umstandes, dass zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation gleitende Übergänge, wenn nicht Überschneidungsbereiche bestehen und die phänomenologische Unterscheidung zwischen Aufbau und Ablauf keinesfalls trennscharf ist⁷², können eine Reihe von Verfahrensfunktionen bzw. Verfahrenselementen schwerpunktmäßig der Organisation, und andere Funktionen wie Elemente schwerpunktmäßig dem Verfahren zugeordnet werden. So gehören Aspekte wie Pluralität, Kontrolle bzw. Aufsicht (u.a. mit diesbezüglichen Aufzeichnungspflichten) nicht in den Zusammenhang des vorgegebenen Themas, wenngleich in den bisherigen Untersuchungen zur Situation der formellen Anforderungen nach Privatisierung zwischen dem »Privatorganisationsrecht« und dem »Privatverfahrensrecht« nicht getrennt worden ist⁷³.

67 Zu diesem Teil-Ziel und seiner Relevanz in selbstregulativen Kontexten vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht (Fn. 2), S. 319 f.; vgl. ferner *Pietzcker*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 204; *Pitschas* (Fn. 26), S. 729.

68 Vgl. *Hufen* (Fn. 16), Rn. 52; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II (Fn. 18), § 59 Rn. 5 f.

69 Vgl. *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II (Fn. 18), § 60 Rn. 54 ff.

70 Vgl. näher hierzu *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II (Fn. 18), § 60 Rn. 90 ff.

71 Vgl. *Hufen* (Fn. 18), Rn. 294 ff.

72 Vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, in: HdbStR III (Fn. 18), § 70 Rn. 7.

73 Etwa bei *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht (Fn. 2), S. 318 ff.; *Ritter*, in: Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 8), S. 233 f., 235 ff.; *Burgi*, DV 33 (2000), S. 183 ff.

IV. *Verfassungsrechtliche Impulse und Mindeststandards*

Die zentralen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verwaltungungsverfahren ergeben sich aus einer Zusammenschau von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, den Grundrechten, insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG und das Schutzpflichtkonzept, sowie aus den anderen Staatszielbestimmungen und den föderalen Strukturprinzipien⁷⁴. Die meisten Verfahrenselemente lassen sich auf mindestens zwei Verfassungsgrundlagen zurückführen, so etwa die Befangenheitsregeln, welche primär im »Amt«, als Garanten der in personell-organisatorischer Hinsicht gebotenen Legitimation wurzeln, daneben aber auch rechtsstaatlich, im Erfordernis der Neutralität und Objektivität des Verwaltungshandelns, fundiert sind⁷⁵. Das verfassungsrechtliche Normprogramm in Sachen »Verfahren« besteht aus Impulsen und Mindeststandards, die auf der Ebene des einfachen Rechts und der Rechtsdogmatik aufgenommen und weiterentwickelt worden sind⁷⁶, weswegen nicht jede Ausprägung und Verästelung in den Verfahrensgesetzen als verfassungsgeboten angesehen werden darf.

D. *Funktionsanalyse nach Privatisierung: Funktionale Verfahrens-Äquivalenz als Notwendigkeit und Option*

I. *Fragestellung*

Seit Beginn der theoretischen Durchdringung des Kooperationspektrums zwischen Staat und Gesellschaft wurde immer wieder die Frage nach der Notwendigkeit eines sog. Privatverfahrensrechts gestellt und vielfach sogleich dahingehend beantwortet, dass es einem »Gebot der funktionalen Äquivalenz« entspreche, die Rücknahme der staatlichen Erfüllungsverantwortung (auch) durch verfahrensrechtliche Instrumente des Öffentlichen Rechts und/

74 Vgl. zu den Einzelheiten *Schmidt-Aßmann*, in: HdbStR III (Fn. 18), § 70 Rn. 12 ff.; *Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 62), § 4 Rn. 6 ff.; *Burgi*, DV 33 (2000), S. 190 ff. m.w.N.

75 Vgl. *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbStR III (Fn. 18), § 57 Rn. 60 ff.; *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Band 2, 1998, Art. 20 D Rn. 113 ff., 124 ff., sowie *Schulze-Fielitz*, aaO, Art. 20 R Rn. 190 ff.; ferner *Burgi*, DV 33 (2000), S. 191 m.w.N. Eingehend zu den demokratierechtlichen Anforderungen an »Public Private Partnerships« *Mehde*, Ausübung von Staatsgewalt und Public Private Partnership, VerwArch 91 (2000), S. 540.

76 *Burgi*, DV 33 (2000), S. 190 m.w.N.

oder des Privatrechts auszugleichen⁷⁷. Der mir erteilte Auftrag besteht darin, jene Fragestellung zu präzisieren und anzugeben, unter welchen Voraussetzungen die behauptete Notwendigkeit entsteht und wie weit sie reicht. Dabei kann an die bereits erarbeitete (B II u. III) systematische Untergliederung des Gesamtspektrums angeknüpft werden.

»Funktionale Äquivalenz«⁷⁸ bedeutet im vorliegenden Zusammenhang die Gewährleistung der soeben (C) skizzierten Sicherungs- und Schutzfunktionen des Verfahrens unter veränderten Rahmenbedingungen und unter Berücksichtigung des politisch erwünschten Hinzutretens der gesellschaftlichen Handlungs rationalität. In der nunmehr erreichten dogmatischen Phase kann nicht einfach von der Verantwortungsverschiebung auf die Notwendigkeit funktionaler Äquivalenz geschlossen werden. Vielmehr müssen die Veränderungen der Realvorgänge analysiert und zu dem jeweiligen Privatisierungskonzept in Beziehung gesetzt werden. Dabei wird sich zeigen, dass nicht durchgehend eine Notwendigkeit zur Herstellung funktionaler Äquivalenz besteht, diese aber zumindest stets eine beachtliche Option bildet. Erst im Anschluss an diese Funktionsanalyse können dann im folgenden Abschnitt (E) die einzelnen Verfahrenselemente als »funktionale Äquivalente« neu entwickelt werden. Bewusst wird nicht von einem *Gebot* der funktionalen Äquivalenz gesprochen, weil es (zunächst) nicht um eine (Verfassungs-)Rechtspflicht und auch nicht um eine dogmatische Figur geht, sondern um das Ergebnis einer Analyse der Ordnungsidee »Verfahren« nach Privatisierung.

II. Verwaltungshilfe: Private Vorbereitung staatlicher Entscheidungen

In den hier relevanten Konstellationen der Verwaltungshilfe (B II) werden Verwaltungsentscheidungen durch private Träger vorbereitet, worin sich der private Beitrag – sei er planerischen, sachverständig-beratenden oder verfahren-

77 So *Hoffmann-Riem*, *Verfahrensprivatisierung als Modernisierung*, DVBl. 1996, S. 230; *Trute*, in: *Verantwortungsteilung* (Fn. 5), S. 27 f. Dabei bleibt ebenso wie etwa in den Beiträgen von *Lübbe-Wolf/Steenken*, *Privatisierung umweltbehördlicher Aufgaben*, ZUR 1993, S. 263 (268 ff.); *Reinhardt*, *Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht*, AöR 118 (1993), S. 624, oder auch *Hoffmann-Riem*, in: *Öffentliches Recht* (Fn. 2), S. 318 ff., sowie *Ritter*, in: *Verwaltungsorganisationsrecht* (Fn. 8), S. 235 ff., offen, ob es sich um eine Rechtspflicht oder um das Ergebnis einer Funktionsanalyse handelt. Als »Prinzip der funktionalen Äquivalenz« tauchen die dort entfalteten Überlegungen unter A («Allgemeines») in der Begründung des am 19.9.2001 vom Bundeskabinett angenommenen Entwurfs einer EMAS-Privilegierungsverordnung (Fn. 45) auf.

78 Dahinter verbirgt sich eine Begriffsanleihe bei *Luhmann*, *Zweckbegriff und Systemrationalität* (1968), 1973, S. 168 f., 236 ff.; zur Verwendbarkeit dieses Begriffs in analytischen bzw. dogmatischen Kontexten vgl. *Schulze-Fielitz*, *Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 291 (302 f.).

renstechnisch-projektmanagenden – Charakters auch erschöpft. Die Analyse des Realvorgangs erweist, dass zwar die Entscheidungsgewalt äußerlich betrachtet beim Staat verblieben ist, dass aber vielfach nur noch das ratifiziert werden kann, was die private Entscheidungsvorbereitung ergeben hat, sei es, aufgrund geringerer behördlicher Sachkompetenz, sei es aufgrund mangelnder Verwaltungskapazität, sei es wegen der Komplexität der betreffenden Aufgabe oder der Situationsbezogenheit und Unwiederholbarkeit der relevanten Abläufe⁷⁹.

Würde man nun die verfahrensrechtlichen Anforderungen, d. h. den Einsatz der oben beschriebenen Verfahrenselemente, ausschließlich an das Vorliegen einer staatlichen Entscheidung knüpfen, gingen sie vielfach ins Leere und die Bewirkungsfunktion des Verfahrensrechts könnte nicht, zumindest nicht vollständig, erfüllt werden. Hinzu kommt, dass private Vorbereitungsbeiträge häufig gerade im Zusammenhang mit solchen Aufgaben erbracht werden, die durch das Bestehen weiter Entscheidungsspielräume gekennzeichnet sind, und dass die privaten Träger überdies, bewusst oder unbewusst, in geringerem Maße an materielle Vorgaben gebunden werden. Unter diesen Umständen kommt den formalen Sicherungen eine um so größere Bedeutung im Hinblick auf die Richtigkeit der (dann vom Staat) zu treffenden Entscheidung zu⁸⁰. Aber nicht nur die Bewirkungsfunktion, auch die Schutzfunktion des Verfahrensrechts ist herausgefordert. Unterbleibt z.B. die Anhörung eines Beteiligten im Stadium der privaten Entscheidungsvorbereitung, kann es sein, dass die hierdurch vermittelten Interessen oder gar Rechte im Rahmen der abschließenden Verwaltungsentscheidung zu spät oder überhaupt nicht berücksichtigt werden. In den Fällen der Vorbereitung staatlicher Entscheidungen durch Verwaltungshelfer ist somit die Herstellung funktionaler Äquivalenz in verfahrensmäßiger Hinsicht notwendig.

79 Zur Analyse des Realvorgangs und des diesbezüglichen Gefährdungspotenzials: *Brohm*, in: HdbStR II (Fn. 33), § 36 Rn. 31 f.; *Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 186 f.; *Wahl*, in: Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 3), S. 306 f.; *Pietzcker*, in: Verfahrensprivatisierung (Fn. 67), S. 284 ff.; *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, S. 225 (229); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), S. 267 f.; *Huber*, DVBl. 1999, S. 489 (492, 494 f.); *Burgi*, DV 33 (2000), S. 192 ff. Klassisch: *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, S. 76.

80 Explizit (zur »Verfahrensprivatisierung«): *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht (Fn. 2), S. 318; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Fn. 15), S. 813.

III. *Regulierte Selbstregulierung*

1. *Bezug zu staatlichen Entscheidungen (Identität des materiellen Maßstabes)*

Wenn und soweit ein Träger gesellschaftlicher Selbstregulierung und eine staatliche Verwaltungsstelle zur Orientierung an den gleichen materiellen Maßstäben verpflichtet sind und die staatliche Verwaltungsstelle auf die Ergebnisse der selbstregulierenden Tätigkeit mit dem Erlass einer begünstigenden (etwa: Erteilung einer Bankbetriebserlaubnis) bzw. mit dem Unterlassen einer nachteiligen Entscheidung (z. B. im Bereich der Marktüberwachung) reagieren soll (vgl. B III 2), dann muss sie jene Ergebnisse akzeptieren können⁸¹. Das aber kann sie nur, wenn es Richtigkeitsgaranten gibt und einer der Richtigkeitsgaranten ist das Verfahren zur Gewinnung von Ergebnissen, was oben (C I) mit dem Begriff der Bewirkungsfunktion umschrieben worden ist. Ihr zur Seite tritt wiederum die Schutzfunktion, der es um die Wahrung der auch hier betroffenen Rechte und Interessen zu tun ist. Diese Zusammenhänge lassen sich besonders prägnant am Beispiel der EMAS-Privilegierungsverordnung (Öko-Audit) veranschaulichen: Weil die betroffenen Unternehmen am Öko-Audit teilgenommen haben und damit die Einhaltung der materiellen Umweltstandards dokumentiert ist, können ihnen durch die zuständige Behörde Erleichterungen bei der nachträglichen Umweltüberwachung gewährt werden – wenn das Ergebnis der materiellen Umweltrechtskonformität in einem *Öko-Audit-Verfahren* mit Richtigkeits- und Schutzgewähr gewonnen worden ist⁸². Die Herstellung funktionaler Verfahrensäquivalenz ist also insoweit, in Anbetracht des skizzierten Kondominiums, notwendig.

Sie ist nicht notwendig außerhalb des Kondominialbereichs, d. h. soweit sich mit der Selbstregulierung ein Mehrwert im oben (B III 2) beschriebenen Sinne verbindet. Denn in Ermangelung eines Bezugs zu einem materiellen Verwaltungsauftrag entsteht die Bewirkungsfunktion des Verfahrensrechts nicht und die Schutzfunktion geht ebenfalls ins Leere, weil staatlich geschützte Interessen und Rechte von Betroffenen insoweit nicht beeinträchtigt sind. Die Herstellung funktionaler Verfahrens-Äquivalenz ist in diesem Umfang mithin lediglich eine Option, die aber teilweise bereits dadurch eingelöst worden ist, dass in Anbetracht des Überschneidungsbereichs der materiellen Maßstäbe

81 *Hufen* (Fn. 16), Rn. 6, stellt darauf ab, dass der Staat »die Verantwortung für die Ergebnisse der Selbstregulierung« übernimmt. Auf die materiellen Anforderungen hebt auch *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1996, S. 228 f., ab.

82 Explizit zum Gedanken der funktionalen Verfahrens-Äquivalenz im Öko-Audit-Recht: *Lasowski*, in: Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 101 f.; *Knopp*, NVwZ 2001, S. 1098.

funktionale Verfahrensäquivalente geschaffen worden sind. Um wiederum mit einem Beispiel zu sprechen: Müssen infolge der teilweisen Neu-Orientierung des Öko-Audits am Maßstab des materiellen Umweltrechts und der Schaffung von Privilegierungen Befangenheitsregeln für die Umweltgutachter etabliert werden, dann »profitieren« von deren persönlichen Qualitäten auch die eigentlich überschneidungsfreien Bereiche der betrieblichen Umweltpolitik.

2. *Fehlender Bezug zu staatlichen Entscheidungen*

Dort schließlich, wo überhaupt kein Bezug zu staatlichen Entscheidungen durch die gemeinsame Orientierung an einem materiellen Maßstab existiert, besteht auch keine Notwendigkeit zur Herstellung funktionaler Äquivalenz. Im gemeinsamen Ordnungskonzept ist kein materieller Verwaltungsauftrag vorgesehen, vielmehr liegen Programmaufstellung und -verwirklichung ganz in gesellschaftlicher Hand. Die dort vorgesehenen Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung im Hinblick auf eine *privat* getroffene Entscheidung (etwa die des Umweltgutachters bisheriger Prägung) stellen Privatverfahren dar. Es ist gerade Ausfluss des gemeinsamen Ordnungskonzepts, sie nicht als ein funktionales Äquivalent, sondern als Verfahren auf der Basis privater Handlungsrationalität ablaufen zu lassen. Ändern sich die Gegebenheiten und wird eine bislang nicht bestehende Verzahnung mit einem Verwaltungsauftrag herbeigeführt, dann bringt dies auch die Entstehung der Notwendigkeit funktionaler Äquivalenz mit sich – wie soeben mit Blick auf die bevorstehenden Veränderungen des Öko-Audit-Konzepts geschildert. Interessanterweise erfolgen diese übrigens mit dem Ziel, die Attraktivität des Ordnungskonzeptes zu steigern und die Zahl der Teilnehmer zu erhöhen⁸³.

Dass keine Notwendigkeit der Herstellung funktionaler Äquivalenz besteht, heißt wiederum nicht, dass einzelne Verfahrenselemente, die die beschriebenen Sicherungs- und Schutzfunktionen erfüllen helfen, nicht auch hier zum Einsatz gelangen können, wenn der Gesetzgeber und/oder die das Ordnungskonzept tragenden Kräfte sich davon Vorzüge versprechen. Aus dieser Perspektive geben die nachfolgenden Ausführungen Aufschluss über Optionen, nicht über Pflichten und funktionale Äquivalente.

83 Vgl. Knopp, NVwZ 2001, S. 1098.

E. Verfahren als Gegenstand der Regulierung: Schaffung funktionaler Äquivalente

Ging es bislang um die Notwendigkeit der Herstellung funktionaler Verfahrens-Äquivalenz, so ist nunmehr zu klären, wie die Zurverfügungstellung der funktionalen Äquivalente erfolgen kann und wie diese aussehen können. Das Recht ist in dieser Situation zur Bereitstellung der erforderlichen Gemeinwohlsicherungen nach Verantwortungsteilung bzw. Privatisierung berufen⁸⁴, und zwar als Recht der Regulierung (vgl. A II). Selbstverständlich bilden die Verfahrensaspekte nicht den einzigen Gegenstand der Regulierung, sondern sie treten neben die jeweils relevanten materiellen Fragen und neben die organisatorischen Aspekte (vgl. III) im Anschluss an eine Verantwortungsteilung. Die hier gewonnenen Erkenntnisse verstehen sich daher als Teil eines (im Bereich der regulierten Selbstregulierung noch zu entwerfenden [vgl. bereits B III 1]) Gesamtkonzepts der Regulierung.

I. Strukturschaffungspflicht statt unmittelbare (verfassungs-)verfahrensrechtliche Bindung

Weder die Verwaltungshelfer noch die Träger einer Selbstregulierung sind unmittelbar an die oben (C IV) skizzierten Vorgaben des Verfahrensverfassungsrechts gebunden⁸⁵ und ihr Verhalten unterfällt grundsätzlich auch nicht den an die »Behörden« adressierten Verfahrensnormen des VwVfG (§ 1 Abs. 1 u. 4)⁸⁶. Es ist daher Sache des Staates, allein bzw. im Zusammenwirken mit den jeweiligen gesellschaftlichen Kräften die notwendigen funktionalen Äquivalente auf der normativen Ebene des einfachen Rechts und/oder auf der Ebene administrativer Regulierung zu schaffen. Da er im Hinblick auf die organisatorischen Aspekte nach Verantwortungsteilung vor einer vergleich-

84 Zur Bereitstellungsfunktion des Rechts im Kontext von Verantwortungsteilung und Privatisierung vgl. *Schuppert*, Kooperationsverhältnisse (Fn. 12), S. 67 ff. m.w.N.

85 Dies gilt namentlich für das Demokratieprinzip, welches nach Wortlaut und Systematik der Art. 20 Abs. 1 u. 2 GG, 21 Abs. 1 GG ein Bauprinzip des Staates, kein Strukturprinzip der Gesellschaft bildet (vgl. nur BVerfGE 83, 60 [72]; BVerfG, DVBl. 1995, S. 1291; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, S. 629 ff.) und für das Rechtsstaatsprinzip, dessen Staatsbezogenheit als Grundentscheidung über die Staatsordnung noch evidenter ist (vgl. bereits *Burgi*, DV 33 [2000], S. 193). Gegen eine Grundrechtsbindung in diesen Zusammenhängen *Trute*, in: *Schuppert*, Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 42 f.; ausführlich zur grundrechtlichen Situation bei der Verwaltungshilfe vgl. *Burgi* (Fn. 13), S. 328 ff.

86 Unter bestimmten, bei *Burgi*, DV 33 (2000), S. 20, geschilderten Umständen, ist ausnahmsweise die Erfassung privater Träger, die »im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens tätig werden«, gemäß § 26 Abs. 1 Ziffer 2 VwVfG i.V.m. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 VwVfG möglich.

baren Herausforderung steht und es hier wie dort um die Herausbildung formaler Ordnungsstrukturen geht, sei empfohlen, zur Kennzeichnung von Ausgangslage und rechtlichem Horizont den bereits anderenorts entfalteten Begriff der »Strukturschaffungspflicht«⁸⁷ zu verwenden. Er bringt zum Ausdruck, dass im Hinblick auf die Formalanforderungen eine Abweichung vom Normal- und Regelfall staatlicher Entscheidungsverantwortung vorliegt und eine aufgabenspezifische Berücksichtigung der veränderten Rahmenbedingungen sowie der privaten Handlungsrationalität indiziert ist.

Mit dem Rechtsinstitut der Strukturschaffungspflicht verbindet sich m. E. zweierlei: Erstens, dass es nicht um die Übertragung der im Falle staatlicher Entscheidungsverantwortung bestehenden verfahrensbezogenen Anforderungen im Verhältnis eins zu eins geht, sondern dass die Schaffung andersartiger, spezifischer Strukturen vonnöten ist. Zweitens, dass es nicht nur um das Verfahren im Bereich des involvierten staatlichen Trägers, sondern auch um die formalen Strukturen im Hinblick auf das Tätigwerden von staatsexternen Einheiten geht.

Im Hinblick auf die *Verwaltungshilfe*, bei der es ja um ein unmittelbar staatsaufgabenbezogenes Tätigwerden geht (vgl. B II), konnte in einer früheren Untersuchung⁸⁸ bereits nachgewiesen werden, dass die Strukturschaffungspflicht verfassungsrechtlich verankert ist, weil die abgespaltenen Vorbereitungsbeiträge gezielt verselbständigt worden sind und die unverändert von einem Amtsträger getroffene Entscheidung als verfassungsrechtlich relevantes »Endprodukt« legitimatorische Vorwirkungen⁸⁹ zeitigt; die Verfassung duldet nicht den realitätsfernen Trost, dass die Letztentscheidung ja bei einem Amtsträger liege und daher legitimierbar sei⁹⁰, sondern sie fordert, die verfahrensrechtlichen Strukturen dort zu schaffen, wo ein Teil des Verfahrens ab-

87 Zunächst entwickelt bei *Burgi*, Funktionale Privatisierung (Fn. 13), S. 378 ff., im Hinblick auf die Verwaltungshilfe, und sodann weiterentwickelt durch *dems.*, DV 33 (2000), S. 200 ff., generell im Hinblick auf die Erscheinungsformen der privaten Vorbereitung staatlicher Entscheidungen.

88 *Burgi*, DV 33 (2000), S. 200 ff. Die dortigen Ausführungen erstrecken sich auch auf die Erscheinungsform der Aufstellung eines Vorhaben- und Erschließungsplans im Gesamtbereich der regulierten Selbstregulierung (S. 203), weil bei dieser die für den Fall der Verwaltungshilfe durch Erbringung vorbereitender Teilbeiträge aufgestellten Anforderungen als erfüllt anzusehen sind.

89 Der Ansatz, die »Legitimationsverantwortung« des Staates über die Einwirkung auf die von ihm ins Spiel gebrachten privaten Akteure zu entfallen, ist bereits zuvor entwickelt worden von *Trude*, DVBl. 1996, S. 954 f. (960 f.), und *dems.*, in: Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 3), S. 270 ff., 290 ff.; vgl. ferner *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1995), S. 203 ff.; *Röhl*, DV 29 (1996), S. 401 ff., und *Möllers*, VerwArch 90 (1999), S. 197 ff.

90 Mit dieser Tendenz aber *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, S. 79 ff.; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 215, sowie in neuerer Zeit und speziell im Hinblick auf die Einbeziehung von Sachverständigen in der Vorbereitungsphase *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 587 f., 590 ff. Krit. insoweit bereits *Brohm*, in: HdbStR II (Fn. 33), § 36 Rn. 31 ff.

läuft. Im Hinblick auf die *regulierte Selbstregulierung*, bei der es ja an einem Bezug zur Staatsaufgabe fehlt und die bislang dogmatisch noch nicht in dem Maße verfestigt worden ist, dass eine einheitliche verfassungsrechtliche Erfassung möglich wäre (vgl. B III), ist vorerst noch keine verfassungsrechtliche Fundierung der Strukturschaffungspflicht möglich. Das schließt nicht aus, dass die am Beispiel der Verwaltungshilfe entwickelten Voraussetzungen auch in bestimmten Konstellationen der regulierten Selbstregulierung erfüllt sein mögen, oder dass jenseits der demokratierechtlichen und rechtsstaatlichen Maßstabnormen den grundrechtlichen Schutzpflichtbestimmungen⁹¹ Pflichten zur Ausgestaltung von Organisation und Verfahren entnommen werden können. An dieser Stelle kann etwaigen verfassungsrechtlichen Grundlagen freilich nicht nachgegangen werden, vielmehr gilt es, die sachlich vorrangige Aufgabe der Strukturierung der Verfahrensrechtsverhältnisse und der Beschreibung der einzelnen Verfahrenselemente in Angriff zu nehmen.

II. *Verfahrensrechtsverhältnisse nach Privatisierung*

Zur Kennzeichnung der potentiellen Rechtsbeziehungen verfahrensrechtlicher Art soll der bereits etablierte Begriff des Verfahrensrechtsverhältnisses Verwendung finden, der allgemein die heuristische Funktion erfüllt, das »Beziehungsgefüge« zwischen den Verfahrenssubjekten zu strukturieren⁹². Im Kontext der Verantwortungsteilung, in dem man es stets mit mehrpoligen Interessenlagen zu tun hat, ermöglicht die Perspektive des Verfahrensrechtsverhältnisses die Erfassung und Offenlegung jener Interessenlagen, zugleich kann die Zuordnung einzelner Verfahrenselemente vorbereitet werden. Es liegt auf der Hand, Funktion und Inhalt einzelner Verfahrenselemente in Abhängigkeit von den unterschiedlichen Interessen- und Verfahrensstrukturen zu bestimmen. Dabei wird deutlich werden, dass mit einer Privatisierung die Zahl der Verfahrensrechtsverhältnisse typischerweise wächst.

Der Unterscheidung der potentiellen Verfahrensrechtsverhältnisse muss die Benennung der beteiligten Subjekte vorangehen: Bei der *Verwaltungshilfe* setzt sich das Beziehungsgefüge zusammen aus den beteiligten staatlichen Stellen, dem privaten Verwaltungshelfer und den von der Aufgabenwahrnehmung betroffenen Dritten, wobei zum Kreis der Dritten je nach den gegebenen faktischen und normativen Umständen rechnen können Nachbarn

91 Explizit jetzt *Schmidt-Aßmann*, DV 2001, Beiheft 4, S. 267 f.

92 Nach *Martens*, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, 1985, S. 41 ff.; *Hill* (Fn. 18), S. 271 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: HdbStR III (Fn. 18), § 70 Rn. 31; *Stelkens/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (Fn. 20), § 9 Rn. 5 ff. Zu den Möglichkeiten und Grenzen eines Denkens in Rechtsverhältnissen im Verwaltungsrecht vgl. allgemein von *Danwitz*, Zu Funktion und Bedeutung der Rechtsverhältnislehre, DV 30 (1997), S. 339 (350 ff.).

(i.w.S.), Destinatäre, Konkurrenten etc. Bei der *regulierten Selbstregulierung* ist das Beziehungsgefüge regelmäßig komplexer. Neben den staatlichen Stellen agieren diejenigen privaten Kräfte, die die Selbstregulierung tragen. Anders als bei der Verwaltungshilfe wurzelt ihr Tätigwerden in der Selbstbetroffenheit, d. h. bei einer Gemeinwohlverwirklichung in der klassischen Form staatlicher Erfüllungsverantwortung würden sie zum Kreis der von der Aufgabenerfüllung Betroffenen, zu den Adressaten staatlicher Verfügungen gehören. Mit der Schaffung eines gemeinsamen Ordnungskonzepts werden sie (auch) zu Trägern der Gemeinwohlverwirklichung, freilich ohne die Betroffeneigenschaft abstreifen zu können. Sie teilen diese weiterhin (und wiederum) mit betroffenen Nachbarn, Destinatären, Konkurrenten etc.⁹³. Nun gibt es aber auch Ordnungskonzepte gesellschaftlicher Selbstregulierung, bei denen die Trägerseite der Selbstregulierung durch professionelle Dritte als »private Implementationsinstanzen«⁹⁴ verstärkt wird. Für diese bildet die Selbstregulierung regelmäßig den Gegenstand ihrer grundrechtlichen Berufs- und Geschäftstätigkeit, ebenso wie bei den Verwaltungshelfern, die stets Nicht-Aufgabenbetroffene sind. Wichtige Beispiele privater Implementationsinstanzen bilden die Betriebsbeauftragten, die Öko-Audit-Gutachter, die Benannten Stellen im Produktsicherheitsrecht und die anerkannten Prüf- und Bestätigungsstellen nach dem SignaturG.

1. Staat – Dritte

Im Verhältnis zwischen den staatlichen Stellen und den betroffenen Dritten stellt sich die Lage wie folgt dar: Bei der *Verwaltungshilfe* bleibt die staatliche Verwaltung Trägerin des Verwaltungsverfahrens und trifft die abschließenden Entscheidungen, jeweils unter Anwendung der hierfür geltenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen (etwa der §§ 20, 21 oder 28 VwVfG). Da aber ein Teil der materiellen Entscheidungsgewalt auf den Vorbereitungshelfer übergegangen ist (vgl. D II), lautet die entscheidende Frage, wie die notwendige funktionale Verfahrens-Äquivalenz innerhalb der entstandenen weiteren Beziehungen (vgl. 2 und 3) bewirkt werden kann. Diese Frage stellt sich erst recht bei der *regulierten Selbstregulierung*, wo die Notwendigkeit funktionaler Verfahrens-Äquivalenz gerade deswegen entstanden ist (vgl. D III), weil

93 Schmidt-Aßmann, DV 2001, Beiheft 4, S. 262, unterscheidet zwischen »Dritten«, worunter vor allem die »Destinatäre von Selbstregulierungseinrichtungen« zu verstehen seien, den »Teilnehmern eines Selbstregulierungssystems«, den »Konkurrenten« und den »Betroffenen« (wohl: im Übrigen).

94 Begriff nach Schmidt-Aßmann, DV 2001, Beiheft 4, S. 259, der die Implementationsinstanzen innerhalb der Selbstregulierung von den »staatlichen Implementationsinstanzen« unterscheidet, worunter die zur Regulierung berufenen Verwaltungsbehörden und sonstige Verwaltungsstellen fallen sollen.

erst gar kein Verfahrensrechtsverhältnis mit einer staatlichen Stelle besteht, die betroffenen Dritten vielmehr auf einen privaten Selbstregulierungsträger bzw. die eingeschaltete private Implementationsinstanz angewiesen sind. In dem Umfang, in dem staatliche Stellen noch tätig werden, etwa beim Erlass von Umweltüberwachungsmaßnahmen gegenüber einem auditierten Unternehmen, ändert sich an ihrer Verfahrensbeziehung zu den betroffenen Nachbarn und Konkurrenten nichts.

2. Staat – private Träger (ggf. mit privater Implementationsinstanz)

Verfahrensbeziehungen zwischen staatlichen Stellen und den privaten Trägern entstehen, wenn sich die Regulierung nicht auf der normativen Ebene erschöpft, sondern administrativ fixierte Kooperationsbeziehungen bestehen. Dies ist durchgehend der Fall bei der *Verwaltungshilfe*, die auf einem in der Regel vertraglichen Veranlassungsakt beruht, welcher sich an einen Vorgang der »Informationsgewinnung und -verarbeitung«, also an ein Verfahren, anschließt; gleiches gilt für spätere Veränderungen. Bei der *regulierten Selbstregulierung* entsteht eine vergleichbare Beziehung zwischen dem Staat und den Kräften der Selbstregulierung zum ersten dann, wenn die Verwaltung mit begünstigenden oder belastenden Maßnahmen – also mit einem Verzahnungsakt – auf die Ergebnisse einer Selbstregulierung reagiert (etwa bei der Erteilung der Bankbetriebserlaubnis; vgl. im Weiteren B II 2) und zum zweiten (und vor allem) dann, wenn private Implementationsinstanzen eingeschaltet sind, die einer staatlichen Akkreditierung bedürfen, wie es bei den Öko-Audit-Gutachtern, den Benannten Stellen oder bei den anerkannten Prüf- und Bestätigungsstellen nach dem SignaturG der Fall ist.

3. Private Träger (ggf. mit privater Implementationsinstanz) – Dritte

Der letzte Blick gilt dem Beziehungsgefüge zwischen dem privaten Träger bzw. den privaten Implementationsinstanzen und den betroffenen Dritten, wobei bei der Einschaltung einer privaten Implementationsinstanz noch zuvor ein Verfahrensrechtsverhältnis gegenüber den die Selbstregulierung tragenden privaten Kräften entsteht. Das Tätigwerden von Verwaltungshelfern (etwa von Verfahrensmanagern) kann ebenso drittrelevant sein wie das Handeln von privaten Selbstregulierungsträgern (Beispiel: Verhältnis Bank – Anleger) bzw. von privaten Implementationsinstanzen, vom Betriebsbeauftragten, der mit den Nachbarn verhandelt, bis zur Benannten Stelle, die den Verbraucherinteressen zu dienen hat. Besteht eine Drittrelevanz, ist ein Verfahrensrechtsverhältnis jedenfalls konstruierbar.

III. Einzelne Verfahrenselemente

Die nachfolgend untersuchten Verfahrenselemente bilden eine Auswahl, die thematisch an die bereits oben, in der Situation staatlicher Erfüllungsverantwortung (C II) präsentierte Zusammenstellung anknüpft. Freilich können die ausgewählten Elemente nicht erschöpfend, d. h. in ihrer Ausgestaltung in den einzelnen Rechtsbereichen der funktionalen Verwaltungshilfe und vor allem der regulierten Selbstregulierung behandelt werden. Worum es geht, ist die systematische Zuordnung bestehender bzw. denkbarer Verfahrenselemente zu den soeben skizzierten Verfahrensrechtsverhältnissen, nicht zuletzt mit Blick auf etwaige Defizite.

1. Distanz

Beim Thema »Distanz« offenbart sich zunächst die Flexibilität des hier vorgeschlagenen Instituts (E I) der Strukturschaffungspflicht (anstelle einer Übertragung der sonst geltenden Anforderungen im Verhältnis eins zu eins), und zwar in Anbetracht der regulierten Selbstregulierung. Da die dort intendierten Vorteile gerade durch die Heranziehung der Aufgabenbetroffenen, mithin von »befangenen« privaten Kräften (z.B. Investoren, umweltbelastende Betriebe, Hersteller sicherheitsrelevanter Produkte etc.), und zwar mittels der Stärkung von deren Eigenverantwortung, erreicht werden sollen, darf die Etablierung verfahrensmäßiger Anforderungen nicht dazu führen, dass eben dieses ausgeschlossen wäre⁹⁵. Das bedeutet, dass im Bereich der regulierten Selbstregulierung über Befangenheitsregeln erst nachzudenken ist, wenn zusätzlich private Implementationsinstanzen tätig sind, denen dann die notwendige Distanz abverlangt werden kann. Lässt sich allerdings einer gesetzlichen Privatisierungsvorschrift – konkret dem § 4b BauGB (betreffend die Vorbereitung von Verfahrensschritten im Rahmen der Bauleitplanung) – nicht eindeutig entnehmen, ob nur »Dritte« (im Sinne einer Verwaltungshilfe) oder auch Aufgabenbetroffene (im Sinne einer regulierten Selbstregulierung) herangezogen werden dürfen, reduziert die Notwendigkeit funktionaler Verfahrens-Äquivalenz den Auslegungsspielraum zugunsten der distanzwahrenderen Alternative der Verwaltungshilfe⁹⁶.

95 *Burgi*, DV 33 (2000), S. 204. Einen umfassenden, teilweise an anderen Kriterien als dem hier zugrunde gelegten (Kriterium »Typus von Verantwortungsteilung«) orientierten Gesamtüberblick gibt aktuell *Fehling* (Fn. 65), S. 351 ff., mit eigenen Ansätzen ab S. 430 ff.

96 So im Ergebnis auch *Reidt*, NVwZ 1998, S. 593; *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 7. Aufl. 1999, § 4b Rn. 6; anders *Wagner*, Bauleitplanverfahren – Änderungen durch die BauGB-Novelle, BauR 1997, S. 715 ff.; *Schmidt-Eichstaedt*, Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, S. 899 (900 ff.).

Distanzschutz nach Privatisierung ist zunächst ein Thema im Rahmen des eröffneten Verfahrensrechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Verwaltungshelfer bzw. der privaten Implementationsinstanz. Mit der Veranlassung zur Verwaltungshilfe auf administrativem Wege entsteht ein Verfahrensrechtsverhältnis, bezogen auf den jeweiligen Veranlassungsakt, bei dessen Erlass befangene Amtsträger nicht mitwirken dürfen, was sich aus den §§ 20, 21 VwVfG⁹⁷ bzw. aus § 16 der Vergabeverordnung⁹⁸ ergibt. Entsprechendes gilt (bei der regulierten Selbstregulierung) beim Erlass eines Verzahnungsaktes im oben, B III 2 u. E II 2, geschilderten Sinne sowie bei der administrativen Regulierung einer Implementationsinstanz (z.B. bei der Akkreditierung von Benannten Stellen).

Noch wichtiger für den Distanzschutz ist es, die Gelegenheit eines solchen administrativen Kontakts zu nutzen, um den Verwaltungshelfer bzw. die private Implementationsinstanz zu Neutralität und Objektivität in deren Verhältnis zu den betroffenen Dritten zu verpflichten. Das beginnt mit der Aufnahme dieser Anforderungen in die Leistungsbeschreibung vor der Auftragsvergabe an einen Verwaltungshelfer⁹⁹ und setzt sich fort beim Inhalt des Veranlassungsvertrages, in dem eine Befangenheitsklausel nicht fehlen darf. Beide Aspekte werden in der Praxis vielfach nicht beachtet. Bei der regulierten Selbstregulierung bietet sich die Gelegenheit zur Gestaltung der Verhältnisse innerhalb der Selbstregulierung und zu den betroffenen Dritten aus Anlass eines Verzahnungsaktes, etwa, wenn die Bestellung eines zu intensiv in die Unternehmensleitung eingebundenen Mitarbeiters zum Betriebsbeauftragten nachträglich

97 Wenn der Veranlassungsakt ein Verwaltungsakt ist (vgl. § 9 VwVfG).

98 Wenn der Veranlassungsakt ein privatrechtsförmiger Vertrag oder ein Verwaltungsvertrag (welcher grundsätzlich ebenfalls dem Kartellvergaberecht unterfällt; vgl. *Burgi*, Der Verwaltungsvertrag im Vergaberecht, NZBau 2002, S. 57) ist; § 16 Vergabeverordnung dürfte im Hinblick auf Verwaltungsverträge als die gegenüber §§ 20, 21 VwVfG speziellere Norm anzusehen sein. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 16 Vergabeverordnung ist selbstverständlich die Erfüllung der übrigen tatbestandlichen Voraussetzungen des Kartellvergaberechts (vgl. §§ 97 f. GWB). Eingehend zu § 16 jüngst *Quilisch/Fietz*, Die Voreingenommenheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2001, S. 540.

99 Die Leistung ist gem. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A »eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können«. Die drei Eignungskriterien des § 97 Abs. 4 Halbs. 1 GWB, darunter das Kriterium der »Zuverlässigkeit« sind hierauf bezogen. Der Vergabesenat des Kammergerichts hat mit Beschluss vom 5.9.2000 (Az.: KartVerg 15/00) entschieden, dass der Begriff der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit unter bestimmten Umständen nicht nur negative Verfehlungen, sondern auch die institutionelle Neutralität und Unparteilichkeit erfassen könne. Vgl. zur Bedeutung der Eignungskriterien und der Leistungsbeschreibung in Privatisierungszusammenhängen *Burgi*, Vergaberechtliche Fragen bei Privatisierungsvorgängen: Das Beispiel Zusammenarbeit mit dem Sicherheitsgewerbe, GewArch. 2001, S. 217 ff. (220 f.). Die Gewährleistung von Neutralität und Objektivität auf der Seite der mit der Vorbereitung staatlicher Entscheidungen betrauten Privaten verlangen auch *Hoppe*, Rechtsprobleme bei Standortauswahlverfahren für Abfallentsorgungsanlagen durch private Auftragnehmer, DVBl. 1994, S. 255 (261); *Trute*, DVBl. 1996, S. 961 f.; *Hoffmann-Riem*, in: Öffentliches Recht (Fn. 2), S. 324.

von der Umweltüberwachungsbehörde beanstandet wird¹⁰⁰. Bei der Interpretation der entsprechenden Vorschriften ist der Notwendigkeit funktionaler Äquivalenz stärker Rechnung zu tragen, als dies bislang geschieht. Dort, wo Implementationsinstanzen tätig sind, die staatlicher Regulierung in Gestalt einer Akkreditierungspflicht unterworfen sind, müssen Neutralität und Objektivität als Akkreditierungsvoraussetzungen formuliert sein, wie es bei der Akkreditierung von Umweltgutachtern¹⁰¹ bzw. von Benannten Stellen im Produktsicherheitsrecht bereits der Fall ist¹⁰².

2. Sachaufklärung und Betroffenenbeteiligung

Auch hier bilden zunächst administrative Kontakte zwischen Staat und privaten Trägern den Ausgangspunkt, indem die privaten Träger im Veranlassungsakt bzw. im Zusammenhang mit der Akkreditierung¹⁰³ zur Weitergabe erlangter Daten an die Verwaltungsstellen verpflichtet werden, um eine optimale Sachaufklärung zu ermöglichen. Im Veranlassungsvertrag bei einer Verwaltungshilfe müssen Klauseln enthalten sein, durch die dem Verwaltungshelfer einerseits Aufklärungsmöglichkeiten gegenüber den betroffenen Dritten eingeräumt werden und er andererseits zur Beteiligung der Betroffenen verpflichtet wird, wenn er vorplanerische Tätigkeiten ausübt¹⁰⁴. Kommt es bei einer regulierten Selbstregulierung zur Verzahnung mit behördlichen Entscheidungen, kann dies eine Gelegenheit sein, auf eine unzureichende oder unterbliebene Betroffenenbeteiligung zu reagieren. So muss die Gemeinde im Umgang mit Vorhabenträgern, deren in einem Vorhaben- und Erschließungsplan zusammengestellte Vorstellungen in einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan aufgenommen werden sollen, darauf achten, dass die im Falle eines herkömmlichen Bebauungsplanverfahrens anhörungsberechtigten Dritten rechtzeitig zu Wort kommen können¹⁰⁵. Die gerade in Verfahren dieser Kom-

100 So im Falle des OVG Münster, ZUR 2001, S. 223. Das Gericht stellte fest, dass »weder Betreiber noch Mitglieder der Geschäftsleitung« zum Immissionsschutz- oder Störfallbeauftragten bestellt werden dürfen; des weiteren geht es um die Möglichkeit der Bestellung eines »einem Betriebsleiter vorgesetzten Bereichs- und Abteilungsleiters«.

101 Vgl. §§ 9 i. V. m. 5 u. 10 Abs. 1 Ziff. 5 Umweltauditgesetz.

102 Der vorhandene Normenbestand ist allerdings weder systematisch geordnet noch vollständig, wie Röhl (Fn. 46), S. 87 f., veranschaulicht.

103 Entsprechende Pflichten müssen sowohl als Akkreditierungsvoraussetzung ausgestaltet sein als auch im Wege nachträglicher Sanktionen durchsetzbar sein, worauf Laskowski, in: Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 106 f., hingewiesen hat.

104 Zur Betroffenenbeteiligung in Entscheidungsverfahren, die unter »maßgeblicher Beteiligung von Sachverständigen« ablaufen, vgl. bereits Di Fabio, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverständigen, VerwArch 81 (1990), S. 214, ferner Ritter, in: Verwaltungsorganisationsrecht (Fn. 8), S. 232.

105 Vgl. Burgi, DV 33 (2000), S. 205, sowie bereits Erbguth/Wagner, Bauplanungsrecht, 3. Aufl. 1998, Rn. 241 ff., und jüngst Grigoleit, Normative Steuerung von kooperativer Planung, DV 33 (2000), S. 79 ff., ferner Faber, Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung, in: Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte (Hrsg.), FS Hoppe, S. 425 (433 f.).

plexität und Tatsachenverwiesenheit besonders wichtige Betroffenenbeteiligung darf mit der Einschaltung Privater in den Planungsprozess nicht unter den Tisch fallen, eine Erkenntnis, die im Zuge der jahrzehntelangen Bemühungen um die Wahrung der *materiellen* Standards, insbesondere der Anforderungen des rechtsstaatlichen Abwägungsgebots (im Anschluss an die bekannte Flachglas-Entscheidung¹⁰⁶) vielfach in Vergessenheit geraten ist. Das Zustandekommen einer den Anforderungen des rechtsstaatlichen Abwägungsgebotes entsprechenden Verwaltungsentscheidung hängt nicht zuletzt von der Einbeziehung sämtlicher relevanter Umstände ab, welche sich wiederum zu einem nicht unerheblichen Teil aus den Verlautbarungen der Betroffenen in den verschiedenen Stadien des Planungsprozesses ergeben. Eine weitere Gelegenheit zur Einräumung von Aufklärungsbefugnissen¹⁰⁷ wie zur Einbeziehung der Betroffenen bietet die Akkreditierung (einschließlich die nachträgliche Überwachung) einer etwaigenfalls eingeschalteten privaten Implementationsinstanz.

Sollten sich die hiernach bestehenden Möglichkeiten der administrativen Regulierung nicht als ausreichend erweisen, wäre die Statuierung von Aufklärungsbefugnissen bzw. von Beteiligungspflichten unmittelbar durch Gesetz in Betracht zu ziehen. Diese kursorischen Hinweise zum Anliegen der Sachaufklärung sollen freilich nicht ohne den Hinweis enden, dass in der Regel schon die Existenz eines Systems der regulierten Selbstregulierung ein Mehr an Information und Problembewusstsein im Interesse der betroffenen öffentlichen Belange verspricht; man denke nur an die Aufklärungsmöglichkeiten, die sich zwangsläufig innerhalb eines Risk-Management-Systems ergeben.

3. *Transparenz, Beteiligtenanhörung und Begründung*

Zunächst finden sich auch in diesem Bereich unmittelbar gesetzlich begründete Verfahrenspflichten. So dienen die Beratungspflichten der Benannten Stellen gegenüber den Produktherstellern ebenso wie die diesbezüglichen Dokumentations- und Begründungspflichten¹⁰⁸ der Herstellung von Transparenz, während die Anhörung nach Verantwortungsteilung im Bauordnungsrecht dadurch sichergestellt wird, dass teilweise weiterhin die Baubehörde (und nicht der Bauherr), die Angrenzer benachrichtigt (vgl. z.B. § 74 BauO NRW); das Umweltauditgesetz verpflichtet den Umweltgutachter unmittelbar

106 BVerwGE 45, 309 f., und hierzu stellv. *Brohm* (Fn. 33), § 13 Rn. 28.

107 Wie *Röhl* (Fn. 46), S. 91 f., berichtet, werden die Benannten Stellen im Produktsicherheitsrecht durch die Akkreditierungsstellen dazu verpflichtet, sich in ihren Verträgen mit den Produktherstellern das Recht zur Durchführung angemeldeter wie unangemeldeter Inspektionen zur Überwachung der Hersteller einräumen zu lassen.

108 Näher geschildert bei *Röhl* (Fn. 46), S. 91 f.

zur Anfertigung von Zweitschriften und zur Vorhaltung relevanter Unterlagen (§ 15 Abs. 2 Ziff. 1 u. Ziff. 4). Unter Umständen kann im Falle eines Pflichtenverstößes administrativ, d. h. mit einer Aufhebung oder nachträglichen Beschränkung der Akkreditierung reagiert werden. Der an dieser Stelle entstehende Eindruck der Zufälligkeit ist nicht unberechtigt und eine wichtige Zukunftsaufgabe besteht darin, den Verfahrenspflichtenkanon bereichsbezogen, d. h. z. B. für das Sicherheitsrecht sämtlicher Produkte, zu vervollständigen¹⁰⁹.

Jedenfalls bis dahin kommt es auch hier auf die administrative Regulierung an, konkret auf die Auferlegung von Informations- und Publikationspflichten¹¹⁰, von Anhörungs- bzw. Geheimhaltungspflichten¹¹¹ sowie von Begründungspflichten im Veranlassungsakt bei der Verwaltungshilfe bzw. im Verzahnungsakt bei einer regulierten Selbstregulierung. Als Beispiel hierfür sei genannt die in § 25a Abs. 1 Ziff. 3 KWG statuierte Aufzeichnungspflicht betreffend die Risk-Management-Aktivitäten als Voraussetzung für die Erteilung der Bankbetriebserlaubnis gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 7 KWG.

IV. Standorte normativer Verfahrens-Regulierung

Standorte für normative Regulierungsmaßnahmen nach Privatisierung sind bzw. als Standorte kommen in Betracht: das VwVfG (bzw. die Verwaltungsverfahrensgesetze), die jeweiligen Fachgesetze, in denen die verfahrensrechtlichen Bestimmungen mit den an den unterschiedlichen Sachgesetzmäßigkeiten orientierten materiellen Regelungen verknüpft sind¹¹², das jenseits der sog. Schwellenwerte (vgl. § 2 Vergabeverordnung) im GWB geregelte Kartellvergaberecht und schließlich, in einer vierten Gruppe, das allgemeine sowie das Sonder-Privatrecht und das Strafrecht, welches beispielsweise in Gestalt der Korruptionsvorschriften distanzschutzrelevante Aussagen enthält. Das Privatrecht dient in seiner gegenwärtigen Gestalt vor allem der Entfaltung der gesellschaftlichen Handlungsrationalität und stellt einige Basissicherungen zur Verfügung; es sollte nicht zur Heimstatt des Verfahrens-Regulierungsrechts gemacht werden. Daher wird in der vorliegenden Untersuchung auch nicht der Begriff »Privatverfahrensrecht«¹¹³ verwendet.

109 Die detaillierte Analyse der produktsicherheitsrechtlichen Regelungen mündet bei Röhl in das Fazit, das »von den Benannten Stellen anzuwendende Verfahren« sei »nur rudimentär geregelt« (Fn. 46), S. 91.

110 Vgl. Hoffmann-Riem, DVBl. 1996, S. 231.

111 Zum Geheimnisschutz bei der Einschaltung von Sachverständigen vgl. Seidel (Fn. 10), S. 145 ff. m.w.N.

112 Diese beiden Alternativen sind ausführlich gegenübergestellt bei Ziekow (Fn. 12), S. 100 ff.

113 Etwa verwendet bei Hoffmann-Riem, DVBl. 1996, S. 231.

Zurückhaltung sollte gegenüber Vorschlägen geübt werden, eine rechtsgebiets- und damit fachgesetzübergreifende Reglementierung anhand des jeweiligen Tätigkeitsprofils vorzunehmen, und zwar außerhalb des VwVfG, etwa in Gestalt eines »Sachverständigengesetzes«¹¹⁴ (entsprechend denkbar wären Zertifizierungs- oder Verfahrensmanagementgesetze). Abgesehen davon, dass hierdurch eine zusätzliche Ebene zwischen dem allgemeinen Verwaltungsrecht und dem besonderen Verwaltungsrecht eingezogen und das Geflecht der Interdependenzen noch undurchdringlicher würde, ist zu bedenken, dass die Tätigkeitsprofile der privaten Träger sich häufig überschneiden. Insgesamt ist bei der Standortdiskussion wiederum zu bedenken, dass die verfahrensbezogene Regulierung nur einen Teil betrifft und gemeinsame Standorte für die verschiedenen Regulierungsgegenstände (die materiellen, die organisatorischen und eben die verfahrensbezogenen) konzeptionell wie verwaltungspraktisch vorzugswürdig erscheinen.

1. Bei ausschließlich normativer Regulierung

Normen ohne Bezug zu administrativen Kontakten zwischen dem Staat und privaten Trägern, also außerhalb eines Verfahrensrechtsverhältnisses, gibt es im Bereich der *regulierten Selbstregulierung*. Durch sie werden Pflichten der die Selbstregulierung tragenden Kräfte sowie von privaten Implementationsinstanzen festgelegt bzw. die Pflichten des Staates in Anbetracht einer Privatisierung verändert. Auch die Einräumung verfahrensmäßiger Befugnisse, etwa im Interesse der Sachaufklärung (vgl. E III 2), gehört hierher. Als Standort jener funktionalen Äquivalente kann nur das Fachgesetz fungieren, in dem das jeweilige Ordnungskonzept entwickelt worden ist.

2. Bei auch administrativer Regulierung

Anknüpfend an die oben (B II u. III) geleistete Unterscheidung der »privatisierten Bereiche« und der denkbaren Verfahrensrechtsverhältnisse (E II) ist zunächst das Verhältnis zwischen der staatlichen Verwaltung und dem jeweiligen privaten Träger zu beleuchten. Gleichgültig, ob die administrative Regulierung sich im Veranlassungsakt der Verwaltungshilfe oder im Verzahnungsakt bzw. in der Akkreditierung bei der regulierten Selbstregulierung manifestiert, stets geht es um ein Verwaltungshandeln für das die »normalen« Verfahrensregeln gelten, also in der Regel das VwVfG¹¹⁵. Mit Hilfe der Regeln

114 So die Forderung von Scholz, ZG 2000, S. 221 ff. Freilich gibt es insoweit schon Ansätze, nämlich in Gestalt der Regelungen über die »öffentliche Bestellung« bzw. »amtliche Anerkennung« von Sachverständigen (zusammengestellt bei Seidel [Fn. 10], S. 167 ff.).

115 Teilweise ergänzt durch das Fachrecht, etwa im Hinblick auf den »Durchführungsvertrag« als Verzahnungsakt beim Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB.

über die Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, über die Gestaltung verwaltungsvertraglicher Beziehungen oder – bei Verwirklichung der entsprechenden Vorschläge – die rechtsformunabhängige Gestaltung von Kooperationsbeziehungen¹¹⁶ kann und muss insbesondere die Herstellung von Transparenz und Sachaufklärung¹¹⁷ zwischen den Partnern bewirkt werden. Zielt die Auswahl des privaten Partners auf den Abschluss eines »entgeltlichen Dienstleistungs-, Bau- oder Liefervertrags mit einem Dritten« (§ 99 Abs. 1 GWB), was bei der Verwaltungshilfe regelmäßig der Fall ist, unterfällt der *Veranlassungsvorgang* dem GWB-Vergaberecht¹¹⁸.

Hinsichtlich der noch wichtigeren Verfahrensstrukturen im Verhältnis des privaten Trägers zu Dritten, die ja durch den Staat erst initiiert werden müssen (E I), sind bei der *Verwaltungshilfe* wiederum entweder das VwVfG oder das Privatvertragsrecht relevant (je nach Rechts- und Handlungsform des Veranlassungsaktes; vgl. bereits E III 1 am Beispiel des Distanzschutzes) sowie das GWB-Vergaberecht. Indem dieses die Auswahl des Verwaltungshelfers steuert, ist es zugleich Privatisierungsfolgenrecht und damit unter anderem auch Verfahrens-Regulierungsrecht. Es kann dieser Aufgabe, etwa im Hinblick auf die Gewinnung eines neutralen und verfahrenskompetenten Privaten, zuverlässiger und vorhersehbarer gerecht werden¹¹⁹, wenn die entsprechenden Anforderungen im jeweiligen Fachgesetz oder auch in einem künftig das Kooperationsrecht aufnehmenden VwVfG, formuliert sind. Nach Abschluss des Auswahlvorgangs geht es um die Etablierung der erforderlichen Verfahrensstrukturen für den Alltag der Verwaltungshilfe oder, mit anderen Worten, um die »Gestaltung und Begrenzung« der Verwaltungskooperation¹²⁰. Dies geschieht mit Hilfe von Vertragsklauseln, die wiederum in einem reformierten VwVfG gesetzlich determiniert werden könnten. Die diesbezüglichen Vorschläge¹²¹ sind freilich in verfahrensmäßiger Hinsicht noch ausbaufähig, kon-

116 Notwendigkeit, Möglichkeiten und Grenzen der Schaffung entsprechender Normen sind in den durch das Bundesinnenministerium aufgegebenen Gutachten von Ziekow (Fn. 12), S. 167 ff., und Schuppert (Fn. 12), erörtert.

117 Ziekow (Fn. 12), S. 199, schlägt die Aufnahme eines »§ 55« in das VwVfG vor, in dem die »Zusammenarbeit bei der Sachverhaltsermittlung« zwischen den Kooperationspartnern geregelt werden soll.

118 Vgl. nur Jaeger, Vergaberecht und Public Private Partnership, NZBau 2001, S. 1 ff.; Burgi, NVwZ 2001, S. 603 ff. m.w.N. Das Kartellvergaberecht ist nur dann nicht anwendbar, wenn die vom EuGH in seiner Entscheidung zur Rechtssache »Teckal« (EuZW 2000, S. 246, Rz. 49 – 51) geschilderte Ausnahme eingreift, weil der Staat über den privaten Träger »eine Kontrolle ausübt wie über ... eigene Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen« für die staatliche Stelle verrichtet. Zur Einbeziehung auch der Verwaltungsverträge vgl. bereits Fn. 98.

119 Ausführlich hierzu Burgi, GewArch 2001, S. 217 ff., ferner ders., NVwZ 2001, S. 601 ff.

120 Ziekow (Fn. 12), S. 190.

121 Bei Ziekow (Fn. 12), S. 190 ff., und bereits zuvor Bauer, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89, und ders., in: Schuppert, Verantwortungsteilung (Fn. 5), S. 247 ff. Hingewiesen sei ferner auf das von Hillermeier/Castorph/Hartmann hrsg. »Hand-

zentrieren sie sich – naheliegenderweise – doch auf die materiellen Leistungspflichten. In Umsetzung der hier herausgearbeiteten Strukturschaffungspflicht sollten insbesondere Neutralitäts- und Sachaufklärungspflichten, Pflichten zur Betroffenenbeteiligung und zur Beteiligtenanhörung sowie zur Begründung in den entsprechenden Katalogen, u. U. sogar als »Mindestinhaltsklauseln«¹²², nicht fehlen.

Infolge der thematischen Heterogenität vorwiegend in die jeweiligen Fachgesetze gehören dagegen die Anforderungen an das Verfahren privater Kräfte und von privaten Implementationsinstanzen bei der *regulierten Selbstregulierung*. Die – ergänzungsbedürftigen – fachgesetzlichen Akkreditierungsvorschriften sind jedenfalls (auch) Bestandteil des Privatisierungsfolgenrechts und tragen zur Bewirkung funktionaler Verfahrens-Äquivalenz bei.

F. Schluss

Anknüpfend an die eingangs (A I u. II, B I) formulierte Aufgabenstellung sei die Hoffnung formuliert, dass die Stafette der Dogmatisierungsbemühungen ein Stück weitergetragen werden konnte, wenngleich sie sich angesichts der fortbestehenden Notwendigkeit bereichsspezifischen Analysierens und aufgrund des noch zu verfeinernden bzw. vertiefenden Gesamtsystems der Regulierung noch nicht im Ziel befinden kann.

buch für die Vertragsgestaltung und Sammlung von Vertragsmustern mit Erweiterungen – kommunales Vertragsrecht« (seit 1985) und auf das im Jahre 2000 erschienene »Handbuch der kommunalen Vertragsgestaltung« von *Bergmann/Schumacher* (Hrsg.), dessen Band III sich ausschließlich mit der »Privatisierung von Dienstleistungen« beschäftigt, wobei die in beiden Bänden zusammengestellten Vertragsmuster schwerpunktmäßig jeweils den Bereich der Durchführungsprivatisierung betreffen.

122 Die von *Ziekow* (Fn. 12), S. 192 f., vorgeschlagenen »Mindestinhaltsklauseln« enthalten als bislang einzigstes Verfahrenselement die »Pflicht der Kooperationspartner zur gegenseitigen Information«.

Rechte, Lasten und Pflichten von Beteiligten und Behörden im Verwaltungsverfahren – zur Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes

Michael Holoubek

Inhaltsübersicht

A. Bedeutung und Funktion des »Untersuchungsgrundsatzes«	193
B. Gang der Untersuchung	196
C. Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens	197
I. Das »klassische Konzept«	197
II. Die Instrumente	200
D. Der Untersuchungsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht	201
E. Zwischenresümee	204
F. Die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes in komplexen Verfahren	205
G. Grundstruktur des Untersuchungsgrundsatzes und aktuelle Probleme	207

A. Bedeutung und Funktion des »Untersuchungsgrundsatzes«

Das Thema dieses Beitrags zielt auf die Verteilung der Verantwortlichkeiten im Ermittlungsverfahren¹, genauer auf die Frage, wem die einschlägigen

1 Der Untersuchungsgegenstand der folgenden Ausführungen ist weiters insoweit abzugrenzen, als festzulegen ist, was im Folgenden unter »Verwaltungsverfahren« verstanden wird: nämlich formelle, gesetzlich geregelte Verfahren von Verwaltungsbehörden, die in einem hoheitlichen Verwaltungsakt (oder allenfalls in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag) enden. Es geht also im Folgenden um Verfahren, die unmittelbar von – zumindest im funktionellen Sinn – staatlichen Verwaltungsbehörden geführt werden und (sieht man vom Spezialfall des koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages ab) auf einseitige staatliche Rechtssetzung gerichtet sind. Nicht erfasst werden damit Verfahren – auch – der Verwaltung, die wie Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder Privatisierungen etc gerade nicht auf einseitige hoheitliche Rechtssetzung gerichtet sind (aus gutem Grund kennen typischerweise Regelungen des Vergabeverfahrens keine dem Untersuchungsgrundsatz vergleichbare Verantwortungszuteilung an die Verwaltung) oder Verfahren privater Akteure, die – wie etwa Zertifizierungsverfahren – auf sachverständige Feststellungen (»Konformitätsbescheinigungen«), nicht aber auf staatliche Rechtssetzung im engeren Sinn gerichtet sind.

Das Ermittlungsverfahren ist dabei jener Abschnitt des Verfahrens oder jenes Teilverfahrens (»Verfahren im Verfahren« – *E. Schmidt-Aßmann*), in dem jene Informationen generiert werden (»Wirklichkeit konstruiert wird« – *W. Hoffmann-Riem*), auf deren Basis die Rechtssetzung durch die Verwaltungsbehörde erfolgt.

rechtlichen Regelungen im »Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung«² welche Verantwortlichkeiten und damit Ingerenzmöglichkeiten auf diesen Prozess zuweisen und welche »Instrumente« zur Wahrnehmung dieser Verantwortlichkeiten zur Verfügung gestellt werden. Das Verwaltungsverfahrensgesetz legt dafür typischerweise – Prototyp: § 24 Abs 1, § 26 Abs 1 VwVfG – als grundlegende »Verantwortungsverteilungsregel«³ den Untersuchungsgrundsatz fest, weist also als Grundsatz die Verantwortung für Informationsgewinnung und -verarbeitung der entscheidenden Verwaltungsbehörde zu. Historisch ist der Untersuchungsgrundsatz Ausdruck des Umstands, dass die »Führung der Verwaltung« auf die Umsetzung öffentlicher Interessen gerichtet und dieses »öffentliche Interesse« mehr und anderes ist, als die Summe der von den am Verfahren Beteiligten vertretenen Interessen. Das, wie es im Übrigen *Josef Ulbrich* bereits 1904 genannt hat, »administrative Informationsverfahren«⁴ ist vom »Untersuchungsprinzip«⁵ beherrscht und dadurch – so *Rudolf Herrnritt* 1925 – gekennzeichnet, »dass auch bei Entscheidung über Parteiansprüche gleichzeitig das öffentliche Interesse, welches durch die gesamte Verwaltungstätigkeit berührt wird, gewahrt werden muss«⁶. Insofern besteht meines Erachtens ein wenig die Gefahr, Ursache und Wirkung zu verwechseln, wenn im Zusammenhang mit § 24 Abs 1 VwVfG der Untersuchungsgrundsatz oft als Ausprägung des übergeordneten rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gesehen wird⁷. Weil es um die Durchsetzung öffentlicher Interessen geht, die im Verfassungsmodell etwa des Grundgesetzes gesetzlich festzulegen sind, kann auf dem Untersuchungsgrundsatz basierendes Behördenhandeln nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen. Aber auch in Verfassungsordnungen, die keinen Allgemeinvorbehalt des Gesetzes kennen, ist gleichwohl inquisitorisches Verwaltungshandeln möglich, ja zumeist ebenso die Regel.

Die Umsetzung öffentlicher Interessen als eigenständige Aufgabe im Verwaltungsverfahren bedingt dabei grundsätzlich die Steuerungshoheit der Behörde sowohl über Zweck (Grundsatz der materiellen Wahrheit) als auch über den Gang (Offizialmaxime) des Ermittlungsverfahrens.

2 *Pitschas*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 219 ff.

3 Es geht um »Verantwortungsverteilung« im Sinne von Zuteilung von Verantwortung, nicht um »Verantwortungsteilung«. Der Untersuchungsgrundsatz als »Verantwortungsverteilungsregel« stellt gerade darauf ab, die Verantwortung der Verwaltungsbehörde zuzuteilen und somit die in Rede stehende Verantwortung für eine den jeweiligen (gesetzlichen) Anforderungen entsprechende Informationsgenerierung (siehe Fn. 1) gerade nicht zwischen Verwaltungsbehörde und Beteiligten zu »teilen«.

4 *Ulbrich*, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, 1904, 283.

5 *Ulbrich*, aaO.

6 *Herrnritt*, Österreichisches Verwaltungsrecht, 1925, 107.

7 Statt vieler *Stelkens/Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz⁶, 2001, Rz 1 zu § 24; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG⁷, 2000, Rz 6 zu § 24; *Engelhardt*, in: Obermayer, VwVfG³, 1999, Rz 10 zu § 24.

Dass der Untersuchungsgrundsatz der letztlich entscheidenden Verwaltungsbehörde die Verantwortung für den Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung zuweist bedeutet freilich nicht, dass damit Informationsgewinnung und -verarbeitung selbst ausschließlich der Verwaltungsbehörde übertragen sind. Die Officialmaxime ist nicht die einzige Regel, die im Verwaltungsverfahren festlegt, wer Informationen zu generieren hat. Diese Grundsatzregel wird zumeist durch spezielle Regeln modifiziert, die bestimmten Beteiligten im Verfahren Mitwirkungs- und Aufklärungsobliegenheiten bzw einschlägige Rechte zuweisen. Derartige Regelungen finden sich entweder als allgemeine Verfahrensregeln – Parteigehör, Mitwirkungspflicht der Partei im Steuerverfahren etc – oder als konkrete Einzelfallregelung im materiellen Recht, wenn bestimmte Nachweispflichten, Beweislastregeln, Glaubhaftmachungspflichten oder Anhörungsrechte vorgesehen werden.

Der Untersuchungsgrundsatz setzt somit verfahrensrechtlich die Aufgabe der Verwaltungsbehörde um, über den Ausgleich allfälliger im Verfahren eingebundener Interessen von Beteiligten hinaus bzw diese überlagernd bestimmten öffentlichen Interessen zum Durchbruch zu verhelfen. Für das Verfahren wird damit bewirkt, dass die Behörde diese öffentlichen Interessen zu ihren individuellen Interessen macht, der »process owner« nimmt insoweit – nicht subjektiv, aber objektiv – »Eigeninteressen« wahr. Dass das öffentliche Interesse von der Behörde als »Eigeninteresse« begriffen werden soll, ist ja gerade der psychologische Witz am Untersuchungsgrundsatz. Wesentlich ist dabei, dass bei den hier in Rede stehenden Verwaltungsverfahren im rechtsstaatlichen Modell des Grundgesetzes oder auch des österreichischen B-VG die Frage, welche öffentlichen Interessen im Verfahren zu berücksichtigen sind, vom jeweiligen Materiengesetz bestimmt wird. »Materielle Wahrheit« meint nicht, dass in einem Verwaltungsverfahren alle Zielsetzungen, die denkbarer Weise im Zusammenhang mit einem bestimmten Regelungsgegenstand verfolgt werden können, auch in das Verfahren einbezogen werden sollen. Das Gesetz regelt vielmehr, welche öffentlichen Interessen die am Ende des Verwaltungsverfahrens stehende staatliche Rechtssetzung bestimmen sollen. »Materielle Wahrheit« besagt diesbezüglich nur, dass in Bezug auf diese öffentlichen Interessen bzw die ebenso gesetzlich im Verfahren als relevant anerkannten Interessen Beteiligter die jeweils relevanten Sachinformationen möglichst umfassend ermittelt werden sollen. Ein konkretes Verwaltungsverfahren konstruiert in seinem Ermittlungsverfahren also nicht eine umfassende Wirklichkeit, sondern eben gerade nur eine spezifische Wirklichkeit in Bezug auf das jeweilige Verfahrensprogramm⁸.

8 Diese Konstruktion hat – hier bestimmt eben der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz die Ausgestaltung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl oben bei Fn. 1) – sowohl freiheitssichernde wie demokratische Funktion. Wenn man davon ausgeht, dass insbesondere auch Optimierungsentscheidungen kontextabhängig erfolgen, also von den jeweiligen Sach- und Zeitumständen

Wird im zuvor genannten Sinn der Behörde die Aufgabe auferlegt bestimmte öffentliche Interessen in einem Verfahren durchzusetzen, also mehr zu tun, als den Ausgleich zwischen Interessen zu suchen, die sonstige im Verfahren Beteiligte vertreten, dann besteht natürlich die Gefahr, dass der Prozess des Ermittlungsverfahrens ungleichgewichtig geführt wird, weil insoweit die Verwaltungsbehörde nicht – wie der Richter in streitigen Zivilprozessen – »unparteilich« im strengen Sinn ist. Diese Gefahr nimmt der Untersuchungsgrundsatz in Kauf. Das Verfahrensrecht kann auf diese Gefährdungslage entweder mit institutionellen Befangensheitsregeln oder mit verfahrensrechtlichen Vorkehrungen reagieren.

B. *Gang der Untersuchung*

Ich möchte im Folgenden in vier Schritten vorgehen: Ich will zuerst einen kurzen rechtsvergleichenden Blick darauf werfen, wie in einzelnen Mitgliedstaaten sozusagen die »Normalkonstellation«, also das klassische Konzept des Verwaltungsverfahrens im Hinblick auf die angesprochene Verteilung der Verantwortlichkeiten im Ermittlungsverfahren ausgestaltet ist. In einem zweiten Schritt werde ich auf die gemeinschaftsrechtliche Ebene wechseln und die selbe Frage nach der Ausgestaltung dort stellen. Das Zwischenresümee stellt dann die Frage, nach einem oder wohl besser nach dem Grad der Einheitlichkeit eines europäischen Prototyps des Verwaltungsverfahrens.

In einem dritten Schritt möchte ich dann auf die Frage eingehen, ob und inwieweit sich dieses »klassische Konzept« verändert, wenn komplexe Verfahrenslagen – Großanlagengenehmigungen oder Regulierungsverfahren etwa – zu bewältigen sind. Den Abschluss sollen dann einige Schlussfolgerungen zu Grundstruktur und Problemen der durch den Untersuchungsgrundsatz bewirkten Verantwortungsverteilung im Ermittlungsverfahren machen.

bestimmt und auf Basis regelmäßig unvollständigen Wissens getroffen werden, dann kommt es bei den »grundlegenden Entscheidungen«, welche Interessen bei bestimmten Entscheidungen maßgeblich sein sollen, vor allem auf die verfahrensförmige Legitimation bei der Entscheidung durch den demokratischen Gesetzgeber an. Das Modell lässt sich freilich dann als verkürzend kritisieren (vgl etwa *Hoffmann-Riem*, Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionenermessen, DVBl 1994, 605 [607 f]), wenn man davon ausgeht, dass es möglich ist, auch in komplexen Entscheidungssituationen (Stichwort etwa Risikoentscheidungen) »richtige« Entscheidungen zu treffen.

C. Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens

I. Das »klassische Konzept«

Es entspricht der historischen Schrittmacherrolle, die der Kodifikation des Verwaltungsverfahrens in Österreich schon im Jahre 1925, also deutlich vor den europäischen Nachbarn, zukommt, mit dem Verwaltungsverfahren in Österreich zu beginnen. Erklärtes Ziel des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes (AVG) war es, ein dem zivilgerichtlichen Verfahren rechtsstaatlich ebenbürtiges, entsprechend prozessual strukturiertes und formalisiertes Verwaltungsverfahren zu schaffen, das, in den klassischen Worten von *Adolf Julius Merkl*, »das Verwaltungsorgan in der selben Weise bindet wie das Justizrecht den Richter, das den Untertanen in der selben Weise wie das Justizrecht berechtigt.«⁹

Trotz dieser unmittelbaren Vorbildfunktion des zivilgerichtlichen Verfahrensrechts war der grundsätzliche Unterschied des inquisitorischen Verwaltungsverfahrens zum Parteiprozess des streitigen – nicht des außerstreitigen – gerichtlichen Verfahrens immer unbestritten. Officialmaxime und Grundsatz der materiellen Wahrheit konstituieren auch im österreichischen AVG den Untersuchungsgrundsatz. Der wesentliche Punkt ist freilich der, dass das AVG von vorneherein zwischen den der Behörde aufgegebenen öffentlichen Interessen und den Interessen der am Verfahren insbesondere als Parteien Beteiligten unterscheidet. Es ist auch, aber eben nicht nur ein Parteiverfahren. Das Verwaltungsverfahren ist instanzenmäßig gestuft, auch das Berufungsverfahren ist – wiewohl Rechtsmittelverfahren – wiederum vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht.

Das französische Verwaltungsverfahren¹⁰ ist insofern geradezu das Gegenmodell zum österreichischen, als es bewusst als Gegenpol zum streitigen gerichtlichen Parteiverfahren konzipiert ist.¹¹ Das französische Verwaltungsver-

9 Siehe – freilich allgemein auf das Verwaltungsrecht gemünzt – *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 (Neudruck 1969), 77. Ein Ziel im Übrigen, das man als so weitgehend erfüllbar ansah, dass man meinte, dass einem gerichtlichen Verfahren rechtsstaatlich funktional äquivalente verwaltungsbehördliche Verfahren erübrige eine umfassende verwaltungsgerichtliche Kontrolle. Diese könne sich daher auf eine bloße kassatorische Rechtskontrolle beschränken.

10 *Eisenberg*, Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte, 1999, 55 ff und 131 ff; *Riedel*, in: Schwarze/Starck (Hrsg), Europäische Verwaltungsverfahrenssysteme im Vergleich, Europarecht – Beiheft 1/1995, 63 ff; *Chapus*, Droit administratif général, 1999, Band 1, 1061 ff und 1073 ff; *Braibant/Stirn*, Le droit administratif français, 1999, 258 f.

11 Man unterscheidet in Frankreich zwischen dem Begriff der »procédure administrative non-contentieuse«, auch »procédure administrative« genannt, und der »procédure contentieuse«. Während ersterer das Verfahren vor Erlassung einer Verwaltungsentscheidung, also das nicht streitige Verfahren betrifft, handelt es sich bei letzterem um die Bezeichnung für das verwaltungsgerichtliche, dh streitige Verfahren; siehe *Eisenberg* (Fn. 10), 24; *Riedel* (Fn. 10), 63 und 68; *Chapus* (Fn. 10), 1061.

fahren¹² verwirklicht den reinen Untersuchungsgrundsatz¹³ in dem Sinn, dass es von seiner historischen Entstehung her ausschließlich auf die Durchsetzung der staatlichen Interessen gerichtet ist.¹⁴ Die Interessen der Betroffenen, die Parteiinteressen können und sollen grundsätzlich erst im nachfolgenden, streitigen gerichtlichen Verwaltungsprozess¹⁵ durchgesetzt werden.¹⁶ Erst Ende

- 12 *Eisenberg* (Fn. 10), 55, 63 ff und 75 ff; *Riedel* (Fn. 10), 64 und 67 ff; das französische Verwaltungsverfahren besteht einerseits aus den aus der Verwaltungsrechtsprechung und in Spezialgesetzen entwickelten allgemeinen Grundsätzen (»principes général du droit«), den sog »droits de la défense«, und aus einer Vielzahl von Rechtsvorschriften für das Verwaltungsverfahren; vgl *Eisenberg* (Fn. 10), 55; *Riedel* (Fn. 10), 68; Zu nennen sind hier va das Gesetz vom 6. Januar 1978, »loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés«, vom 17. Juli 1978, »loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal«, insb vom 11. Juli 1979, »loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public« abgeändert durch das Gesetz vom 19. Jänner 1986 »loi sur la motivation des décisions administratives« und dem Dekret vom 28. November 1983, décret concernant les relations entre l'administration et les usagers, aber auch das Gesetz vom 12. Juli 1983, »loi relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement« sowie das Gesetz vom 12. April 2000, »loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations«; siehe auch *Chapus* (Fn. 10), 1061.
- 13 *Riedel* (Fn. 10), 64: »Dass im französischen Verwaltungsverfahren grundsätzlich der Sachverhalt durch die Behörde ermittelt wird, also der Untersuchungsgrundsatz bei der Sachverhaltsermittlung gilt, wird in der gängigen Verwaltungsrechtsliteratur als gegeben vorausgesetzt.«; siehe aber *Eisenberg* (Fn. 10), 63 ff und 136 ff; *Riedel* (Fn. 10), 67 ff.
- 14 Die Gründe für die dem Verwaltungsprozess untergeordnete Rolle des Verwaltungsverfahrens (»procédure non-contentieuse«) sind in obrigkeitstaatlichem Gedankengut zu suchen, demzufolge der Bürger – im französischen als »administré«, also als »Verwalteter« bezeichnet – in seinem Verhältnis zur öffentlichen Verwaltung der allgemeinen Gehorsamspflicht unterworfen war. Nach diesem Verständnis repräsentierten »die Behörden« das Allgemeininteresse, dem sich das Einzelinteresse unterzuordnen hatte. Das Verwaltungsverfahren sollte nach den Zwecken des Allgemeininteresses frei von jeglicher Einflussnahme von außen, ohne Beteiligung des Einzelnen bzw Offenlegung der Verfahrensgrundlagen und Entscheidungsgründe abgeführt werden. Dies stand auch im Einklang mit dem sog »secret administratif«, der es der Verwaltung erlaubte, ihre Entscheidungen im Geheimen ohne, dass die Vorgeschichte und die Gründe für die Entscheidung nach außen getragen würden, zu erlassen. Zudem wurden Argumente wie die Verhinderung der Einschränkung des Entscheidungsspielraumes oder eine durch Rechte des Einzelnen verursachte zu große Belastung der Verwaltung angeführt; vgl dazu *Eisenberg* (Fn. 10), 56 f.
- 15 Der »Conseil d'État« (CE) hatte für das gerichtliche Verfahren (»procédure contentieuse«) schon in der Entscheidung »Ville« vom 10. August 1918 ein kontradiktorisches Verfahren verlangt. Im Gegensatz zum Verwaltungsverfahren hatte sowohl die Anhörung der Bürger (Betroffenen) als auch die der öffentlichen Verwaltung stattzufinden, zudem musste völlige Gleichberechtigung zwischen den Parteien des streitigen Verfahrens vorherrschen; vgl *Eisenberg* (Fn. 10), 59 ff; neben der aus der »procédure contradictoire« fließenden Verpflichtung der Anhörung einerseits und der Begründungspflicht (»principe général du droit«) andererseits müssen die Parteien eines gerichtlichen Verfahrens vom Beginn und Verlauf des Prozesses unterrichtet werden, haben das Recht auf Einsicht in alle Verfahrensunterlagen, umfassende Informationsrechte, sowie das Recht jede ihnen nützlich erscheinende Stellungnahme zum Streitgegenstand abzugeben (wichtige Argumente vorzutragen); *Eisenberg* (Fn. 10), 59.
- 16 *Riedel* (Fn. 10), 63; *Eisenberg* (Fn. 10), 57 ff; die Bedeutung von Rechtsgarantien für den Einzelnen vor der Verwaltungsentscheidung war lange Zeit unbeachtet geblieben, da man der Meinung war, dass die Einrichtung streitiger Rechtsmittel ex-post durch einen Verwaltungsprozess (»procédure contradictoire«) dem Schutz der Bürger genügen würde. Erst langsam setzte sich in der Rechtsprechung und Literatur die Meinung durch, dass die Rechte und Interessen des Einzelnen schon bei der Erarbeitung von Verwaltungsentscheidungen durch Verfahrensrecht gesichert werden sollten.

der Siebzigerjahre¹⁷ entfalteten die verwaltungsgerichtlich entwickelten rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze insoweit Vorwirkungen auf das eigentliche Verwaltungsverfahren, als Anhörungsrechte¹⁸ der Betroffenen und Begründungspflichten¹⁹ der Verwaltungsbehörden auch für das Verwaltungsverfahren gesetzlich bzw durch Dekret positiviert wurden.²⁰

Die englischen Gerichte und damit das englische Recht sind stark auf den streitigen Parteienprozess fokussiert. Sie begegnen daher auch Inquisitionsverfahren im Allgemeinen mit Distanz.²¹ Auf der anderen Seite ist auch den eng-

- 17 Doch auch schon vorher normierten einzelne Rechtsvorschriften ua Informations- und Stellungnahmerechte, die dem Einzelnen vor Erlass einer bestimmten Entscheidung zu seiner Verteidigung eingeräumt wurden. Diese fanden sich zuerst im Beamtenrecht und in Regelungen, die andere spezielle Personengruppen betrafen, meist bei Disziplinar- oder ähnlichen Maßnahmen. Später – in einem zweiten Schritt – wurden diese spezialgesetzlichen Regelungen verallgemeinert (»principe général du droit«), und von den Gerichten auf andere Sanktionsmaßnahmen sowie auf jene Fälle ausgedehnt (»droits de la défense«), bei denen über ein persönliches Fehlverhalten des Betroffenen abgesprochen wird, sofern die zu treffende Maßnahme eine gewisse Schwere (»gravité«) aufweist (CE vom 5. Mai 1944, Trompier – Gravier). Schließlich wurden die »droits de la défense« in engen Grenzen auf andere als Sanktionsmaßnahmen ausgedehnt, sofern sie an einem bestimmten persönlichen Verhalten anknüpfen und eine gewisse Schwere aufweisen (CE vom 24. Juni 1949, Negre und CE vom 9. Dezember 1955, Garysas); siehe dazu *Eisenberg* (Fn. 10), 63 ff, zur Begründungspflicht 71 ff und Fn. 18; siehe aber auch *Riedel* (Fn. 10), 64; *Eisenberg* (Fn. 10), 29 und 55; Ende der siebziger Jahre kam es lediglich zur Erlassung einiger Reformgesetze, eine umfassende Kodifizierung von Rechten im Verwaltungsverfahren blieb jedoch aus; siehe zu den Rechtsvorschriften Fn. 12; *Eisenberg* (Fn. 10), 55; *Riedel* (Fn. 10), 68; vgl auch *Chapus* (Fn. 10), 1061.
- 18 Anhörungsrechte ergeben sich einerseits aus den sog »droits de la défense« sowie aus dem Dekret vom 28. November 1983, »décret concernant les relations entre l'administration et les usagers«. Art 8 des Dekretes vom 28. November 1983 statuiert durch einen Verweis auf das Gesetz von 1979 die Anhörung der Betroffenen in den dort aufgezählten Fällen (zB Entscheidungen, mit denen begünstigende Verwaltungsakte aufgehoben oder Sanktionen auferlegt werden, sowie solche, die die bürgerliche Freiheit einschränken). Nach diesen Rechtsvorschrift müssen daher die meisten belastenden Entscheidungen – die einen »caractère défavorable« haben – angehört (und begründet) werden. Doch auch hier hat die Rechtsprechung eine Erweiterung vorgenommen, indem sie all jene Fälle mit einbezieht, bei denen die Entscheidung auf einer persönlichen Situation des Betroffenen beruht; vgl *Eisenberg* (Fn. 10), 137 ff.
- 19 Im Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren war die Begründungspflicht von Verwaltungsakten nur dann vorgesehen, wenn dies spezialgesetzlich ausdrücklich bestimmt war. Erst seit der Entscheidung Barel (CE vom 28. Mai 1954) konnte der Betroffene über den Umweg einer verwaltungsgerichtlichen Anrufung die Gründe für eine verwaltungsbehördliche Entscheidung unter der Voraussetzung erfahren, dass ein substantiell begründeter Verdacht vorliege, dass die Verwaltung keine ausreichenden Gründe für die Entscheidung hatte oder dass sie ihre Befugnisse überschritten hat. Später wurden die aus den spezialgesetzlichen Anordnungen gewonnenen Grundsätze von der Rechtsprechung auf andere Fälle übertragen; *Eisenberg* (Fn. 10), 62 und 71 ff; neben den unzähligen spezialgesetzlichen Regelungen wurde mit dem Gesetz vom 11. Juli 1979, »loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public« das durch das Gesetz vom 16. Jänner 1986, »loi sur la motivation des décisions administratives« geringfügig erweitert wurde, die allgemeine Begründungspflicht eingeführt; *Eisenberg* (Fn. 10), 71; *Riedel* (Fn. 10), 68; der Anwendungsbereich der Regelungen über die Anhörung des Betroffenen und die Begründungspflicht von Verwaltungsakten stimmt weitgehend überein, da Art 8 des Dekrets vom 28. November 1983 auf das Gesetz vom 11. Juli 1979 verweist; siehe *Eisenberg* (Fn. 10), 135 und 137 ff.
- 20 *Eisenberg* (Fn. 10), 137 ff und 149 ff.
- 21 Vgl *Cane*, An Introduction to Administrative Law³, 2000, 165 f.

lischen Gerichten bewusst, dass sich das – an sich als rechtsstaatlich vorzugswürdig erachtete – streitige, »adversary«-Verfahren für Verwaltungsentscheidungen vor allem in zwei Fällen nicht eignet: Wenn die »public policy« eine entscheidende Rolle spielt und in den Fällen, wo die Lösung nicht zwischen zwei »Gegenspielern«, sondern in einem Mehrparteienverfahren gesucht werden muss.²² Wo aus den genannten Gründen der Primat der »public policy« anerkannt ist, dort nehmen die englischen Gerichte auch ihren Kontrollmaßstab deutlich zurück und lassen der Verwaltung breiteren Spielraum.²³ Im englischen Verfahrensrecht steht daher die Frage im Mittelpunkt, ob und inwieweit sich die auf streitige Parteienverfahren abstellenden Grundsätze der »natural justice« auch auf Verwaltungsverfahren übertragen lassen. Diese Grundsätze umfassen jedenfalls das rechtliche Gehör, in weitem Ausmaß eine mündliche Verhandlung und in verstärktem Maße eine Begründungspflicht.²⁴ Ob und inwieweit diese auf die Sicherung von Individualinteressen zielenden Grundsätze im Verwaltungsverfahren greifen, wird von den Gerichten und der Literatur mit Blick auf die am Spiel stehenden Interessen des Einzelnen – hier differenziert das englische Recht mit Begriffen wie »right« im Sinne von »property«, »interest« und »legitimate expectation« in Abgrenzung zum »privilege« weiter²⁵, als wir das im deutschen oder österreichischen Recht mit dem Begriff des subjektiven Rechts gewohnt sind –, mit Blick auf die Vorteile, die sich aus zusätzlichen Verfahrensrechten ergeben, und mit Blick auf die dafür auflaufenden Kosten der Verwaltung bestimmt.²⁶ Im Ergebnis sind also auch in England Verwaltungsverfahren zur Umsetzung der »public policy« inquisitorisch ausgestaltet, doch ist deren Durchsetzung (wie in Österreich) allenfalls durch verfahrensrechtlich institutionalisierte Individualinteressen auch verfahrensrechtlich beschränkt.

II. Die Instrumente

Je nach dem, wie weit das Verwaltungsverfahren neben der Durchsetzung öffentlicher Interessen auch die verfahrensförmig eingebundene Durchsetzung von Individualinteressen zur Aufgabe hat, verteilen sich auch die Möglichkeiten der mit Obliegenheiten zur Mitwirkung im Ermittlungsverfahren. Sobald es auch um Rechte von Beteiligten geht, resultieren daraus üblicher Weise

22 *Craig*, *Administrative Law*⁴, 1999, 423 f.

23 *Craig* (Fn. 22), 401 ff. Eine Zeitlang bestand die Tendenz, bei Verwaltungssachen die Anwendbarkeit der »Natural Justice«-Prinzipien überhaupt zu bestreiten. Erst mit *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40, 72-76, wurde der Anwendungsbereich der »Natural Justice« wieder ausgedehnt. Siehe dazu *Craig* (Fn. 22), 405 ff.

24 *Craig* (Fn. 22), 425 ff.

25 *Craig* (Fn. 22), 408 f und 413 f.

26 *Craig* (Fn. 22), 416 ff.

auch Mitwirkungs- und Aufklärungspflichten. Wer einen Anspruch geltend macht, muss dessen Voraussetzungen nachweisen, wer zur Wahrung seiner subjektiven Interessen zu einer in Aussicht genommenen Entscheidung gehört wird, muss im Rahmen dieses Parteiengehörs vorbringen und vorlegen, was gegen die Ermittlungsergebnisse der Behörde spricht.

Die Einbindung von Betroffenen als Beteiligte oder Parteien verfolgt somit unterschiedliche Zielsetzungen, je nach dem, ob sie ausschließlich auf die Informationsgewinnung für die Behörde im Hinblick auf die verfolgten öffentlichen Interessen, oder auch auf die Einbringung individueller Interessen zielt. Je komplexer und »mehrpuliger« Verfahren werden, desto naheliegender ist es, insbesondere öffentliche Anhörungsverfahren auf den erstgenannten Informationsaspekt zu beschränken. Das Anhörungsverfahren im Planfeststellungsverfahren oder die so genannte »enquête publique« im französischen Verfahren zur Erlassung generell abstrakter Verwaltungsanordnungen sind Beispiele dafür. Die formalisierte mündliche Verhandlung im österreichischen AVG oder das auf den Grundsätzen der natural justice basierende »hearing« im englischen Verwaltungsverfahren sind demgegenüber Beispiele, die beide Aspekte – rechtsstaatliche Durchsetzung subjektiver Rechtspositionen und Ermittlungsfunktion für die Behörde – vereinen.

D. *Der Untersuchungsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht*

Wechseln wir kurz die Ebene und werfen einen Blick in das Gemeinschaftsrecht.²⁷ Bekanntlich fehlt auf Gemeinschaftsebene ein kodifiziertes allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht. Neben wenigen Vorgaben im EGV²⁸ und sachspezifischen Sondervorschriften ist das Verwaltungsverfahrensrecht im Gemeinschaftsrecht vor allem richterrechtlich in allgemeinen Rechtsgrundsätzen des EuGH entwickelt²⁹. Die Bedeutung des geschriebenen gemein-

27 Für einen Überblick des gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensrechts etwa *Arnold*, in: Schwarze/Starck (Hrsg), Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts in der EG, Europarecht, Beiheft 1/1995, 7 ff (insb über die Grundzüge der Sachverhaltsermittlung); zur begrifflichen Definition *Vedder*, in: Schwarze/Starck, aaO, 75 ff; ausführlich zur vollständigen Ermittlungspflicht *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Band II, 1988, insb 1181 ff. mwN.

28 Wie zB Begründungspflicht nach Art 253 EGV oder Auskunftsrechte nach Art 284 EGV und Vertraulichkeitspflichtenrecht Art 287 EGV. Siehe *Vedder* (Fn. 27), 79 f.

29 *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, 177; für einen Überblick zB *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Band II (Fn. 27), 1135 ff; *Müller-Huschke*, in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, 2000, Art 133 Rz 146 f; *Vedder* (Fn. 27), 80.

schaftlichen Verfahrensrechts nimmt jedoch stetig zu³⁰. Im direkten Vollzugsbereich begegnen uns etwa im Wettbewerbsrecht und im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik zwei unterschiedlich ausgestaltete Verfahren.³¹ Das Kartellverfahren ist – jedenfalls einmal, soweit Missbrauchsaufsicht und Bussgeldverfahren in Rede stehen – ein strikt inquisitorisches Verwaltungsverfahren.³² Durch wesentliche Nachweis- und Mitwirkungspflichten der Beteiligten ist das Kartellfreistellungsverfahren gekennzeichnet.³³ Der antragstellende Konkurrent im Verfahren zur Feststellung eines Verstoßes gegen Art 81 EGV hat also hauptsächlich Informationsfunktion für die Kommission, im Freistellungsverfahren liegt letztendlich die Beweislast über das Vorliegen der Freistellungs Voraussetzungen bei den beantragenden Unternehmen selbst.³⁴ Anders als das Kartellverfahren sind Handelsschutzverfahren, also

30 *Hatje* (Fn. 29), 177 und mit Darstellung der entsprechenden Regelungen in Bezug auf die hier wesentliche Sachverhaltsermittlung 191 ff.

31 Ein direkter Vollzug ist etwa auch im Markenrecht vorgesehen. Die VO 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke (ABl Nr L 11 v 14.1.1994, 1; geändert durch VO 3288/94, ABl L 349 v 31.12.1994, 83) regelt dazu auch das Verfahren, wobei hier besonders auf die amtswegigen Ermittlungspflichten zu verweisen ist (Art 36 ff).

32 Siehe Art 85 EGV sowie die einschlägigen Sekundärrechtsakte wie insb die VO 17/62 des Rates (ABl P 13 v 21.2.1962, S 204), die umfangreiche Befugnisse der Kommission festlegt. Nach Art 10 ff VO 17/62 zählen dazu Auskunftsverlangen und Nachprüfungen durch Beamte der Kommission oder durch die Behörden der Mitgliedstaaten auf Ersuchen der Kommission. Art 14 räumt dazu insbesondere auch die Befugnis zum Betreten von Geschäftsräumen oder die Einsicht in Bücher und Geschäftsunterlagen ein. Bei Zuwiderhandlungen können von der Kommission Geldbußen und Zwangsgelder verhängt werden, die der unbeschränkten Nachprüfung durch den EuGH unterliegen. Für einen Überblick über das Kartellverfahrenrecht etwa *Brinker*, in: Schwarze (Fn. 29), Art 83 EGV Rz 17 ff; *Ritter*, in: Im-menga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht II, XIII. Abschnitt A, 1997, 1639, Rz 19 ff.

Siehe in diesem Zusammenhang auch den neuen VO-vorschlag zur Anwendung der Art 81 f. EG [Kom(2000) 582 endg], der noch weitergehendere Durchführungsbefugnisse für die Kommission vorsieht.

33 Siehe dazu die VO 3385/94 der Kommission über die Form, den Inhalt und die anderen Einzelheiten der Anträge und Anmeldungen nach der VO Nr 17 des Rates (ABl Nr L 377 v 31.12.1994, 28), die in ihrem Anhang ein Formblatt für sehr detaillierte Angaben der Antragsteller insb hinsichtlich der Einzelheiten der Vereinbarungen und marktbezogener Umstände enthält.

34 Vgl dazu EuGH verb Rs 56 u 58/64, *Consten und Grundig*, Slg 1966, 322 (395), wonach sich die Kommission nicht darauf beschränken darf, von den Unternehmen den Nachweis der Befreiungsvoraussetzungen zu verlangen, sondern nach den Grundsätzen einer guten Verwaltungsführung mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zur Aufklärung des rechtserheblichen Sachverhalts beitragen muss. Allerdings liegt die Beweislast letztendlich bei den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen selbst, *Grill*, in: Lenz, EG-Vertrag², 1999, Art 81 Rn 40. Dazu etwa EuGH, Rs 42/84 *Remia*, Slg 1985, 2454 Rn 47 f: »Aus den Akten und den Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ergibt sich, dass es den Klageparteien nicht gelungen ist darzutun, dass die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbots über einen Zeitraum von vier Jahren hinaus die Erzeugung oder die Verteilung der betreffenden Waren verbessern oder den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt fördern könnte. Außerdem haben sie keine Tatsachen vorgetragen, aus denen geschlossen werden könnte, dass die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbotes den betroffenen Unternehmen keine weiter gehenden Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, als es zur Verwirklichung der Zwecke der Unternehmensveräußerung erforderlich ist. Somit ist unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums der Kommission auf diesem Gebiet nicht nachgewiesen,

praktisch bedeutsam vor allem Antidumpingverfahren³⁵, in gewisser Hinsicht als kontradiktorische Verfahren ausgestaltet.³⁶ Der gemeinschaftliche Wirtschaftszweig, Exporteure bzw Importeure und Drittstaaten vertreten vor der Kommission ihre Interessen. Zwar hat auch hier die Kommission wie auch der Rat bei der Festsetzung etwa von Antidumpingzöllen das Gemeinschaftsinteresse zu wahren³⁷, das inquisitorische Moment ist in diesem Verfahren aber stark zurückgedrängt.³⁸

Für den Bereich des indirekten Vollzugs sind nach wie vor die allgemeinen Verfahrensgrundsätze als allgemeine Rechtsgrundsätze gemäß der Rechtsprechung des EuGH bestimmend. Diesen zufolge ist auch für das Gemeinschaftsrecht der Grundsatz gültig, dass die vollziehende Behörde die Verantwortung für die umfassende Ermittlung aller Umstände trifft, die für die Anwendung einer Rechtsnorm maßgebend sind³⁹. Dies bindet auch die mitgliedstaatlichen Behörden bei der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften⁴⁰. Auch im indirekten Vollzug lassen sich aber eine Reihe von Beispielen dafür fin-

dass die angefochtene Entscheidung auf einer unzutreffenden Begründung oder einer fehlerhaften Würdigung des Sachverhalts beruht.«

Rs 260/82 NSO Slg 1985, 3801 Rn 62: Insoweit genügt der Hinweis, dass die Kommission zu recht festgestellt hat, weder sei die Notwendigkeit des Bonus für die Aufrechterhaltung eines Netzes von Fachgeschäften nachgewiesen worden, noch sei dargetan worden, dass ohne eine die meisten Tabakwarenhersteller und -importeure bindenden Vereinbarung keine Boni in gleicher Höhe hätten gewährt werden können. Weitere Bsp bei *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht II, 1181 ff.

35 *Müller-Ibold*, in: Lenz (Hrsg), EG-Vertrag (Fn. 34), Art 133, Rz 10.

36 »teilweise prononciert kontradiktorisch« *Arnold* (Fn. 27), 14; näher etwa *Müller-Ibold* (Fn. 35), Art 133 Rz 14 ff, 25 ff; *Müller-Huschke* (Fn. 29), Art 133, Rz 146 ff.

Einschlägige Verfahrensvorschriften zu Handelsschutzverfahren finden sich etwa in VO 3286/94 des Rates zur Festlegung der Verfahren der Gemeinschafts im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Gemeinschaft nach internationalen Handelsregeln, insbesondere im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln, ABI Nr L 349 v 31.12.1994, S 71 geändert durch VO 356/95, ABI Nr L 41 vom 23.2.1995, S 3; VO 3285/94 des Rates über die gemeinsame Einfuhrregelung und zur Aufhebung der VO 518/94 (ABI L 349 v 31.12. S 53, mehrfach geändert); VO 384/96 des Rates über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern, ABI Nr L 56 vom 6.3.1996, S 1 (mehrfach geändert); VO 2026/97 des Rates über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern, ABI Nr L 288 vom 21.10.1997, S 1.

37 ZB ausdrücklich Art 9 Abs 1 und 4, 14 Abs 4, Art 21 VO 384/96 (Antidumping-VO); *Müller-Ibold* (Fn. 35), Art 133 Rz 23, 25 (wo zutreffend betont wird, dass damit freilich dem Idealbild eines kontradiktorischen Verfahrens nur unvollständig entsprochen werden kann); *Müller-Huschke* (Fn. 29), Art 133 Rz 180 f.

38 ZB Art 5 Abs 2 und 3 VO 384/96 Antidumping-VO, wonach ein Antrag auf Einleitung des Verfahrens genügend Beweise für das Vorliegen von Dumping und für eines Schädigung sowie deren ursächlichen Zusammenhang enthalten muss. Die dem Antragsteller obliegende Darlegungs- und Beweislast wird aber unter Zumutbarkeitsaspekten relativiert, *Müller-Huschke* (Fn. 29), Art 133 Rz 164 mwN. *Arnold* (Fn. 29), 7 (13) betont allerdings auch hier die Pflicht zur vollständigen Ermittlung, wobei behördliche Untersuchungen – soweit eben Unternehmen in Drittstaaten betroffen sind – auf völkerrechtliche Grenzen stossen.

39 Vgl zB EuGH, verb. Rsn 205-215/82, Milchkontor, Slg 1983, 2633 (2670); ausführlich *Schwarze*, Verwaltungsrecht II (Fn. 27), 1181 ff; *Hatje* (Fn. 29), 193 ff.

40 EuGH, Rs 3/71, Gebrüder Bagusat, Slg 1971, 577; *Hatje* (Fn. 29), 194.

den, dass die Informationsgenerierung durch – manchmal weitreichende⁴¹ – Mitwirkungspflichten der Verfahrensbeteiligten auf unterschiedliche Beteiligte im Verwaltungsverfahren verteilt ist. Dies ändert aber auch im Gemeinschaftsrechts nichts an der Letztverantwortung der Behörde dafür, dass der Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung gewährleistet, dass jener »Wirklichkeitsausschnitt« den das einschlägige gesetzliche Normprogramm für die in Rede stehende Fallkonstellation für maßgeblich festlegt, adäquat konstruiert ist. In diesem Sinn führt *Armin Hatje* auch für das gemeinschaftliche Verfahrensrecht aus, dass die »Untersuchungsmaxime ... weniger die Verteilung der tatsächlichen Ermittlungslasten regelt als vielmehr der Behörde die (Letzt-)Verantwortung für die Richtigkeit des Sachverhalts zuweist«⁴².

E. Zwischenresümee

Ich komme zu einem ersten Resümee: Der Untersuchungsgrundsatz ist die verfahrensrechtliche Umsetzung der Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Durchsetzung bestimmter öffentlicher Interessen. Auf diese beziehen sich die inquisitorischen Pflichten der ermittelnden Verwaltungsbehörde. Mitwirkungsrechte und -pflichten der Beteiligten sind keine Durchbrechungen des Untersuchungsgrundsatzes, die Verantwortung für den Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung bleibt bei der Verwaltungsbehörde. Durch die Normierung von Mitwirkungsrechten und -pflichten, Ermittlungs- und Beweislasten verteilt das Gesetz Zuständigkeiten zur Informationsgenerierung. Es eröffnet damit den Beteiligten Chancen und Risiken und stellt gleichzeitig eine entscheidende »Einfallspforte« für die Rezeption neuer Überlegungen zum Informationsmanagement dar.

Mitwirkungsrechte und -pflichten von Beteiligten müssen dahingehend eingeordnet werden, ob sie sich auf die im Verfahren kraft gesetzlicher Festlegung gegenständlichen öffentlichen Interessen oder, ob sie sich zumindest auch auf davon zu unterscheidende Individualinteressen (die wiederum das Gesetz über eine Parteistellung im oder zumindest eben eine sonstige Beteiligung am Verfahren als verfahrensrelevant festlegt) beziehen. Je nachdem sind auch verfahrensrechtliche Institute wie Anhörungsrechte, mündliche Verhandlungen

41 Für Beispiele aus dem Zollverfahrens- oder Agrarrecht siehe *Hatje* (Fn. 29), 199 ff.

42 *Hatje* (Fn. 29), 201; dort auch für Beispiele »nachvollziehender Amtsermittlung« (*J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991) im Bereich des Gemeinschaftsrechts; siehe zu dieser nachvollziehenden Amtsermittlung noch unten Punkt G bei Fn. 53.

gen oder öffentliche Anhörungen unterschiedlich, unter Umständen multifunktional einzuordnen.

Ein allen Rechtsordnungen gemeinsamer und insoweit wohl gemeineuropäischer Grundsatz dürfte sein, dass Verwaltungsverfahren, die (auch) auf die Durchsetzung öffentlicher Interessen gerichtet sind, inquisitorisch ausgestaltet sind, also der Verwaltungsbehörde die Verantwortung für die »Tatsachenermittlung«, oder besser für einen sachgemäßen Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung zuweisen. Das bedeutet nicht, dass die Behörde alle Informationen selbst erarbeiten muss, verfahrensrechtliche Institute wie Anhörungsrechte Beteiligter, mündliche Verhandlungen, Alternativvergleiche oder Konsultations- bzw Auflagenverfahren sind Instrumente, die das Gesetz zur Informationsgewinnung einsetzen kann.

Unterschiedlich gewichten die einzelnen mitgliedstaatlichen Verfahren, ob und inwieweit bereits im Verwaltungsverfahren subjektiven Interessen Einzelner, die dann notwendig am Verfahren beteiligt werden müssen, eine eigenständige Bedeutung zukommt, oder ob diese Individualinteressen zunächst »nur« von der Behörde als Allgemeininteressen wahrzunehmen sind. Wo auch Individualinteressen institutionalisiert, also mit entsprechenden rechtlich ausgestalteten Verfahrenspositionen eingebracht werden, verlässt sich das Verwaltungsverfahren typischerweise bezüglich der Informationsgewinnung darauf, dass die Betroffenen ihre Eigeninteressen auch entsprechend wahrnehmen. Der Untersuchungsgrundsatz stellt hier »nur« sicher, dass auch derartige Ermittlungsergebnisse im Hinblick auf die von der Behörde wahrzunehmenden öffentlichen Interessen entsprechend vollständig sind. Die Behörde wird hier bei der Informationsgenerierung für die Parteien im Sinne ihrer Prozessverantwortung vor allem dann tätig, wenn – Beispiel Asylverfahren – anzunehmen ist, dass der Einzelne nicht in der Lage ist, die für die Wahrung seiner Eigeninteressen relevanten Tatsachen beizubringen.

F. Die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes in komplexen Verfahren

Die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes steigt nun in komplexeren Verfahren insoweit, als diese Verfahren typischerweise vielschichtigere öffentliche Interessen berücksichtigen und ausgleichen sollen, als dies für Verfahren im Bereich der klassischen Gefahrenabwehr kennzeichnend ist, wo »einfache« öffentliche Interessen wie Sicherheit oder Ordnung auf individuelle zumeist Erwerbs- oder Eigentumsinteressen treffen. Planungs-, Prognose- oder mit spezieller Steuerungsabsicht verbundene Marktregulierungsverfahren sind Beispiele, wo zum einen die Informationsgewinnung auf eine Reihe

von – in einem weiten, nicht auf den engen Parteibegriff abstellenden Sinn – Beteiligten verteilt wird, wo auf der anderen Seite aber in diesem Informationsgewinnungsprozess der Aspekt individueller Rechtsdurchsetzung eher in den Hintergrund tritt.

Die Möglichkeit der Beteiligung an der Informationsgewinnung eröffnet freilich eine nicht gering zu schätzende Chance auf Interessenwahrnehmung. Insoweit erhöht sich auch die Verantwortung der Behörde dafür, die Ausgewogenheit und Vollständigkeit des Prozesses im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Interessen zu gewährleisten. Denn wenn durch die Einbeziehung einer Reihe von Beteiligten in den Prozess der Informationsgewinnung, deren individuelle Eigeninteressen aber gerade nicht durch Einräumung einer Parteistellung als verfahrensgegenständlich anerkannt sind, Beteiligung am Informationsgewinnungsprozess des Ermittlungsverfahrens und individuelle Rechtsverfolgung im Verwaltungsverfahren nicht übereinstimmen, muss die Behörde darauf achten, dass Beteiligte das gesetzlich festgelegte »Verfahrensprogramm« und die gesetzlich festgelegten »Verfahrensziele« nicht unterlaufen. Sie kann sich insoweit auf den »Diskurs« nur mehr bedingt verlassen, als eine Bewertung der Relevanz von Informationen für den Verfahrensgegenstand am Maßstab der zum gesetzlich festgelegten »Verfahrensprogramm« zählenden Interessen notwendig ist.

Für im vorgenannten Sinn komplexe Verwaltungsverfahren anerkennt etwa auch das englische Recht den notwendig inquisitorischen Charakter solcher Verfahren und nimmt daher auch die Grundsätze der »natural justice« zurück.⁴³ Das französische Verwaltungsverfahren kennt eine »declaration d'utilité publique«⁴⁴, mit der bestimmte Großvorhaben vor allem im Infrastrukturbereich⁴⁵ in Form einer Art von »Allgemeinverfügung« genehmigt werden, ohne dass es individueller Begründung oder individueller Anhörungen bedürfte.⁴⁶ Gleichwohl gibt es gerade hier wiederum ein breites öffentliches

43 Riedel (Fn. 10), 53 und – für den Fall der Inquiry – 60.

44 Diese über die öffentliche Nützlichkeit von Großprojekten absprechenden Verwaltungsentscheidungen sind sog »actes intermediaires«, das sind solche Akte, die zwischen individuell-konkreten und generell-abstrakten Verwaltungsmaßnahmen liegen. Sie beziehen sich zwar auf einen konkreten Sachverhalt, deren Adressatenkreis ist aber unbestimmt. Nach der Rechtsprechung und einem Runderlass des Premierministers vom 28. September 1987 (der die Rechtsprechung umsetzt) sind weder die Regeln über die Begründungspflicht (Gesetz vom 11. Juli 1979 über die Begründungspflicht von Verwaltungsakten) noch über die Anhörungspflicht (Dekrets vom 28. November 1983 betreffend die Beziehung der Verwaltung und der Benutzer) auf die »actes intermediaires« anzuwenden, da diese ausschließlich für individuell-konkrete Verwaltungsakte gelten; vgl Eisenberg (Fn. 10), 141 ff; Riedel (Fn. 10), 71 f.

45 Gemeint sind hier Infrastrukturprojekte wie Fernstrassen, Flughäfen, Abfallentsorgungsmaßnahmen; Eisenberg (Fn. 10), 145; siehe dazu auch Riedel (Fn. 10), 71.

46 Siehe Braibant/Stirn (Fn. 10), 443; vgl auch Chapus (Fn. 10), 1061; Eisenberg (Fn. 10), 140 und 143: spezielle Gesetze sehen sowohl die Begründungspflicht als auch eine öffentliche Anhörung (»enquête publique«) vor. Während mit der Anhörungspflicht einerseits das Ziel der Informationsgewinnung für die Entscheidung, andererseits das der Information der

Anhörungsverfahren⁴⁷ in Form der »enquête publique«.⁴⁸ Diese enquête publique⁴⁹ dient der Informationsgewinnung⁵⁰ für die Verwaltungsbehörde bzw. erfüllt sie über die Information der Öffentlichkeit Legitimationsfunktion.⁵¹ Diese enquête endet mit einem Bericht, der begründete Schlussfolgerungen aufweisen muss, die auch veröffentlicht werden.⁵²

G. Grundstruktur des Untersuchungsgrundsatzes und aktuelle Probleme

Die vorstehenden Überlegungen führen zu folgender Hypothese: Die Anwendungsvoraussetzungen des Untersuchungsgrundsatzes sind davon unabhängig, ob es sich um bilaterale oder multipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse handelt. Die Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes in bestimmten bilateralen Verwaltungsrechtsverhältnissen, insbesondere in Verfahren mit Sanktionscharakter wie Verwaltungsstrafverfahren oder Bußgeldverfahren, ergibt sich vor allem aus den insbesondere grundrechtlichen Grenzen, die Mitwirkungspflichten der Beteiligten in derartigen Verfahren gezogen sind. Die

Öffentlichkeit verfolgt wird, soll die Begründungspflicht im Fall der »actes intermédiaires« weder die bei der Erlassung von individuell-konkreten Verwaltungsakten notwendige Auseinandersetzung des Entscheidungsträgers mit den Argumenten, die zur Entscheidung geführt haben, sichtbar machen, noch die Nachvollziehbarkeit der für die Entscheidung maßgebenden Gründe fördern. Vielmehr sollen ähnlich wie bei der Erlassung von formellen Gesetzen die Gründe für den konkreten »acte intermédiaire« festgeschrieben werden; sie dienen dann als Ordnungsprinzip und Auslegungshilfe: *Eisenberg* (Fn. 10), 140 ff; *Riedel* (Fn. 10), 71 f.

- 47 Siehe *Riedel* (Fn. 10), 71; *Braibant/Stirn* (Fn. 10), 443: Die ersten öffentlichen Anhörungsverfahren dieser Art gehen auf die »loi impériales« aus 1810 zurück und hängen mit dem Schutz des Eigentums und der Umwelt zusammen.
- 48 Zahlreiche Spezialgesetze (Verordnungen) insb. im Bereich der Enteignungs-, Planfeststellungsverfahren und des Umweltschutzrechts sehen im Zusammenhang mit einer »déclaration d'utilité publique« die Durchführung einer »enquête publique« vor; *Eisenberg* (Fn. 10), 143 und 145; *Braibant/Stirn* (Fn. 10), 443; *Riedel* (Fn. 10), 71: Es gibt »über 140 Gesetze und Verordnungen, die eine »enquête publique« nach 30 verschiedenen Formen vorschreiben«; *Chapus* (Fn. 10), 1061; *Braibant/Stirn* (Fn. 10), 443; siehe insb. auch das Gesetz vom 10. Juli 1976, »loi relative à la protection de la nature« und das Gesetz vom 12. Juli 1983, »loi relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement«.
- 49 Vgl. *Riedel* (Fn. 10), 71: Die »enquête publique« wird von den Grundsätzen der effectivité, sincérité, régularité und impartialité beherrscht.
- 50 Vgl. *Riedel* (Fn. 10), 71 f.: Die Untersuchung leitet ein vom Präsidenten des Verwaltungsgerichts ernannter Untersuchungskommissar (»commissaire enquêteur«) dem verschiedene Mittel wie Einsichtsrechte in Unterlagen, der Lokalaugenschein sowie die Vorladung von Personen zur Informationsgewinnung zur Verfügung stehen.
- 51 *Braibant/Stirn* (Fn. 10), 443: Die »enquête publique« dient der Transparenz staatlicher Maßnahmen.
- 52 *Riedel* (Fn. 10), 72: Die zur Entscheidung berufene Behörde ist allerdings nicht an den Bericht und die Schlussfolgerungen des »commissaire enquêteur« gebunden.

eigentliche Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes liegt aber in der verfahrensrechtlichen Bewältigung jener Verwaltungsrechtskonstellationen, die sich nicht oder jedenfalls nicht vollständig als fairer Ausgleich von Individualinteressen darstellen lassen.

Kern des Untersuchungsgrundsatzes ist es, für den im Rahmen von Verwaltungsverfahren im hier zugrundegelegten Sinn ablaufenden Verfahren zur Informationsgewinnung und -verarbeitung die Prozessverantwortung (»process ownership«) der Verwaltungsbehörde zuzuweisen. Der Untersuchungsgrundsatz darf nicht »materiell« als Grundregel für die Erbringung von Informationen missverstanden, sondern muss als »formeller« Verfahrensgrundsatz zur Festlegung der Verfahrenshoheit aufgefasst werden. In diesem Sinn erweist sich der Untersuchungsgrundsatz als »entwicklungsoffenes«, insofern »lernfähiges« verfahrensrechtliches Institut, das neue Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem für die Konstruktion der verfahrensgegenständlichen Wirklichkeit erforderlichen Informationsmanagement in das Ermittlungsverfahren rezipieren und insoweit neue Instrumente beim Informationsmanagement durch eine entsprechende Ausgestaltung des Informationsgewinnungs- und -verarbeitungsprozesses in das Verfahren integrieren kann.

Die Hypothese geht somit dahin, dass neuere Formen und Instrumente des Informationsmanagements in das hoheitliche Verwaltungsverfahren über den Untersuchungsgrundsatz integriert werden können, ohne dass es einer gesetzlichen Änderung dieses Grundprinzips des Verwaltungsverfahrens bedarf. Der Untersuchungsgrundsatz ist als »formeller« Verfahrensgrundsatz nicht auf eine bestimmte Form des Informationsmanagements im Verwaltungsverfahren fixiert. Es handelt sich vielmehr um einen entwicklungsoffenen Grundsatz, der das Verwaltungsverfahren anpassungsfähig an sich verändernde Bedingungen im Ermittlungsverfahren macht.

Der Untersuchungsgrundsatz legt allerdings unveränderlich die Prozessverantwortung der Verwaltungsbehörde und damit des Staates fest. Beteiligung am Informationsmanagement befreit die Verwaltungsbehörde und dahinter stehend den Staat nicht von der Verantwortung für das Ergebnis des Verfahrens, weil es in den vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verwaltungsverfahren eben in letzter Konsequenz um staatliche Rechtssetzung geht. Diese rechtsstaatliche und demokratische Funktion des Untersuchungsgrundsatzes behält auch gegenüber kooperativen Formen der Informationsgewinnung und -verarbeitung ihre Bedeutung. Die Einbeziehung in das Ermittlungsverfahren, also die Teilnahme am Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung ist aus den genannten Gründen nicht mit einer »privaten Beteiligung« im Sinne einer teilweisen »Privatisierung« der das Verwaltungsverfahren abschließenden staatlichen Rechtssetzung, auf die die Finalität des Verwaltungsverfahrens ausgerichtet ist, gleichzusetzen. Sie zieht eine solche auch nicht notwendig nach sich.

Der Untersuchungsgrundsatz darf also nicht mit »Amtsermittlung« in dem Sinn gleichgesetzt werden, dass die Behörde zwingend sämtliche Informationen selbst generiert. Die Informationsbeschaffung durch die Behörde ist nur ein mögliches Instrument im Rahmen des Ermittlungsverfahrens. Die »nachvollziehende Amtsermittlung«⁵³ ist dann ein Instrument, wie die Verwaltungsbehörde ihre Prozessverantwortung wahrnehmen kann, wenn die Informationsgenerierung in einem ersten Schritt wesentlich anderen Beteiligten am Verwaltungsverfahren übertragen ist. Insbesondere dort, wo auf Grund der bestehenden Interessenlagen nicht mit hinreichender Plausibilität davon ausgegangen werden kann, dass durch die Beteiligung aller einschlägig Betroffenen die Einbringung sämtlicher verfahrensrelevanter Informationen in die Sachverhaltskonstruktion des Ermittlungsverfahrens gewährleistet ist, kann die nachvollziehende Amtsermittlung ein adäquates Instrument darstellen, die angesprochene Prozessverantwortung wahrzunehmen.

Wenn also das Gesetz Beteiligten Mitwirkungsmöglichkeiten an der Informationsgenerierung im Ermittlungsverfahren einräumt, dann bedeutet das nicht, dass das Gesetz diesen beteiligten Privaten auch Prozessverantwortung auferlegt. Der Untersuchungsgrundsatz soll ja – das ist sehr oft auch seine »drittschützende« Wirkung – garantieren, dass das Ermittlungsverfahren im Hinblick auf die vom gesetzlich festgelegten Verfahrensprogramm erfassten Interessen vollständig geführt wird. Auch wenn sich möglicher Weise Parallelitäten in den Interessen ergeben: Der an einem Verwaltungsverfahren beteiligte Private ist weder Anwalt noch Hüter öffentlicher Interessen, sondern bleibt auf Grund seiner privatautonomen Stellung Verfolger seiner eigennützigen Interessen⁵⁴. Unter diesem Gesichtspunkt umfassender Prozessverantwortung der Verwaltungsbehörde können Mitwirkungspflichten die »Amtsermittlungspflicht« im engeren Sinn⁵⁵ nur dort vollständig ersetzen, wo ausschließlich Individualinteressen des Mitwirkungsverpflichteten am Spiel stehen, oder wo durch andere verfahrensrechtliche Vorkehrungen gewährleistet ist, dass die Informationsgenerierung durch die Beteiligten die für das Verfahrensprogramm maßgebliche »Wirklichkeit« adäquat rekonstruiert⁵⁶.

Das eigentliche Konzept des Untersuchungsgrundsatzes lag im Übrigen auch historisch in der Vorstellung von der Behörde als »Herr des Verfahrens« und nur in einem (freilich immer wieder transportierten) verkürzten Bild darin,

53 J.P. Schneider (Fn. 42).

54 Dass etwa das europäische Gemeinschaftsrecht manchmal diese individuellen Eigeninteressen und damit den Privaten »instrumentalisiert«, indem es auf diese Anreize zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts vertraut, ist eine andere Frage.

55 Verstanden hier als Verpflichtung der Verwaltungsbehörde, selbst Informationen zu generieren.

56 Etwa weil davon ausgegangen werden kann, dass alle maßgeblichen Interessen durch Beteiligte »vertreten« sind und damit in das Verfahren eingebracht werden können (»Diskurs-Modell«).

dass die Verwaltungsbehörde den Sachverhalt vollständig selbst ermittelt⁵⁷. Wenn wir heute wissen, dass der »Sachverhalt« nichts ist, was es unabhängig vom Verfahren »zu finden« gilt, sondern der Sachverhalt ein wesentliches Produkt des verfahrensförmig strukturierten Prozesses der Informationsgewinnung und -verarbeitung ist, dann ist der Untersuchungsgrundsatz die Umschreibung der Tatsache, dass der Behörde die Prozessherrschaft zukommt. Sie bestimmt – gesetzlich determiniert – den Gang des Prozesses, insbesondere, wer im Verfahren wann auf Grund welcher Informationsbasis bestimmte Verfahrensschritte setzen kann.

Charakteristisch für inquisitorische Verfahren ist es dabei allerdings, dass die Behörde nicht nur ein Interesse am Verfahren (Offizialmaxime), sondern ein Interesse auch an einem bestimmten inhaltlichen Ergebnis des Verfahrens hat – das dürfte der Kern des so genannten »Grundsatzes der materiellen Wahrheit« sein. Aufgabe der Behörde ist es, bestimmte öffentliche Interessen zu optimieren.

Dieses inhaltliche Interesse kann die Behörde aber auf unterschiedliche Art und Weise einbringen. Sie kann sich – typisches bilaterales Verfahrensmodell – darauf beschränken, mehr oder weniger die etwa von einem Berufszulassungswerber eingebrachten Informationen zu bewerten. Sie kann die Wissensgenerierung auf externe Sachverständige auslagern und somit eine gewisse »künstliche« Trennung zwischen Informationserzeugung und Informationsbewertung herbeiführen. Sie kann die Informationsermittlung auch über diskursive Prozesse (Verhandlung, Hearing etc) durchführen und auch insoweit wieder zwischen Informationsgewinnung durch Beteiligte und Informationsbewertung durch die Behörde selbst trennen. In all diesen Fällen bedeutet Untersuchungsgrundsatz nicht, dass die Behörde Wissen selbst produziert, sondern, dass sie von anderen im Verfahren generiertes Wissen im Hinblick auf die zu verfolgenden öffentlichen Interessen bewertet.

Am Untersuchungsgrundsatz selbst ändert sich in diesen Konstellationen also nichts; nur die Instrumente, mit denen die Behörde ihrem »Untersuchungsauftrag« nachkommt, sind andere.

In manchen Fällen versucht das Verfahrensrecht auch, diese beiden Prozesse, den der Informationsgewinnung und den der Informationsbewertung, zu trennen, um dem Problem der institutionellen Befangenheit zumindest ein Stück weit auszuweichen. So wird bei der schon erwähnten »enquête publique« im französischen Verwaltungsverfahren ein »commissaire-enqueteur«⁵⁸ bestellt,

57 So unterscheidet etwa *Josef Ulbrich* schon 1904 zwischen einseitigen Parteiverfahren und kontradiktorischen Parteiverfahren (*Ulbrich* [Fn. 4], 290 f) und knüpft in der Folge an die je unterschiedliche Ausprägung des Verwaltungsverfahrens auch Konsequenzen für »die prozessleitenden Funktionen des mit der Durchführung des Verfahrens beauftragten Beamten« (aaO, 292).

58 Siehe *Riedel* (Fn. 10), 72; *Braibant/Stirn* (Fn. 10), 443.

dem im Rahmen der enquete behördliche Inquisitionsbefugnisse zukommen, an dessen Schlussbericht die Behörde aber nicht gebunden ist⁵⁹. Im englischen Verfahrensrecht gibt es die Möglichkeit, dass die Behörde eine »inquiry« anordnet.⁶⁰ Derartige inquiries sind in zahlreichen speziellen Verfahrensordnungen vorgesehen. Insbesondere bei Großprojekten leitet dieses vertiefte Prüfungsverfahren, das zumeist mit einem hearing verbunden ist, ein Inspektor, der am Ende einen inquiry-Bericht erstellt.⁶¹ Die eigentliche behördliche Entscheidung liegt dann typischerweise beim zuständigen Minister.⁶²

Ein grundsätzliches Problem stellt sich dann, wenn die Behörde die gewonnenen Informationen inhaltlich nicht mehr selbst adäquat verarbeiten kann. Eine Konstellation, die in hochspezialisierten Bereichen, wo in der Beziehung zwischen Behörde und Betroffenen, zumeist Unternehmen, auch noch das bekannte »capturing«-Problem auftaucht, leicht gegeben sein kann. Hier muss sich die Behörde letztlich darauf verlassen, dass die von ihr eingesetzten Verfahrensmechanismen funktioniert haben.

Die Alternative besteht darin, dass die Behörde sich eben nicht darauf verlässt, sondern dazu übergeht, selbst das nötige Wissen zu produzieren. Diese Konstellation können wir heute wieder verstärkt bei fachspezifischen Regulierungsbehörden beobachten, die zumeist gerade zum Zweck der Organisation des einschlägigen Sachverständs in der Behörde selbst eingerichtet worden sind.

Gerade in diesen Konstellationen bekommt das Problem der institutionellen Befangenheit⁶³ dann wieder eine besondere Bedeutung. Es ist wahrscheinlich

59 Vgl. *Riedel* (Fn. 10), 72; weicht sie freilich von den Schlussfolgerungen ab, unterliegt ihre Entscheidung einer vereinfachten Aussetzung durch das Verwaltungsgericht.

60 Vgl. dazu allgemein *Riedel* (Fn. 10), 59 ff und *Craig* (Fn. 22), 268 ff.

61 Das gilt beispielsweise bei der Erstellung von »local plans« (Bauleitplänen) und bei bestimmten Baugenehmigungen im Berufungsverfahren. Vgl. *Riedel* (Fn. 10), 62 f. Für das Bauverfahren siehe [1990 c.8] Town and Country Planning Act, s 101.

62 Der Inspektor erstellt bloß einen Abschlußbericht mit Entscheidungsvorschlag: *Riedel* (Fn. 10), 62.

63 »Institutionelle« Befangenheit meint hier den Umstand, dass im inquisitorischen Verwaltungsverfahren der Verwaltungsbehörde die Wahrung bestimmter öffentlicher Interessen gesetzlich aufgegeben ist, die nicht zwingend auch von sonstigen Beteiligten am Verfahren verfolgt werden müssen (zB Umweltschutzinteressen in Anlagengenehmigungsverfahren oder Konsumentenschutzinteressen in Marktregulierungsverfahren, die von Parteien oder nur Beteiligten auch mitverfolgt werden können, aber nicht zwingend müssen). In diesem Sinne ist eben die Verwaltungsbehörde – anders als der Richter im streitigen Zivilprozess – nicht vollständig »unparteilich«, als sie selbst gesetzlich vorgegeben bestimmte Interessen im Verfahren zu verfolgen hat.

Das darf nicht mit dem »normalen« Fall objektiv-individueller Befangenheit verwechselt werden, in dem die Behörde als Organ zB einer Gebietskörperschaft in einem Verwaltungsverfahren tätig wird, in dem auch privatwirtschaftliche Interessen dieser Gebietskörperschaft am Spiel stehen (wenn also zB der Staat den Telekommunikationsmarkt reguliert und gleichzeitig als Eigentümer eines Telekommunikationsunternehmens Interessen im Markt hat). Diesen Problemlagen trägt etwa das einschlägige Gemeinschaftsrecht mit dem Grundsatz der »strukturellen Unabhängigkeit« von Regulierungsbehörden Rechnung.

leichter, die Bankaufsichtsbehörde davon zu überzeugen, dass der von ihr eingesetzte Bilanzprüfer Ansätze falsch bewertet hat, als die Telekom-Regulierungsbehörde davon, dass sie selbst bei der Berechnung der Zusammenschaltungsentgelte unvollständige Kostenansätze zugrundegelegt hat.

Die Frage, ob man »institutionelle Befangenheit« in Verwaltungsverfahren als unschädlich akzeptiert, weil es ohnehin gerichtlichen Rechtsschutz gibt, oder ob man Rollentrennungen – Wahrer öffentlicher Interessen hier, Entscheidung dort – in das System einbaut, ist weniger aus rechtsstaatlicher (hier gibt es ohnehin die Gerichte) denn aus der Sicht möglichst effizienter Durchsetzung öffentlicher Interessen zu beantworten. Das Verfahrensrecht kann allerdings wiederum versuchen, das Problem der institutionellen Befangenheit ein Stück weit zu entschärfen. Eine Möglichkeit dazu könnte darin liegen, Vorkehrungen zu institutionalisieren, damit Fehleinschätzungen der Behörde möglichst frühzeitig und ohne »Gesichtsverlust« für die Behörde korrigiert werden können. Konsultationsverfahren über die etwa bei den angesprochenen Zusammenschaltungsentgelten zugrundezulegende Kostenrechnungsmethode unabhängig von einem konkreten Anlassfall sind ein Beispiel dafür.

Reaktionen des Verwaltungsverfahrensrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung

Gabriele Britz

Inhaltsübersicht

Einleitung	215
A. Einsatz von IuK-Technik bei der Interaktion zwischen Verwaltung und Bürger	219
I. Leitbild	219
II. Hindernisse für elektronische Interaktion durch geltendes Verfahrensrecht	220
1. Papierschriftform- und Mündlichkeitserfordernisse	221
a) Erfordernis der Funktionsäquivalenz elektronischer Form	221
b) Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für elektronische Form	222
2. Verbleibende Hindernisse durch Papierschriftform- und Mündlichkeitserfordernisse nach VwVfGE	223
a) Hohe Sicherheitsanforderungen des § 3a II VwVfGE	223
b) Fortbestehende Papierschriftform- und Mündlichkeits- erfordernisse (insbes. im förmlichen Verfahren)	224
III. Förderung elektronischer Interaktion durch Verfahrensrecht	225
1. »Elektronische Mitwirkungspflichten«	225
2. Parallele elektronische Verfahrensdurchführung	226
3. Elektronische Weiterleitung elektronischer Eingänge	226
4. Gebührengestaltung	227
5. Reihenfolge der Antragsbearbeitung	227
IV. Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion	228
1. Beratungs- und Auskunftspflicht	228
2. Akteneinsicht	228
3. Neutralitätspflicht	230
4. Bestimmungen zum automatisierten Verwaltungsakt	230
5. Zugangsgleichheit	231
6. Kommunikationsfähigkeit auf Behördenseite	234
V. Ergebnis	235
B. IuK-Technik-gestützte Organisation der Außenbeziehung als One-Stop-Government	236
I. Leitbild	236
II. Hindernisse durch geltendes Verfahrensrecht	237
1. Zuständigkeitsregelungen	237
2. Wahlmöglichkeit zwischen Front und Back Office	239

3. Bekanntgabe	240
4. Betreuung	240
5. Anhörung	241
6. Datenschutzrecht	242
III. Ergebnis	242
C. IuK-Technik-gestützte Neuordnung der verwaltungsinternen Arbeitsweise	243
I. Leitbild	243
II. Hindernisse durch geltendes Verfahrensrecht	247
1. Zuständigkeitsregelungen	248
2. Papierschriftliche Aktenführung	249
III. Förderung durch Verfahrensrecht	251
IV. Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion	252
1. Preisgabe der besonderen Leistungen »segmentierter Verwaltung«	252
2. Legitimationsverlust durch vernetzte Entscheidungsverfahren	253
a) Enthierarchisierung	254
b) Verschleierung von Verantwortung	256
3. Verlust der Funktionen der Papierakte	257
a) Konkretisierung der Anforderungen an elektronische Aktenführung	257
(1) Vollständigkeit	257
(2) Verständlichkeit	259
(3) Beständigkeit	260
b) Kodifikationsbedürftigkeit	262
4. Substitution gesetzlicher durch softwaregeleitete Verfahrenssteuerung	264
a) Substitution des behördlichen Verfahrensermessens	264
b) Verlust gesetzlicher Steuerungswirkung/Gefahr programmierter Verfahrensfehler	266
c) Notwendigkeit der Programmdokumentation	268
V. Ergebnis	268
D. IuK-Technik-gestützte Neuordnung der Verfügbarkeit verwaltungsinternen Wissens	269
I. Leitbild	269
II. Bedeutung des Verwaltungsverfahrenrechts	271
III. Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion	272
1. Wissensasymmetrie zwischen Verwaltung und Bürger	272
2. Amtshilfe	273
IV. Ergebnis	275
Schluss	275

Einleitung

Der Einsatz von IuK-Technik verändert die Arbeitsweise der Verwaltung und damit auch die konkrete Gestalt von Verwaltungsverfahren.¹ Dies bleibt nicht ohne Wirkung für das Verwaltungsverfahrenrecht; das Verwaltungsverfahrenrecht muss auf die Veränderung seines Regelungsgegenstands reagieren. Vereinzelt hat der Gesetzgeber bereits Anpassungen von Verfahrensrecht vorgenommen. Zu nennen² sind hier Neuregelungen im Vergaberecht zur Ermöglichung der »elektronischen Vergabe«³, die Einführung eines maschinell geführten Grundbuchs in § 126 GBO; das bremische Gesetz zur Erprobung der digitalen Signatur in der Verwaltung⁴ und das baden-württembergische Gesetz zur Erprobung elektronischer Bürgerdienste unter Verwendung der digitalen Signatur⁵.

Allgemeine verfahrensrechtliche Bedeutung käme der Realisierung des Entwurfs eines Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften und hier insbesondere dessen Abschnitt I, Art. 1 (Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes, im folgenden: VwVfGE)⁶ zu. Der verfahrensrechtliche Reformbedarf infolge informationstechnischer Vernetzungen der Verwaltung wird sich jedoch kaum in den durch den VwVfGE getroffenen Regelungen erschöpfen. Der Gesetzentwurf befasst sich vorwiegend mit der Ermöglichung rechtsverbindlicher elektronischer Kommunikation zwischen Verwaltung und Bürger⁷. Wenig Beachtung finden damit die infor-

- 1 Dazu z.B. Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, 41; ders., *Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert (Hg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 219, 262f.; Schmidt-Abmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, 236; Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 9, 23, 31; Lenk, *Außerrechtliche Grundlagen für das Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft: Zur Bedeutung von Information und Kommunikation in der Verwaltung*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 59, 60; Voßkuhle, *Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft*, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, 349, 357; Groß, *Öffentliche Verwaltung im Internet*, DÖV 2001, 159.
- 2 S. auch § 146 V, 147 VI AO (i.d.F. des Gesetzes vom 23.10.2000, BGBl. I, 1433); s. auch als Beispiele für untergesetzliche Regelungen zur elektronischen Vorgangsbearbeitung §§ 5, 12, 13 Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (im folgenden: GGO), sowie §§ 4 III, 6 III, IV, 7 II, 8 III, 13 II, 17 III, 18, 21 der Registraturrichtlinie für das Bearbeiten und Verwalten von Schriftgut in Bundesministerien der Bundesregierung, Beschluss des Bundeskabinetts vom 11. Juli 2001 (im folgenden: RegRL), beide Texte sind im Internet unter <http://www.staat-modern.de/infos/index.pp3?content=publik.htm> zu finden.
- 3 Dazu Mosbacher, *Elektronische Vergabe: Neue Möglichkeiten im öffentlichen Beschaffungswesen*, DÖV 2001, 573ff.
- 4 Gesetz v. 1.6.1999, GBl. v. 14. Juni 1999, 138.
- 5 E-Bürgerdienste-Gesetz vom 25.7.2000, GBl. v. 31.7.2000.
- 6 BT-Drs. 14/9000, 6 ff. Dieses Vorhaben ist zwischenzeitlich als Gesetz verabschiedet (21. August 2002) und verkündet worden (BGBl. I, S. 3322).
- 7 »Bürger« steht hier allgemein für Adressaten von Verwaltungstätigkeit, insbesondere also auch für Wirtschaftsunternehmen.

malen Außenbeziehungen der Verwaltung wie auch intra- oder interbehördliche verwaltungsinterne Vorgänge. Auch Literatur und Pilotprojekte⁸ richten ihr Hauptaugenmerk auf die Elektronisierung der – allerdings auch informellen⁹ – »Interaktionsbeziehungen«¹⁰ zwischen Individuen und Staat. Erfasst ist damit lediglich die »Spitze des Eisbergs«¹¹ elektronischer Verwaltung. Die Konzentration auf (rechtsverbindliche) Außenbeziehungen dürfte verschiedene Gründe haben: Zum einen bestehen für die Verwaltungen selbst Anreiz und politischer Druck zugleich, ihre Interaktionsbeziehungen zu den Bürgern zu elektronisieren. Die technische Modernisierung der Kommunikation zwischen Verwaltung und Bürger ist politisch wirksam.¹² Sie ist sichtbar, gestattet – jedenfalls in den Bereichen von Information und schlichter Kommunikation, weniger bei den infrastruktureaufwendigen rechtsverbindlichen Transaktionen – das Vorzeigen rascher Erfolge und wird von den Bürgern geradezu eingefordert¹³. Zum anderen sind Fragen der Interaktion im Außenverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung nicht zuletzt wegen des auf die nach außen wirkende Behördentätigkeit begrenzten Verfahrensbegriffs¹⁴ des § 9 VwVfG traditionell Schwerpunkt verwaltungsverfahrenrechtlicher Betrachtungen. Auch im Verwaltungsinnenbereich verfügt informationstechnische Vernetzung jedoch über Änderungspotenzial, das verfahrensrechtliche Reaktionen hervorrufen könnte. Die Betrachtung des verfahrensrechtlichen Reak-

8 Gemeint sind die Pilotprojekte im Rahmen des Städtewettbewerbs Media@Komm; Dokumentation auf CD-ROM zu Kubicek/Bracyk/Klump/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999; s. auch unter <http://www.mediakomm.net/index.phtml>.

9 Zu den viel behandelten informellen Interaktionsbeziehungen gehören alle Formen behördlicher, insbesondere kommunaler Internet-Informationssysteme.

10 Interaktionsbeziehung wird hier als Oberbegriff für die drei Interaktionsformen Information, Kommunikation und Transaktion verstanden, so auch Eifert, Electronic Government als gesamtstaatliche Organisationsaufgabe, ZG 2001, 115, 117; Holznapel/Krahn/Werthmann, Electronic Government auf kommunaler Ebene – Die Zulässigkeit von Transaktionen im Internet, DVBl. 1999, 1477, 1478.

Der Gesetzentwurf spricht abweichend davon in der Überschrift zu § 3a von Elektronischer »Kommunikation« und meint damit sicherlich auch Transaktion; wohl nicht Information, s. zu dieser Frage noch unten IV.5.

11 Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 86.

12 Dazu Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 86.

13 Vgl. Hagen, Die Auswahl online-geeigneter Dienstleistungen, in Reiner mann (Hg.), Regieren und Verwalten im Informationszeitalter, 2000, 414. Dass hier auch einer vermuteten Erwartungshaltung der Bürger nachgegeben wird, deutet eine Passage der Gesetzentwurfsbegründung an, für den Bürger übliche Standards der Informations- und Kommunikationstechnik seien auch durch die Verwaltung bereitzustellen, BT-Drs. 14/9000, 26.

14 S. den sehr viel weiteren Verfahrensbegriff in § 2 Nr.3 des Entwurfs für ein Informationsfreiheitsgesetz (IFG-E) (http://www.bmi.bund.de/frame/dokumente/Artikel/ix_28349.htm): »Verwaltungsverfahren ist jedes Verfahren, das der Vorbereitung einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung dient.« Noch weiter, auf das Merkmal der »Entscheidung« verzichtend, Schmidt-Abmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Perspektiven der Systembildung, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 405, 420; s. auch Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, 260f., Rn.426; Lange, Innenrecht und Außenrecht, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, 307ff.

tionsbedarfs sollte darum nicht durch den restriktiven Verfahrensbegriff des § 9 VwVfG verengt werden, sondern muss informationstechnische Vernetzungen von Verwaltung und deren Konsequenzen für die Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren möglichst umfassend in den Blick nehmen.

Dabei bietet es sich an, vernetzte Verwaltung als ein vierdimensionales Phänomen zu betrachten und in diesen vier Dimensionen verfahrensrechtliche Reformerfordernisse zu analysieren:¹⁵ Erster Aspekt ist der Einsatz von IuK-Technik bei der Interaktion zwischen Verwaltung und Bürger. Den zweiten Aspekt bildet die IuK-Technik-gestützte Organisation dieser Außenbeziehungen als sog. One-Stop-Government/One-Stop-Shop. Als dritter Aspekt ist die IuK-Technik-gestützte Neuordnung der verwaltungsinternen Arbeitsweise, als vierter Aspekt die IuK-Technik-gestützte Neuordnung der Verfügbarkeit verwaltungsinternen Wissens zu betrachten.

Freilich verrät nicht bereits ein gründlicher Blick auf die (vierdimensionale) »Verwaltungswirklichkeit«, wo verfahrensrechtlicher Reaktionsbedarf besteht. Die reale Nutzung der Netzinfrastruktur durch die Verwaltung ist gemessen an den weit reichenden theoretischen Konzepten von elektronischer Verwaltung oder e-Government¹⁶ noch wenig intensiv. Vieles von dem, was unter e-Government und e-Verwaltung firmiert, scheint (noch) Utopie zu sein; ob jemals die finanziellen und personellen Ressourcen zu deren Realisierung zur Verfügung stehen werden, ist ungewiss. Darum können Reformüberlegungen hier nicht ohne weiteres von der Verwaltungswirklichkeit lernen und auf diese reagieren, sondern müssen ihr in mancher Hinsicht »visionär« vorausgehen. Allerdings sind auch Visionen von informationstechnisch unterstützter Verwaltung oftmals zu wenig konkret, um daraus unmittelbar verfahrensrechtliche Konsequenzen ziehen zu können. Sie sind bislang selten in einer in juristischen Denk- und Argumentationskategorien fassbaren und verarbeitbaren Weise beschrieben worden. So kann etwa die häufige Prophezeiung einer vernetzungsbedingt enthierarchisierten¹⁷ Verwaltung bei Juristen leicht falsche Assoziationen hervorrufen (s.u. C.IV.2.a)). Insgesamt wird vernetzte Verwaltung bisweilen durch reichlich abstrakte Leitbilder charakterisiert. Wenn verfahrensrechtliche Reformüberlegungen dem Verfahrensrechtsreformprozess wirklich Anregungen geben wollen, müssen sie sich verstärkt um ein »empirisch abgesichertes Fundament« bemühen¹⁸, das das reale Vernet-

15 Ähnliche Einteilung bei Lenk, *Außerrechtliche Grundlagen* (Fn.1), 86.

16 Dazu z.B. Lenk, *Electronic Government als Schlüssel zur Innovation der öffentlichen Verwaltung*, in Lenk/Traunmüller, *Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik*, 1999, 123ff.; Eifert, ZG 2001, 115, 116 m.w.N.

17 Z.B. Dieckmann, *Herausforderungen der Kommunen durch das Internet*, in Kubicek/Bracyk/Klump/Müller/Neu/Raibold/Roßnagel (Hg.), *Multimedia@Verwaltung*, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 67, 71; Boehme-Nebler, *Electronic Government: Internet und Verwaltung*, NVwZ 2001, 374, 379.

18 Dazu allgemein Voßkuhle, *Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft*, DV 1999, 545, 549.

zungs- und Netznutzungspotenzial in der Verwaltungsarbeit konkret beschreibt, und dürfen sich nicht auf eine Befassung mit den groben Strukturen der ihrerseits wenig konkreten Vorstellungen vom e-Government beschränken; es muss also die konkrete »Arbeitsebene« vernetzter Verwaltung in den Blick genommen werden.¹⁹

Die Analyse des verfahrensrechtlichen Reformbedarfs lässt sich weiterhin anhand der unterschiedlichen Funktionen verfahrensrechtlicher Reaktionen systematisieren. Das Verwaltungsverfahrenrecht kann auf die Veränderungen von Verwaltung durch informationstechnische Vernetzungen aus ganz unterschiedlichen Gründen reagieren:

Das Verwaltungsverfahrenrecht könnte reagieren, um dort die bessere Ausnutzung des positiven Potenzials vernetzter Verwaltung zu erlauben, wo das Verwaltungsverfahrensgesetz dem *de lege lata* entgegensteht: Vom Einsatz der IuK-Technik in der Verwaltung erhofft man sich einerseits, die Kommunikation zwischen Bürger und Verwaltung zu verbessern; andererseits soll Informationstechnik nutzbar gemacht werden, um Potenziale zur Kostensenkung und Produktivitätssteigerung ausschöpfen zu können.²⁰ Wo das geltende Verfahrensrecht dem – wie etwa bislang durch die zahlreichen Schriftformerfordernisse – Hindernisse bereitet, müsste die Reaktion darin bestehen, diese Hindernisse zu beseitigen.

Eine ähnliche Zielrichtung haben Reaktionen des Verwaltungsverfahrenrechts, die vernetzte Arbeitsweise nicht nur ermöglichen, sondern fördern und Anreize dafür schaffen.

Ein ganz anderes Ziel verfahrensrechtlicher Reaktion kann darin bestehen, auch unter Bedingungen vernetzter Verwaltung bestimmte überkommene legitimatorische, rechts- und sozialstaatliche Sicherungs- und Gestaltungsaufgaben des Verfahrensrechts zu erfüllen.²¹ Das Verwaltungsverfahrenrecht soll den Verfahrensablauf in bestimmter Weise steuern, indem es die Interaktion zwischen Behörde und Bürger planvoll ordnet.²² Sofern das geltende Recht unter den Bedingungen informationstechnisch vernetzt arbeitender Verwaltung diese Funktion nicht hinreichend erfüllt, muss das Verfahrensrecht reagieren, um seine Ordnungskraft zurückzugewinnen. Während es bei den beiden erstgenannten Reaktionstypen darum geht, die positiven Effekte informationstechnisch vernetzter Verwaltung zur Geltung zu bringen, geht es hier also um eine Reaktion auf deren denkbare negative Effekte.

19 Ähnlich Lenk, *Electronic Government* (Fn.16), 127.

20 VwVfGE-Begründung, BT-Drs. 14/9000, 26; Deutscher Bundestag (Hg.), *Enquete-Kommission, Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft: Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*, 1998, 188: »Die neuen Informations- und Kommunikationstechniken müssen dazu genutzt werden, um die Verwaltung bürgerfreundlicher und effizienter zu machen«.

21 Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.1), 37.

22 Vgl. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren*, in Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts III*, 1988, 623, 624.

Um vernetzungsbedingte Reformbedürftigkeit des Verwaltungsverfahrensrechts feststellen zu können, muss demnach in jeder der vier oben beschriebenen Dimensionen informationstechnisch vernetzter Verwaltung gefragt werden, ob das Verwaltungsverfahrensrecht aus einem der drei eben genannten Gründe auf die Veränderungen reagieren müsste: ob also Rechtsänderungen erforderlich sind, weil das geltende Recht dem Einsatz der IuK-Technik entgegensteht, ob Möglichkeiten bestehen, durch das Verwaltungsverfahrensrecht den verstärkten Einsatz von IuK-Technologie zu fördern, oder ob das Verwaltungsverfahrensrecht reagieren muss, um Steuerungsverluste des geltenden Verfahrensrechts unter den Bedingungen vernetzter Verwaltung zu kompensieren.

A. Einsatz von IuK-Technik bei der Interaktion zwischen Verwaltung und Bürger

I. Leitbild

Informationstechnisch vernetzte Verwaltungen können ihre Interaktionsbeziehungen zu den Bürgern elektronisch abwickeln oder jedenfalls durch Informationstechnik unterstützen. Eine Verwaltung, die sich ihren Bürgern nicht auch über das Internet präsentiert, ist kaum noch denkbar. Bislang beschränkt sich die elektronische Interaktion i.d.R. auf Informationsangebote²³ der Verwaltung und rechtsunverbindliche Kommunikation und damit auf informales Verwaltungshandeln, das vom auf den Erlass eines Verwaltungsakts ausgerichteten Verfahrensbegriff des § 9 VwVfG kaum²⁴ erfasst ist.

Der VwVfGE schafft die rechtlichen Grundlagen für eine Erstreckung elektronischer Interaktion auch auf rechtsverbindliche Transaktionen (s.u. II.1.a)) und damit für eine Elektronisierung der Verwaltungsverfahren i.e.S. Die Verwaltungen selbst stehen dem Projekt, elektronische Transaktion in großem Stile zu stärken, allerdings eher skeptisch gegenüber, weil die Errichtung der für die rechtsverbindlichen Transaktionen nach § 3a II VwVfGE erforderlichen Infrastruktur sie nicht zuletzt finanziell überfordern könnte. So wird von besonders vorsichtigen Kommunalverwaltungen berichtet, die ihre Mitarbeiter anweisen, keine E-Mail-Adresse herauszugeben, um zu verhindern, dass der Zugang für elektronische Kommunikation i.S.d. § 3a I VwVfGE eröffnet

23 Diese reichen von touristischen Hinweisen über Behördenöffnungszeiten bis zu Daten über verfügbares Bauland und Gewerbeflächen.

24 In §§ 71c und 71e VwVfG regelt das VwVfG neuerdings jedoch auch ehemals informale Teile des Verfahrens.

wird. Dagegen bleibt die Einrichtung elektronischer Informationssysteme für Kommunalverwaltungen sehr viel leichter realisierbar, weil hier die aufwendigen Sicherheitsvorkehrungen entbehrlich sind, derer es für rechtsverbindliche Transaktionen regelmäßig bedarf.²⁵

II. *Hindernisse für elektronische Interaktion durch geltendes Verfahrensrecht*

In informalen, also nicht verrechtlichten Verwaltungsverfahren behindert das Verwaltungsverfahrenrecht eine Elektronisierung der Interaktion kaum; eben weil hier keine rechtlichen Vorgaben bestehen. Beispielsweise wird das Internet von Kommunalverwaltungen schon heute in großem Maße im Rahmen von Stadtinformationssystemen genutzt. Über das Internet lassen sich auch informale Verfahren der Bürgerbeteiligung stärken²⁶, indem z.B. Kommunikationsforen im Vorfeld von Anlagenzulassungsverfahren eingerichtet werden; zu denken ist etwa an eine elektronische Unterstützung von Mediationsverfahren²⁷. Größere Probleme bereitet das geltende Verfahrensrecht hingegen bei den verrechtlichten Verfahren.

25 Plausibel die Einschätzung Lehmanns, Verwaltungsrundschau 2000, 303, sofern Verwaltungen derzeit überhaupt rechtsverbindliche elektronische Interaktionen erlauben, seien diese Angebote eher symbolisch, denn effizient.

26 S. dazu z.B. Hill, Bürgermitwirkung unter neuen Perspektiven im multimedialen Zeitalter, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 234ff.; Lenk, »Electronic Democracy« – Beteiligung an der kommunalen Willensbildung, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 248ff.; Leggewie/Bieber, From Voice to Vote? – Neue Informations- und Kommunikationstechnologien in der komplexen Demokratie, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 257ff; Groß, DÖV 2001, 159, 162f.

27 Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internet als Instrument der Staatskommunikation, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann (Hg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 257, 329; allerdings erscheint der Einsatz von Internet und Multimedia hier nur zur Veröffentlichung von Information, nicht aber für die eigentliche Kommunikation sinnvoll, die ohnehin schon schwierig genug ist. Zu ersten Erfahrungen mit elektronisch unterstützten Mediationsverfahren Lenk, Bürger, Demokratie und Verwaltung: Neue Möglichkeiten und Entwicklungen, in ders./Trautmüller (Hg.), Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik, 1999, 253, 269.

An eine informale Beteiligung hat wohl auch die Enquete-Kommission gedacht, wenn es in ihrem Bericht heißt, »auch im Rahmen von Planfeststellungsverfahren müssen Anregungen und Bedenken auch auf elektronischem Wege abgegeben werden können«, Deutscher Bundestag (Hg.), Enquete-Kommission, Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft: Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, 1998, 187.

1. *Papierschriftform- und Mündlichkeitserfordernisse*

Es sind vor allem die Schriftform- und Mündlichkeitserfordernisse, die bislang elektronischer Interaktion im Wege stehen. Wo das Gesetz Mündlichkeit oder Schriftform vorschreibt, sind dem Übergang zur elektronischen Form die Wege von zwei Gründen Grenzen gesetzt.

a) *Erfordernis der Funktionsäquivalenz elektronischer Form*

Zum einen erfüllt elektronische Kommunikation nicht ohne weiteres die Funktionen der papierschriftlichen²⁸ und der mündlichen Kommunikation. Das Verfahrensrecht müsste also durch Einführung von Regelungen reagieren, die eine Funktionsäquivalenz der Kommunikationsformen herstellt.

Dem Problem, Vergleichbarkeit zwischen schriftlicher und elektronischer Kommunikation herstellen zu müssen, wurde von Wissenschaft und Politik viel Beachtung geschenkt. Die Lösung wird derzeit in der Verwendung »qualifizierter elektronischer Signaturen« gesehen, die die Funktionen der Papierschriftform übernehmen sollen. Niederschlag haben diese Überlegungen im Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr²⁹ und in §§ 3a II³⁰ und 37³¹ VwVfGE sowie in den entsprechenden verfahrensrechtlichen Änderungsvorschlägen zur Abgabenordnung (§§ 87a IV, 119 II des Gesetzentwurfs), zum SGB I (§ 36a II des Gesetzentwurfs) und zum SGB X (§ 33 des Gesetzentwurfs) gefunden. Nach den Entwürfen zum Verfahrensrecht kann die durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform durch die mit einer qualifizierten Signatur i.S.d. Signaturgesetzes verbundene elektronische Form ersetzt werden (§ 3a II VwVfGE). Gem. § 2 Nr.3 SignaturG³² muss eine qualifizierte Signatur auf einem zum Zeitpunkt der Erzeugung gültigen »qualifi-

28 Als Funktionen der Schriftform werden angesehen: Abschlussfunktion, Perpetuierungsfunktion, Identitätsfunktion, Echtheitsfunktion, Verifikationsfunktion, Beweisfunktion, Warnfunktion. S. dazu die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, BT-Drs. 14/4987, 15f., worauf die Begründung zum VwVfGE verweist, BT-Drs. 14/1900, 27.

29 Gesetz vom 13. Juli 2001 (BGBl. I, 1542).

30 Zu § 3a VwVfGE ausführlich H. Schmitz, Fortentwicklungen des Verwaltungsverfahrenrechts, i.d.B. VI.1.; Stelkens/Schmitz, in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001 (SBS), § 10 Rn.28a; Rosenbach, Erläuterungen und Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, DVBl. 2001, 32ff.; Catrein, Moderne elektronische Kommunikation und Verwaltungsverfahrenrecht, NWVBl. 2001, 50ff.; ders., Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder, NVwZ 2001, 413ff.

31 Zu § 37 VwVfGE H. Schmitz (Fn.30), VI.2.

32 Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen vom 16. Mai 2001 (BGBl. I, 876).

zierten Zertifikat« beruhen. Mit einem qualifizierten Zertifikat ist gem. § 5 I SignaturG die Zuordnung eines Signaturprüfchlüssels zu einer identifizierten Person zu bestätigen, und das Zertifikat ist jederzeit für jeden über öffentlich erreichbare Kommunikationsverbindungen nachprüfbar abrufbar zu halten (Konzept der »Public-Key-Infrastruktur«³³). Zusätzliche Anforderungen können an die qualifizierte Signatur hinsichtlich deren dauerhafter Überprüfbarkeit für elektronische Verwaltungsakte gestellt werden (§ 37 IV VwVfGE). Hingegen können die besonderen Funktionen eines mündlichen Gesprächs durch elektronische Kommunikation nicht übernommen werden. Eine Elektronisierung kann nicht erfolgen, wo ein persönliches (Beratungs-)Gespräch in Form mündlicher Kommunikation geboten ist.³⁴ Das gilt beispielsweise in vielen Bereichen der Sozialverwaltung.³⁵ Z.T. ist persönliche Anwesenheit auch zwecks Identifizierung erforderlich.³⁶ Freilich schließt das nicht aus, dass auch im Rahmen dieser Verwaltungsaufgaben bestimmte Dinge, wie z.B. eine Terminabsprache, auf elektronischem Wege erledigt werden. Das Erfordernis mündlicher Beratung oder persönlicher Anwesenheit steht hier jedoch einer umfassenden Elektronisierung entgegen. Gesetzlicher Reaktionsbedarf besteht insoweit nicht, weil die Elektronisierungshindernisse ihre Berechtigung haben.

b) *Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage für elektronische Form*

Zum anderen bedarf elektronische Interaktion unter dem Gesichtspunkt des Gesetzesvorbehalts einer ausdrücklichen Zulassung: Dem VwVfG lag zunächst die Annahme zugrunde, es werde mündlich (mit physisch Anwesenden oder telefonisch mit Abwesenden) oder papier-schriftlich kommuniziert. Hierauf konnten und mussten sich die Beteiligten einstellen. Die elektronische Kommunikation belastet den Adressaten demgegenüber zusätzlich, weil er organisatorische Maßnahmen treffen muss, um seine Kommunikationsfähigkeit herzustellen und aufrechtzuerhalten.³⁷ Zwar gestattete das Verfahrensformermessen der Verwaltung nach § 10 S. 1 VwVfG in den dort genannten Grenzen auch bislang elektronische Kommunikation. Voraussetzung war jedoch, dass beide Seiten mit der elektronischen Kommunikation einverstanden

33 S. dazu die kurze Erklärung bei Holznagel/Krahn/Werthmann, DVBl. 1999, 1477, 1482f. sowie die Beiträge zum Themenschwerpunkt PKI-Interoperabilität in DuD 2001, H.9.

34 Zu Fragen der »Sozialverträglichkeit« des Einsatzes von IuK-Technik in der Verwaltung auch Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 263.

35 Weitere Beispiele für beratungsintensive Bereiche finden sich bei Holznagel/Krahn/Werthmann, DVBl. 1999, 1477, 1479: Einbürgerungs- und Staatsangehörigkeitsangelegenheiten, BAföG, Schwerbehindertenrecht.

36 Holznagel/Krahn/Werthmann, DVBl. 1999, 1477, 1484, z.B. Melde- und Passrecht.

37 Zur Frage, ob Bürger und Verwaltung gegen ihren Willen mit einem elektronischen Verfahren konfrontiert werden dürfen Catrein, NWVBl 2001, 50, 54.

sind.³⁸ Jedenfalls solange E-Mail noch nicht zum selbstverständlichen Kommunikationsmittel geworden ist, benötigt die Behörde eine gesetzliche Ermächtigung, wenn sie die elektronische Kommunikationsform unabhängig vom Einverständnis des Adressaten wählen möchte.

Durch § 3a I VwVfGE würde nunmehr die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Wahl der elektronischen Kommunikationsform geschaffen. § 3a I VwVfGE setzt, nicht die Zustimmung des Empfängers zu elektronischer Kommunikation voraus, sondern lässt genügen, dass ein Zugang eröffnet ist³⁹. Damit kann es aus Sicht der Adressaten auch unfreiwillig zu elektronischer Kommunikation kommen. Diese Belastungswirkung ist jedoch von der gesetzlichen Ermächtigung des § 3a I VwVfGE gedeckt. Allerdings ist § 3a I VwVfGE nicht so zu verstehen, dass diejenigen, die elektronische Dokumente empfangen können, auch ihrerseits im weiteren Verfahren elektronisch kommunizieren müssten. Das wäre insbesondere dann sehr belastend, wenn das Verwaltungsverfahren Transaktionen einschliesse, die den Sicherheitsanforderungen des § 3a II VwVfGE unterliegen. § 3a I VwVfGE verpflichtet lediglich zur passiven, nicht aber zur aktiven elektronischen Kommunikation.

2. Verbleibende Hindernisse durch Papierschriftform- und Mündlichkeitsanforderungen nach VwVfGE

Zweifellos bedeutet die durch den VwVfGE grundsätzlich eröffnete Möglichkeit, die Papierform durch mit elektronischer Signatur verbundene elektronische Form zu ersetzen, und die vielfache Parallelzulassung der einfachen elektronischen Form jedenfalls theoretisch einen großen Schritt in Richtung elektronisierter Interaktionsbeziehungen. Dennoch beseitigt der Gesetzentwurf nicht alle mit dem Schriftformerfordernis verbundenen Hindernisse:

a) Hohe Sicherheitsanforderungen des § 3a II VwVfGE

Das bedeutendste Hindernis ist in den hohen Sicherheitsanforderungen des § 3a II VwVfGE zu sehen.⁴⁰ Zwar wird durch den Gesetzentwurf an verschie-

38 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.14), 421.

39 Abweichend setzt § 36a I SGB I-Entwurf, BT-Drs. 14/9000, 8, voraus, dass »der Empfänger hierfür einen Zugang eröffnet«.

40 Skeptisch bezüglich der Notwendigkeit dieses hohen Sicherheitsniveaus Bizer, Datenspeicherung in zentralen und peripheren Netzen versus smart-card, in Möller/v. Zezschwitz (Hg.), Verwaltung im Zeitalter des Internet – Vernetzte Verwaltung und Datenschutz, 2002 (im Erscheinen), 19ff.

Zweifel hinsichtlich der Rationalität werden insbesondere angesichts der für den Einsatz qualifizierter Signaturen erforderlichen Public-Key-Infrastruktur geltend gemacht. Dazu Paulus, Rundum-sorglos-Pakte mit Hindernissen, DuD 2001, 529ff.; Ochsel/Weissmann, PKI soll sichere Kommunikation gewährleisten, iX 2001, H.9, 44ff.

denen Stellen die einfache elektronische der Schriftform gleichgestellt. Nach wie vor finden sich jedoch zahlreiche Schriftformerfordernisse in Fachgesetzen. Nach der Grundregel des § 3a II VwVfGE i.V.m. § 1 I a.E. VwVfG schließt ein fachgesetzliches Schriftformerfordernis zwar nicht die Wahl elektronischer Kommunikation aus, die elektronische Form muss jedoch mit einer qualifizierten Signatur⁴¹ verbunden werden. Das Erfordernis qualifizierter Signatur stellt eine hohe ökonomische Hürde für die Wahl elektronischer Kommunikationsformen dar. Für den einzelnen Bürger wird es kaum lohnen, wegen weniger signaturbedürftiger Transaktionen die dafür erforderlichen technischen Einrichtungen anzuschaffen.⁴² In welchem Umfang es angesichts der aufwendigen technischen Anforderungen des § 3a II VwVfGE an rechtsverbindliche Transaktionen am Ende wirklich zu elektronischen Transaktionen kommen wird, bleibt darum abzuwarten.⁴³

Weil das Erfordernis der qualifizierten Signatur sehr hohe infrastrukturelle Anforderungen stellt, sollten die Fachgesetze systematisch darauf hin untersucht werden, ob in den Fällen der Schriftformerfordernisse in Zukunft nicht auch die schlichte elektronische Form oder weniger aufwendige Sicherungsverfahren genügen.⁴⁴ Im Übrigen sollte § 3a II VwVfGE so gelesen werden, dass die Behörde die Möglichkeit hat, auf das Signaturerfordernis zu verzichten oder sich mit schlichteren Sicherungstechnologien zu begnügen. Sie *muss* also keine unsignierten Dokumente akzeptieren, sie *darf* sie jedoch akzeptieren.⁴⁵

b) Fortbestehende Papierschriftform- und Mündlichkeitserfordernisse (insbes. im förmlichen Verfahren)

Davon abgesehen finden sich in verschiedensten Verfahrensbestimmungen Mündlichkeits- und Schriftformerfordernisse, die nicht einmal die signierte elektronische Form zulassen. Insbesondere ist eine vollständige Elektronisierung förmlicher Verfahren⁴⁶ bislang nicht möglich⁴⁷: Zahlreiche Bestimmun-

41 Dazu H. Schmitz (Fn.30), VI.1.

42 S. dazu z.B. Groß, DÖV 2001, 159, 162.

43 Skeptisch etwa Bizer (Fn.40), s. dort auch die Diskussionsbeiträge zum Thema.

44 DiffU, Rechtliche Rahmenbedingungen für das virtuelle Rathaus – Anpassung der Formvorschriften am Beispiel der Bremischen Landesbauordnung und Bauvorlagenverordnung, April 2001, analysiert im einzelnen Revisionsbedarf aller Schriftformerfordernisse in beiden Gesetzen und unterscheidet: reine Schriftform; Signatur; Textform, formlos; Signatur wird bei weitem nicht in allen Fällen für erforderlich gehalten.

45 So allgemein zu den Schriftformerfordernissen Eifert, Online-Verwaltung und Schriftform im Verwaltungsrecht, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 18. Da die Signatur auch dem Schutz der Bürger davor dient, dass andere in ihrem Namen Anträge stellen, hat die Behörde bei einem Verzicht auf die Signatur allerdings das Risiko gefälschter Anträge zu tragen.

46 Zum BImSchG-Verfahren: Idecke-Lux, Der Einsatz von multimedialen Dokumenten bei der Genehmigung von neuen Anlagen nach dem Bundesimmissionsschutz-Gesetz, 2000; Roßnagel/Schroeder, Multimedia im Immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1999; Roßnagel, Die elektronische Signatur im Verwaltungsrecht, DÖV 2001, 221ff; zum Planfeststellungsverfahren Stürer/Probstfeld, Digitaler Planungsordner, UPR 2001, 91ff.

47 Vergleichsweise weitgehend Stürer/Probstfeld, UPR 2001, 91ff.

gen sehen hier nach wie vor Papierformerfordernisse⁴⁸, sonstige Formerfordernisse (wie bei der Bekanntmachung⁴⁹ nach §§ 10 III 1 BImSchG, 8 I 1 der 9. BImSchV) oder sogar die Notwendigkeit physischer Anwesenheit (wie in Erörterungstermin (§ 73 VI VwVfG) und mündlicher Verhandlung (§ 67 VwVfG)) vor. Insofern bestehen nach wie vor Hindernisse für eine elektronische Verfahrensgestaltung, die aber durchaus ihre Berechtigung haben und darum keine verfahrensrechtliche Reaktion erforderlich machen.

III. Förderung elektronischer Interaktion durch Verfahrensrecht

Wenn man auf das positive Potenzial elektronischer Interaktion hofft, sollte man über Möglichkeiten nachdenken, die Elektronisierung durch Verfahrensrecht und Verfahrensgestaltung zu fördern. Ein fördernder Effekt ist grundsätzlich von solchen Maßnahmen zu erwarten, die zum Anwachsen der Menge elektronischer (Parallel-)Dokumente im Verfahren beitragen. Denn der Anreiz zur Elektronisierung dürfte auf Behördenseite umso höher sein, je mehr Verfahrensabschnitte und Dokumente bereits elektronisch bereitstehen. Bedingung für die Einführung solcher Anreizmechanismen muss jedoch sein, dass sie weder die Verwaltung überfordern noch Bürger ohne Internetzugang benachteiligen. Hier sind verschiedene Maßnahmen denkbar:

1. »Elektronische Mitwirkungspflichten«

Behörden könnten die Verfahrensbeteiligten verpflichten, sofern bestimmte, den Behörden vorzulegende Unterlagen ohnehin schon in elektronischer Form geführt werden, diese elektronischen Dokumente auch in elektronischer Form abzugeben. Dies kommt insbesondere bei Dokumentations-, Rechenschafts- oder Bilanzierungspflichten im Wirtschaftsrecht in Betracht. So befreit § 147 VI AO die Finanzbehörde ab 1.1.2002 bezüglich bestimmter

48 So wird bislang für erforderlich gehalten, dass die *Antragsunterlagen* in Papierform eingereicht werden, Idecke-Lux (Fn.46), 107. Papierform setzen grundsätzlich auch die *Auslegung* und *Einsichtnahme* nach § 73 III VwVfG, §§ 10 III 2 BImSchG, 10 der 9. BImSchV voraus, Roßnagel/Schroeder (Fn.46), 68.

Hingegen kann die *Behördenbeteiligung* z.B. nach § 73 IIIa VwVfG, nach BImSchG oder auch nach § 36 BauGB bereits jetzt auf einfache elektronische Weise erfolgen, Rosenbach, Verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung in der Verwaltung, NWVBl. 1997, 121, 122; Roßnagel/Schröder (Fn.46), 66f. Das ist in den Planfeststellungsrichtlinien des Bundesverkehrsministeriums bereits vorgesehen (s. dazu Stüer/Probstfeld, UPR 2001, 91). Dadurch wird die Behördenbeteiligung insbesondere in Großverfahren vereinfacht, in denen zahlreiche Stellen zu hören sind: So hatten sich zu beteiligende Träger öffentlicher Belange im Raumordnungsverfahren zum Ausbau des Frankfurter Flughafens darüber beklagt, dass ihnen nicht in ausreichender Zahl Sätze der Antragsunterlagen zur Verfügung gestellt werden.

49 Zu den Vorteilen elektronischer Bekanntmachung Idecke-Lux (Fn.46), 164.

Unterlagen, die mit Hilfe eines Datenverarbeitungssystems erstellt worden sind, Einsicht in die gespeicherten Daten zu nehmen und das Datenverarbeitungssystem zu dieser Prüfung zu nutzen bzw. zu verlangen, dass die Daten nach ihren Vorgaben maschinell ausgewertet oder ihr die gespeicherten Unterlagen und Aufzeichnungen auf einem maschinell verwertbaren Datenträger zur Verfügung gestellt werden. Hiernach bestehen verschiedene Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen zur Unterstützung der Finanzbehörde beim Datenzugriff.⁵⁰ Die Einführung solcher Mitwirkungspflichten erscheint auch in anderen Sachbereichen denkbar, bedürfte aber als den Bürger belastende Verpflichtung einer gesetzlichen Grundlage⁵¹. Denkbar wäre, § 26 II VwVfG um die Verpflichtung der Beteiligten zu ergänzen, für die Sachverhaltsermittlung relevante elektronische Dokumente zur Verfügung zu stellen. Nach bisherigem Wortlaut könnte die Behörde dies insbesondere wegen der Schutzklausel des § 26 II 3 VwVfG wohl kaum verlangen.

2. Parallele elektronische Verfahrensdurchführung

Einen Vorstoß in Richtung Verfahrenselektronisierung könnte die Verwaltung selbst machen, wenn Verfahren, die bislang Schriftformerfordernisse aufweisen, *zusätzlich* elektronisch geführt werden, indem z.B. die Bekanntmachung nach § 73 V VwVfG, §§ 10 III 1 BImSchG, 8 I 1 der 9.BImSchV auch elektronisch erfolgt.⁵² Das ist nach geltendem Recht möglich. Weil die Verpflichtung zur parallelen elektronischen Verfahrensdurchführung bislang viele Verwaltungen überfordern dürfte, sollte hingegen keine gesetzliche Verpflichtung zur parallelen elektronischen Vorgangsbearbeitung statuiert werden. Vielmehr sollten die Verwaltungen selbst entscheiden und durch verwaltungsinterne Regelung anordnen, in welchem Maße parallel elektronisch verfahren werden soll.

3. Elektronische Weiterleitung elektronischer Eingänge

Ein Förderungseffekt könnte auch von einer verwaltungsinternen Regelung ausgehen, wie sie in Anlage 1 zu § 13 II GGO (s. Fn.2) getroffen ist. Danach sind elektronische Eingänge elektronisch weiterzuleiten. Auch dies ist mit dem Gesetzesrecht ohne weiteres vereinbar. Allerdings könnte die Umwandlung in Schriftform etwa im Rahmen der Gewährung von Akteneinsicht nach § 29 VwVfG erforderlich werden.

50 Dazu im Einzelnen »Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen«, BMF-Schreiben vom 16. Juli 2001 – IV D 2 – S 0316 – 136/01; www.bundesfinanzministerium.de/Abgabenordnung-624.4678/.html.

51 Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts gilt allgemein bei der Auferlegung von Mitwirkungspflichten, Stelkens/Kallerhoff in SBS (Fn.30), § 26 Rn.46.

52 Idecke-Lux (Fn.46), 165.

4. *Gebührengestaltung*

Vorgeschlagen wird auch, bei den Bürgern mit Hilfe der Gebührengestaltung einen Anreiz für elektronische Interaktion zu schaffen. Online-Dienstleistungen sollten günstiger als die konventionellen Dienstleistungen angeboten werden und die geringeren Gebühren damit Akzeptanz für Online-Dienstleistungen schaffen.⁵³ Dem dürfte allerdings entgegenstehen, dass Verwaltungsgebühren nach dem Verwaltungsaufwand zu bemessen sind, der – jedenfalls bei den aufwendigen signaturbedürftigen elektronischen Transaktionen – derzeit bei elektronischer Interaktion höher ist als bei herkömmlicher Kommunikationsform.

5. *Reihenfolge der Antragsbearbeitung*

Ein weiterer Anreizmechanismus könnte durch beschleunigte Bearbeitung elektronischer Anträge geschaffen werden. Eine gewisse Beschleunigung ergibt sich im Vergleich zum postalisch gestellten Antrag bereits aus der kürzeren Übertragungszeit einer E-Mail. Dieser Effekt könnte verstärkt werden, indem elektronisch gestellte Anträge im Verhältnis zu den schriftlich gestellten Anträgen vorgezogen werden. Die Verwaltungsverfahrensgesetze sehen keine zwingende Reihenfolge für die Bearbeitung von Anträgen vor. Nach überwiegender Ansicht gilt aber der Prioritätsgrundsatz.⁵⁴ Danach sind Anträge grundsätzlich gemäß der Reihenfolge ihres Eingangs zu bearbeiten.⁵⁵ Das Prioritätsprinzip bei der Antragsbearbeitung wurzelt im Gleichheitsgrundsatz⁵⁶, der es der Behörde verbietet, einzelne Anträge ohne sachgerechten Grund vorzuziehen⁵⁷, denn bei Antragsverfahren wäre die schnellere Antragsbearbeitung in aller Regel als Vorteil anzusehen. Nach geltendem Recht wäre

53 Knörig, Kommunale Dienstleistungen on demand, in Kubicsek/Bracyk/Klump/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), *Multimedia@Verwaltung*, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 93, 97.

54 Clausen, in Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage 2000, § 22 Rn.20; Stelkens/Schmitz, in SBS (Fn.30), § 22 Rn.60; Borgs, in Meyer/Borgs, *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Auflage 1982, § 22 Rn.6.

55 A.A. Gusy, *Der Antrag im Verwaltungsverfahren*, BayVBl. 1985, 484, 488: Der Prioritätsgrundsatz gelte nur, sofern dies zwingend vorgeschrieben sei. Im Übrigen sei nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten zu verfahren. Grenze seien das Willkür- und Schikaneverbot. Weniger strikt als die h.M. wohl auch Kopp/Ramsauer, *VwVfG*, 7. Aufl. 2000, § 22 Rn.39.

56 Borgs, in Meyer/Borgs (Fn.54), § 22 Rn.6.

57 Damit ist nicht ausgeschlossen, bei der Verteilung kontingentierter Leistungen – wie dem beschränkten Zugang zu öffentlichen Einrichtungen – vom Prioritätsgrundsatz abzuweichen. Das ist genau genommen keine Frage der Antragsbearbeitung, sondern der materiellen Verteilungsregel; dazu grundlegend Voßkuhle, »Wer zuerst kommt, mahlt zuerst« – Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus einer modernen Rechtsordnung, DV 1999, 21ff. Auf die Reihenfolge der Antragsbearbeitung kann sich das insofern auswirken, als u.U. zunächst Anträge gesammelt werden, um sie dann inhaltlich nach dem materiellen Verteilungsmaßstab bearbeiten zu können.

eine vorgezogene Bearbeitung elektronischer Anträge demnach nur zulässig, wenn sich dafür ein sachlicher Grund angeben lässt. Da die vorgezogene Antragsbearbeitung einen Anreiz für elektronische Interaktion schaffen soll, könnte man diese Förderungsabsicht als sachlichen Grund der Bevorzugung ansehen. Dies erschiene allerdings, solange die ungleichmäßige Verbreitung von Internetzugang noch ein bevölkerungsgruppenspezifisches Phänomen ist, unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich. Auf gezielte Bevorzugung elektronischer Anträge sollte darum vorläufig verzichtet werden.

IV. *Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion*

Die Etablierung elektronischer Interaktionsformen stört die bislang erzielte Ordnung des Verfahrensablaufs, wo Schutz-, Sicherungs- und Gewährleistungsmechanismen des Verfahrensrechts im elektronischen Verfahren nicht oder nicht in gewohnter Weise greifen. Das Verfahrensrecht hat dann zu reagieren, um diese Mechanismen wieder in Gang zu setzen. Dafür bedarf es nicht unbedingt einer gesetzlichen Regelung. In vielen Fällen genügt es, dass die Anwendung des geltenden Rechts – bisweilen durch Neuinterpretation – auf elektronische Interaktionen erstreckt wird.

1. *Beratungs- und Auskunftspflicht*

Die behördliche Beratungs- und Auskunftspflicht nach § 25 VwVfG gilt selbstverständlich auch für die elektronische Abgabe von Erklärungen und für elektronisch gestellte Anträge. So müssen zu elektronisch angebotenen Formularen die erforderlichen Erläuterungen zur Verfügung gestellt werden.⁵⁸ Im Einzelfall kann es auch erforderlich sein, die Adressaten beim Umgang mit elektronischen Kommunikationsformen zu unterstützen.⁵⁹ Einer Gesetzesänderung bedarf es hierfür nicht, die erweiterte Betreuungspflicht im elektronischen Verfahren ergibt sich bei zeitgemäßer Interpretation unmittelbar aus § 25 VwVfG.

2. *Akteneinsicht*

Das Akteneinsichtsrecht nach § 29 erstreckt sich auf die Einsicht in elektronische Teile eines Vorgangs.⁶⁰ Wenn sich das Akteneinsichtsrecht praktisch

58 So Hufen (Fn.14), 156 Rn.230 allgemein zu Formularen und Merkblättern.

59 Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 50.

60 Bonk/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 29 Rn.9 – anders noch die Voraufgabe; Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 29 Rn.13; Grünewald, in Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 1999, § 29 Rn.19.

nicht anders realisieren lässt, müssen elektronische Dokumente ausgedruckt und dem Einsichtnehmenden zur Verfügung gestellt werden.⁶¹ Auch wenn die Akteneinsicht unmittelbar auf elektronischem Wege erfolgt, muss zudem der Geheimnisschutz nach § 29 II VwVfG gewahrt bleiben. Hierfür müssen entsprechende technische Vorkehrungen getroffen werden. Besondere Anforderungen ergeben sich auch an die elektronische Aktenführung (dazu unten C.IV.3.).

In diesem Kontext könnte auch die Diskussion um erweiterten Informationszugang⁶² neue Impulse erhalten. Der Einsatz von IuK-Technik in der Verwaltung kann in zweierlei Hinsicht den Druck für eine Erweiterung von Akteneinsichtsrechten etwa auf verfahrensunabhängige Einsichts- und allgemeine Informationsrechte erhöhen: Einerseits birgt der Einsatz von IuK-Technik aus Sicht der Bürger Gefahren, weil er dem Staat gestattet, Informationen über Bürger verwaltungsintern stärker und effizienter zu nutzen. Die Gefährdungen durch Informationszuwachs auf Seiten des Staates könnten durch einen verbesserten Informationszugang auf Seiten der Gesellschaft kompensiert werden⁶³, wobei allerdings der erweiterte Informationszugang seinerseits zusätzliche Gefährdungen der Rechtssphäre des Individuums hervorruft.⁶⁴ Andererseits könnte der Druck, das Akteneinsichtsrecht auszuweiten, dadurch wachsen, dass infolge zunehmender Elektronisierung des Verwaltungshandelns die Informationserwartungen der Bürger steigen. Eine Elektronisierung der Aktenführung macht die Akteneinsicht für viele einfacher – sie erspart insbesondere die Anreise zur Behörde, so dass sich die Erwartung, diese einfach zugänglichen Informationen auch tatsächlich erhalten zu können, verstärkt.⁶⁵ Insgesamt dürften gesellschaftliche Ansprüche an Informiertheit dergestalt wachsen, dass zunehmend erwartet wird, alle wesentlichen Informationen des Lebens »im Netz« zu finden.

- 61 Hufen (Fn.14), 165 Rn.243; ähnlich § 7 III IFG-E: »Im Fall der Einsichtnahme in amtliche Informationen kann sich der Antragsteller Notizen machen, Ablichtungen und Ausdrucke fertigen oder fertigen lassen.« Ähnlich auch die Regelung in § 110a III SGB IV-Entwurf (Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 14/9000, 20).
- 62 Dazu statt vieler Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht (Fn.1), 378ff.; umfassend Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000. Die Koalitionsvereinbarung von 1998 sieht die gesetzliche Erweiterung des Zugangs zu Informationen vor. Weiter gehende Informationsrechte finden sich im IFG-E.
- 63 Dieser Konnex ist z.B. bei Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 218, 261, und Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 38, angedeutet.
- 64 Zum Spannungsverhältnis von Informationsrechten und Rechtsgefährdungen Sokol, Datenschutz und Informationszugang, in Bäumler (Hg.), Der neue Datenschutz, 1998, 35ff.
- 65 Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 308ff.

3. Neutralitätspflicht

Auch ungeschriebene Verfahrensgrundsätze können im Fall elektronischer Interaktionsbeziehungen neue Anwendungsfelder und gewandelte Bedeutung erhalten. Das gilt z.B. für die Verpflichtung der Behörde zu Neutralität⁶⁶ und Unabhängigkeit: Richtet die Verwaltung Kommunikationsforen ein, muss sie inhaltliche Zurückhaltung üben und ihren Beitrag auf neutrale Information beschränken.⁶⁷ Werden im Internet Informationen zugänglich gemacht, ist die Gefahr der Selektivität und der Unrichtigkeit der ins Internet gestellten Informationen in den Blick zu nehmen.⁶⁸ Vorsicht ist insbesondere dann geboten, wenn Informationen Dritter übernommen und ins Netz gestellt werden. Die eigentliche Informationsquelle muss dann unbedingt angegeben werden. Neben Selektion und Unrichtigkeit stellt auch die Möglichkeit der Manipulation durch elektronische Dokumente eine ernsthafte Gefahr dar.⁶⁹ Werden etwa im Rahmen eines Anlagengenehmigungsverfahrens elektronische Unterlagen eingesetzt, die Anlagenabläufe plastisch simulieren, könnte die Perfektion der Inszenierung die Beobachtung des Betrachters manipulieren.⁷⁰ Der Behörde kommt die Aufgabe zu, die Verfahrensbeteiligten vor digitaler Manipulation zu schützen, insbesondere auch die Chancengleichheit der Beteiligten in mehrpoligen Verwaltungungsverfahren zu wahren.

4. Bestimmungen zum automatisierten Verwaltungsakt

Wichtige Instrumente des Verwaltungsverfahrensrechts wie die Anhörungspflicht (§ 28 VwVfG), das Begründungsgebot (§ 39 VwVfG) und die Vorgabe, dass ein schriftlicher Verwaltungsakt Unterschrift und Namenswiedergabe des Behördenleiters enthalten muss (§ 37 III VwVfG), verlören ihre Bedeutung, wenn die Ausnahmebestimmungen für mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassene Verwaltungsakte grundsätzlich auf alle elektronischen Verwaltungsakte anwendbar wären. Man müsste dann über die Existenzberechtigung dieser Ausnahmebestimmungen nachdenken. Die Bestimmungen der §§ 28 II Nr.4, 37 V und § 39 II Nr. 3 VwVfG finden jedoch bei elektronischen Verwaltungsakten i.S.d. § 37 IV VwVfGE keine Anwendung,

66 Dazu Hufen (Fn.14), 89f. Rn.109 m.w.N.

67 Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 307.

68 Trute (Fn.63), 255f.

69 Zu Manipulationsrisiken auch Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 50.

70 Idecke-Lux (Fn.46), 146; auf die infolge der Digitalisierung von Texten, Sprache und Bildern entstehenden Manipulationspotenziale, denen durch geeignete Vorkehrungen entgegen gewirkt werden müsse, weist auch Trute (Fn.63), 255f., hin.

sofern sie nicht ausnahmsweise mit Hilfe automatischer Einrichtungen erlassen sind.⁷¹

5. Zugangsgleichheit

Ein grundlegendes Problem elektronischer Verwaltung ist die Gewährleistung von (gleichem) Zugang⁷² aller Bürger zur Verwaltung. Das VwVfG gewährleistet durch das Zusammenwirken mehrerer Bestimmungen⁷³ einen gewissen »Zugangsstandard«. Dieser könnte unter den Bedingungen elektronischer Interaktion uneingelöst bleiben, so dass insofern verfahrensrechtlicher Reaktionsbedarf bestünde.

Ein wesentlicher Bestandteil des Zugangsstandards ist bislang die grundsätzliche Beschränkung der Kommunikationsformen auf Papierschriftlichkeit und Mündlichkeit (s.o. II.1.b)). Schriftliche und mündliche Sprachmächtigkeit werden vorausgesetzt. § 23 VwVfG, der mit einiger Strenge auf die Kommunikation in deutscher Sprache besteht und damit auf fehlende Sprachfähigkeit wenig Rücksicht nimmt, macht das besonders deutlich. Wer hingegen der elektronischen Kommunikation nicht mächtig ist, wird durch den Papierschriftlichkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz vor Zugangsproblemen geschützt.

Schon die *de lege lata* zulässigen Interaktionsformen – Papierschriftform und mündliche Form – werden zwar nicht gleichmäßig beherrscht. Immerhin gewährleisten die Interaktionsformen des geltenden Verfahrensrechts jedoch ein gewisses Maß an Zugangsgleichheit, das den weitaus größten Teil der Bevölkerung einbezieht. Hinter diesem Gewährleistungsstandard bleiben elektronisierte Interaktionsbeziehungen zurück. Nach wie vor hat ein bedeutender Teil der Bevölkerung keinen Zugang zum Internet oder kann diesen jedenfalls nicht in einer Weise nutzen, die sinnvoll elektronische Interaktion mit der Verwaltung zuließe – was letztlich ebenfalls bedeutet, »keinen Zugang zu haben« (Gefahren des »Digital Divide«). Mit der Einführung elektronischer Interaktion verliert das Verfahrensrecht darum einen Teil seiner Zugangsgewährleistungsfunktion.

71 S. dazu Stelkens/Stelkens, in SBS (Fn.30), § 37 Rn.58: Nicht jeder mit Hilfe eines PC erstellte Bescheid ist jedoch mit Hilfe automatisierter Einrichtung erlassen. Notwendig ist vielmehr, dass der Rechner als Hilfsmittel bei der Entscheidungsfindung dient, indem z.B. auf Grundlage der getätigten Eingaben eine Rechenoperation durchgeführt wird. Die automatische Einrichtung muss damit letztlich bei der Formulierung des verfügenden Teils des VA helfen. Nicht ausreichend ist, dass der Rechner als fortentwickelte Schreibmaschine verwendet wird.

72 Es ist hier »Zugang« in einem weiten Sinne als Summe der Kommunikation sowohl vom Bürger zur Verwaltung als auch umgekehrt gemeint.

73 Insbesondere §§ 22 S. 2 Nr.2, 24 III VwVfG; nach oben ist der Standard der Verwaltungszugänglichkeit insbesondere durch die Sprachmächtigkeitserfordernisse nach § 23 VwVfG beschränkt.

Das Problem lässt sich durch entsprechende Verfahrensregelungen mildern: Zum einen muss dem Bürger weiterhin gestattet sein, seinerseits papierschriftlich oder mündlich mit der Verwaltung zu kommunizieren; der Gesetzentwurf ließe das zu. Zum anderen muss die elektronische Kommunikationsbefugnis der Verwaltung auf die Fälle beschränkt sein, in denen der Adressat zur elektronischen Kommunikation in der Lage ist. Auch dies wäre durch den Gesetzentwurf sichergestellt: § 3a I VwVfGE gestattet die Übermittlung elektronischer Dokumente nur, soweit ein Zugang hierfür eröffnet ist. Verfügt der Adressat über keinen Internetzugang, darf die Behörde nicht elektronisch kommunizieren. § 3a I VwVfGE schützt also diejenigen, die keinen Zugang haben, davor, mit elektronischen Verfahren konfrontiert zu werden. Wann ein Zugang eröffnet ist – ob etwa fehlende Kompetenz, mit dem bestehenden Internetzugang umzugehen, vor elektronischer Kommunikation schützt oder nicht, bedarf noch der Konkretisierung. Im Grundsatz ist hiermit aber eine interessengerechte Lösung erzielt.

Allerdings kann § 3a I VwVfGE die Probleme ungleichen Zugangs nicht in jeder Hinsicht vermeiden: Diejenigen ohne Zugang bleiben insofern privilegiert, als sie von informalen Formen elektronischer Interaktion, insbesondere von Informationsangeboten der Verwaltung, abgeschnitten sind. Wertvolle Informationen, die sich im Netz finden lassen, erreichen diese Bürger trotz der Regelung des § 3a I VwVfGE nicht. Auch von der Teilnahme an informellen Kommunikationsforen⁷⁴ sind diejenigen ausgeschlossen, die über keinen Netzzugang verfügen. Aufgrund seines systematischen Standorts im VwVfG gilt § 3a I VwVfGE zwar nicht nur für die Verwaltungsverfahren i.e.S. des § 9 VwVfG, sondern allgemein für die Verwaltungstätigkeit i.S.d. § 1 I VwVfG. Theoretisch gilt die Schutzklausel des § 3a I VwVfGE demnach auch für informale Verwaltungstätigkeit wie etwa kommunale Informationsangebote. § 3a I VwVfGE entfaltet jedoch gerade im Bereich der Information⁷⁵ kaum Wirkung: Er restringiert lediglich die »Übermittlung« elektronischer Dokumente. Damit dürfte die vom Absender initiierte Übersendung elektronischer Dokumente an einen oder mehrere ausgewählte Adressaten gemeint sein. Internet-Informationsangebote der Verwaltung werden jedoch typischerweise nicht in diesem Sinne übersandt, sondern sind auf den Webseiten der Verwaltung zu lesen, so dass der Empfänger sie »abholen« kann. Das ist keine Dokumentübermittlung i.S.d. § 3a I VwVfGE, der hierauf folglich nicht anwendbar ist. Informationsangebote darf die Verwaltung darum machen, ohne sich vorher vergewissern zu müssen, dass jeder, der sich für die Information interessieren könnte, Zugang zur Information hat. Es wäre auch

74 Dazu oben vor II.1.

75 Ohnehin dürfte mit der Überschrift »Elektronische Kommunikation« nur der engere Bereich von (Individual-)Kommunikation und Transaktion, nicht aber Information gemeint sein.

nicht sinnvoll, solche Informationssysteme beschränken zu wollen oder gar die Verwaltung zu verpflichten, all diejenigen, die keinen Netzzugang zu dieser Information haben, entsprechende schriftliche Informationen mit der Post zuzusenden. Im informalen Bereich machen sich die ungleichen Ausgangsbedingungen im Umgang mit Informationstechnik also trotz der Schutzklausel des § 3a I VwVfGE bemerkbar.

Abgesehen davon ist fraglich, wie lange die in § 3a I VwVfGE vorgenommene Einschränkung elektronischer Kommunikation Bestand haben kann. Wird eine weitest gehende Elektronisierung der Verwaltungsverfahren angestrebt, dürfte die Einschränkung des § 3a I VwVfG nur eine Übergangslösung sein. Solange nach elektronischen und konventionellen Verfahren getrennt werden muss, macht das die Verwaltungsabläufe komplexer, Rationalisierungsgewinne dürften schwer erzielbar sein.⁷⁶ Erst der Wegfall der Einschränkung würde außerdem auch bei den Adressaten der Verwaltung Druck entfalten, den Zugang für den Empfang elektronischer Dokumente zu eröffnen. Weiterhin wäre eine Regelung erforderlich, die den Bürger zwingt, seinerseits den elektronischen Kommunikationsweg zu wählen. Solange die Papieralternative möglich ist, besteht dazu kein Anreiz.

Wollte man den Vorbehalt des § 3a I VwVfGE streichen, müssten allerdings Härtefallregelungen getroffen werden.⁷⁷ Zwar ist Roßnagel darin zuzustimmen, dass es kein »Menschenrecht auf Papier« gibt.⁷⁸ Wenn sich die Elektronisierung der Interaktionsbeziehungen als politisch erstrebenswerte Entwicklung erweist, müssen sich die Interaktionspartner der Verwaltung darauf einstellen. Da es hier z.T. um grundrechtserhebliche Interaktion mit Individuen geht, darf die fehlende Fähigkeit, elektronisch zu kommunizieren, jedoch im Einzelfall nicht ignoriert werden.

Vorerst bleibt der Vorbehalt des § 3a I VwVfGE aber ohnehin unverzichtbar. Man mag es als Verpflichtung des Staates ansehen, »Zugangsvorsorge«⁷⁹ zu betreiben und Internetzugang wie auch die Fähigkeiten, diesen Zugang zu nutzen, zu verbreiten.⁸⁰ Ob es tatsächlich zu einer so umfassenden Verbreitung des Internetzugangs und seiner Beherrschung durch den Einzelnen kommt, dass der Vorbehalt des § 3a I VwVfGE gestrichen werden könnte, bleibt abzuwarten.

76 Bizer (Fn.40).

77 Zutreffend ging der Gesetzgeber bei der Einführung von § 130a ZPO davon aus, dass ein gesetzlicher Zwang zur Einreichung von Dokumenten bei Gericht in elektronischer Form »als Ausgleich eine . . . personelle Verstärkung der Geschäftsstellen erfordern [würde], um denjenigen Personen den Zugang zum Gericht zu ermöglichen, denen die dazu notwendige Technik nicht zur Verfügung steht«, BT-Drs. 14/4987, 23.

78 Dazu Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 312f.

79 Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 49f.

80 Trute (Fn.63), 254: »Informationsvorsorge«; Zugangsvorsorge ist Teil davon. Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 157, 189f.: »Informationelle Infrastrukturverantwortung des Staates«.

6. Kommunikationsfähigkeit auf Behördenseite

Neben den bislang erörterten Zugangsschwierigkeiten auf Adressatenseite gibt es Kommunikationsprobleme auch auf Verwaltungsseite.⁸¹ Auch Behörden waren bislang auf papierschriftliche und mündliche Kommunikation eingestellt und sind vor Überforderung durch elektronische Interaktion zu schützen, weil ansonsten die ordnungsgemäße Erledigung der Verwaltungsarbeit gestört würde.⁸² Ein Teil des Problems wird wiederum durch den Zugangseröffnungsvorbehalt des § 3a I VwVfGE gelöst, der auch zugunsten der Verwaltung gilt. Allerdings werden sich Behörden angesichts fortschreitender Vernetzung der Verwaltung in absehbarer Zeit nicht mehr plausibel auf fehlenden Zugang berufen können. Wichtiger ist auch für die Verwaltung, vom Zwang zu Transaktionen i.S.d. § 3a II VwVfGE verschont zu bleiben. Die hierfür erforderliche Technik steht bislang auch auf Verwaltungsseite nicht flächendeckend zur Verfügung. Allerdings gilt hier das Gleiche wie für den Bürger: § 3a I VwVfGE ist nicht so zu verstehen, dass eine Verwaltung, die elektronische Dokumente empfangen kann, ihrerseits das gesamte Verfahren – einschließlich der Transaktionen nach § 3a II VwVfGE – elektronisch durchführen müsste. § 3a I VwVfGE verpflichtet auch die Behörde lediglich zur passiven, nicht aber zur aktiven elektronischen Kommunikation.

Vor Schwierigkeiten stünden Behörden zudem, wenn von ihnen erwartet würde, Hard- und Software für alle denkbaren Kommunikations- und Datenverarbeitungsverfahren verfügbar zu halten, um in jeder beliebigen Form elektronische Daten zu empfangen, zu verarbeiten und zu versenden. Der Verwaltung muss darum gestattet sein, technische Rahmenbedingungen für den Empfang elektronischer Dokumente vorzugeben.⁸³ Weil damit die Handlungsmöglichkeiten des Bürgers eingeschränkt werden, wird eine rechtliche Grundlage für die Festlegung technischer Rahmenbedingungen gefordert.⁸⁴ § 3a III 1 VwVfGE setzt die Zulässigkeit solcher Festlegungen voraus und kann damit als gesetzliche Grundlage angesehen werden.⁸⁵ Die technischen

81 Zu den Hürden auf Behördenseite Holznagel/Krahn/Werthmann, DVBl. 1999, 1477, 1479f.

82 Berechtigt auch der Hinweis von Eifert/Schreiber, Elektronische Signatur und der Zugang zur Verwaltung, MMR 2000, 340, 345, es müsse vermieden werden, dass durch Zwang zur Eröffnung neuer Kommunikationswege Haushaltsmittel in einem Umfang gebunden werden, der außer Verhältnis zum Nutzen für die Bürger stünde.

83 Roßnagel, DÖV 2001, 221, 231; Rosenbach, Auswirkungen digitaler Signaturen auf das Verwaltungshandeln, in Reiner mann (Hg.), Regieren und Verwalten im Informationszeitalter, 2000, 239, 255f.

84 Rosenbach, Auswirkungen digitaler Signaturen (Fn.83) 255; ähnlich, aber stärker unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit, Roßnagel, DÖV 2001, 221, 231.

85 In der ZPO ist dies durch § 130a II nun ausdrücklich geregelt: »Die Bundesregierung und die Landesregierungen bestimmen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können, sowie die für die Bearbeitung der Dokumente geeignete Form. Die Landesregierungen können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.«

Rahmenbedingungen sollten in einer Verordnung präzisiert werden.⁸⁶ Dafür könnte eine Verordnungsermächtigung nach dem Vorbild von § 130a II ZPO in § 3a I VwVfGE aufgenommen werden.

V. Ergebnis

Das geltende Verfahrensrecht *behindert* eine stärkere Internetnutzung im Interaktionsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger bislang, weil es keine Ermächtigungsgrundlage für elektronische Kommunikation enthält, weil es umgekehrt zahlreiche (Papier-)Schriftform- und Mündlichkeitserfordernisse kennt und weil es keine Regelungen trifft, die die funktionale Äquivalenz von elektronischer und papierschriftlicher Form gewährleisten. Diese Hindernisse würden durch Einführung des vorgeschlagenen § 3a VwVfGE zu einem bedeutenden Teil behoben. Der Gesetzgeber sollte darüber hinaus systematisch untersuchen, hinsichtlich welcher spezialgesetzlich angeordneten Schriftformerfordernisse auf elektronische Signatur verzichtet werden kann. Als Möglichkeit, durch Verfahrensrecht die Intensivierung der elektronischen Interaktion zu *fördern*, hat sich eine »elektronische Mitwirkungspflicht« erwiesen, die der Gesetzgeber in § 26 VwVfG aufnehmen könnte. Im Hinblick auf die Wahrung seiner *verfahrensordnenden* Funktion kann das Verwaltungsverfahrensrecht teilweise durch Interpretation angepasst werden (erweiterte Betreuungspflichten nach § 25 VwVfG, Akteneinsicht in elektronische Dokumente nach § 29 VwVfG, Erstreckung behördlicher Neutralitätspflicht auf Schutz vor Manipulation durch elektronische Dokumente). Gesetzlicher Reaktionsbedarf besteht hingegen zur Sicherung des Verwaltungszugangs i.w.S. für alle. Eine solche Sicherung würde jedenfalls hinsichtlich der Übermittlung elektronischer Dokumente durch den Vorbehalt am Ende des vorgeschlagenen § 3a I VwVfGE realisiert. Die erforderliche Gewähr dafür, dass auch umgekehrt die Behörde durch die elektronische Kommunikation nicht technisch überfordert ist, würde ebenfalls durch § 3a I und III VwVfGE geschaffen. Eine Verordnungsermächtigung und darauf gründend eine Verordnung, die die für die Behörde geltenden technischen Rahmenbedingungen präzisiert, wäre wünschenswert.

86 Roßnagel, DÖV 2001, 221, 231, fordert eine Festlegung darüber, welche Text-, Grafik-, Bild-, Ton- und sonstigen Datenverarbeitungsformate, welche Übertragungsverfahren und welche Signaturverfahren die Behörde zu verarbeiten in der Lage ist.

B. *IuK-Technik-gestützte Organisation der Außenbeziehung als One-Stop-Government*

I. *Leitbild*

Die Interaktionsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger sind auch Gegenstand der Überlegungen zum One-Stop-Government. Idee des One-Stop-Government⁸⁷ ist, dass alle Verwaltungsangelegenheiten ungeachtet der Verwaltungszuständigkeiten über eine Anlaufstelle erledigt werden können. In einem dezentralen Büro (»Front Office«, »Bürgerbüro«), von denen es zwecks buchstäblicher Bürgernähe möglichst viele geben sollte, werden alle Dienstleistungen angeboten. Das Front Office erhält Online-Unterstützung von den zentral im Hintergrund agierenden Fachbehörden (»Back Offices«). Aus Sicht des Bürgers genügt also ein Behördengang, um alle Aufgaben gleichzeitig erledigen zu können. Der Einsatz des Internet ist dabei nicht zwingend, erleichtert aber die Transaktionen zwischen Front- und Back Office. Im Idealfall ist nicht einmal ein Behördengang erforderlich, sondern der Kontakt des Bürgers zum Bürgerbüro wird selbst per E-Mail hergestellt. Denkbar ist sogar, dass der Bürger mit einem einzigen elektronischen Kontakt eine ganze Reihe automatischer Reaktionen auslöst. So könnte beispielsweise beim Umzug die Meldung der neuen Adresse automatisch – also ohne weiteres Eingreifen des Front Office – an alle Stellen innerhalb der Verwaltung gelangen, die die Information der neuen Adresse benötigen, und könnte die entsprechenden Maßnahmen (wie etwa Erteilung eines neuen KFZ-Kennzeichens) veranlassen.⁸⁸

Wenn mit dem Begriff des One-Stop-Governments der Eindruck erweckt wird, der Bürger könne seinen Verwaltungskontakt insgesamt auf eine einzige Stelle beschränken, so täuscht das allerdings: Seinen Anwendungsbereich findet das One-Stop-Konzept vor allem bei den sog. kommunalen Dienstleistungen⁸⁹, nicht hingegen bei der Eingriffsverwaltung: Mit dem Verkehrspolizisten muss selbstverständlich auch außerhalb des Front Office gerechnet wer-

87 Dazu Deutscher Bundestag (Hg.), Enquete-Kommission, Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft: Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, 1998, 187; Plamper, Bürgerkommune: Anspruch und Wirklichkeit, in Kubicek/Bracyk/Klump/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 42, 48; Eifert, ZG 2001, 115, 119; Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 26; Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 326; Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 88ff.

88 Dazu Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 326f.

89 Dazu zählt nicht bloß die Leistungsverwaltung i.e.S., sondern auch die Bearbeitung von Vorgängen wie An- und Abmelden, Beantragung von Reisepass oder Personalausweis, KFZ-Zulassung, Zahlung der Hundesteuer, Bestellung von Mülltonne, Strom, Fernwärme, Gas bei den Stadtwerken.

den. Etwas zurückhaltender wird das Konzept zudem dahingehend formuliert, es seien Aufgaben, die aus Sicht des Bürgers zusammengehören, zu bündeln⁹⁰ (Lebenslagenkonzept⁹¹). Mit einem Kontakt kommt man dann nicht aus, vielmehr gibt es Anlaufstellen für jedes Aufgabenbündel. Auch dann reduziert sich aber die Zahl der Anlaufstellen.

Ein One-Stop-Government zu errichten, stellt die beteiligten Verwaltungsträger vor hohe organisatorische Anforderungen: Da Ziel ein vernetztes Arbeiten zwischen Back Offices und Front Offices ist, müssen die Arbeitsprozesse koordiniert und nicht zuletzt Kompatibilität der technischen Lösungen hergestellt werden.⁹² Viele Verwaltungen werden dabei auf die Einbeziehung externen Sachverständs angewiesen sein, so dass Bürgerbüros häufig in Kooperation mit Privaten betrieben werden müssen.⁹³ Besonders schwierig ist die Koordination, wenn verschiedene Verwaltungsebenen in ein One-Stop-Government einbezogen werden sollen.⁹⁴ Ein weiteres Hindernis dürfte auch der finanzielle Aufwand sein, der mit der Einrichtung dezentraler, informationstechnisch vernetzter Front Offices verbunden ist.⁹⁵ Ob die Errichtung von One-Stop-Strukturen in nennenswertem Umfang gelingen wird, bleibt abzuwarten.

II. *Hindernisse durch geltendes Verfahrensrecht*

1. *Zuständigkeitsregelungen*

Rechtliche Hemmnisse für die Einrichtung von One-Stop-Government-Strukturen könnten sich aus den geltenden – streng genommen dem Organisations-, nicht dem Verfahrensrecht angehörenden – Regelungen über die Entscheidungszuständigkeit ergeben. Über gesetzliche Zuständigkeitsbestimmungen darf sich eine One-Stop-Organisation nicht hinwegsetzen. Unzulässig wäre es etwa, wenn die gesetzlich einer bestimmten Fachbehörde zugewiesenen verwaltungsrechtlichen Entscheidungen von einer als Front Office agierenden anderen Behörde getroffen würden. Das Front Office kann eine solche Entscheidung auch nicht als »Vertreterin« im Namen der zuständigen Behörde treffen.⁹⁶ Ob es zum Konflikt mit Zuständigkeitsvorschriften kommt, hängt von der konkreten organisatorischen Ausgestaltung ab. One-Stop-Govern-

90 Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.1), 26.

91 Plamper (Fn.87), 48.

92 Eifert, ZG 2001, 115, 120.

93 Dazu Eifert, ZG 2001, 115, 121f.; Groß, DÖV 2001, 159, 163.

94 Eifert, ZG 2001, 115, 120f.

95 So ist etwa in der Zollverwaltung der gegenläufige Trend stärkerer Zentralisierung zu beobachten: Die Zahl der Zollämter wird gerade wegen der IT-Kosten reduziert.

96 Stelkens/Stelkens, in SBS (Fn.30), § 41 Rn.7.

ments lassen sich unterschiedlich organisieren, insbesondere bestehen unterschiedliche Vorstellungen zur Aufgabenverteilung zwischen Front- und Back Office.⁹⁷

Werden in einem Bürgeramt Aufgaben verschiedener Fachämter ein und derselben kommunalen Behörde zusammengeführt⁹⁸, entstehen keine Konflikte mit Zuständigkeitsregelungen. Es handelt das Bürgeramt dann im einen Verfahren als Fachamt x und im nächsten Verfahren als Fachamt y; die Behördenzuständigkeit wird stets gewahrt. Ein Back Office taucht bei dieser Organisationsform gar nicht auf.

Denkbar ist auch, ein Bürgeramt wie einen »Postboten« oder einen »Briefkasten«⁹⁹ der Back Offices zu organisieren.¹⁰⁰ Das Front Office trifft keine eigenen Maßnahmen und Entscheidungen, sondern übermittelt dem Bürger vor Ort gebündelt alle Maßnahmen, die von den zentralen Fachbehörden getroffen wurden: Das Bürgeramt nimmt Anträge entgegen, leitet sie an die entsprechende Fachstelle zur sachlichen Bearbeitung weiter und gibt später die bearbeiteten Anträge, Ausweise o.ä. wieder aus oder leitet dem Bürger auch Auskünfte der Fachbehörde zu.¹⁰¹ Dies ist im Grundsatz mit den bestehenden Zuständigkeitsvorschriften vereinbar, denn die eigentliche Aufgabenwahrnehmung verbleibt bei der gesetzlich zuständigen Behörde, das Bürgeramt übernimmt lediglich Übermittlungsfunktion; dagegen ist aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Sicht nichts einzuwenden. Allerdings muss hier auch nach außen klar hervortreten, dass entscheidende Behörde nicht das Bürgeramt, sondern die Fachbehörde ist. Fehler können hier im Fall des Erlasses eines Verwaltungsakts gem. § 44 II Nr.1 VwVfG zur Nichtigkeit führen.

Sehr viel weiter geht die Vorstellung, im Front Office würden all jene Verwaltungsdienstleistungen angeboten, die der Bürger nicht über das Internet beziehen will oder kann, das Back Office werde lediglich konsultiert, wenn ein Problem nicht gelöst werden könne.¹⁰² Hiernach ist das Front Office nicht lediglich Briefkasten, sondern übernimmt selbst die eigentlichen Verwaltungsauf-

97 Einen Überblick über verschiedene Organisationsformen von Bürgerämtern findet sich z.B. in: Vom Bürgerbüro zum Internet – Empfehlung zum Datenschutz für eine serviceorientierte Verwaltung, www.lfd.niedersachsen.de/aktuelles/aktuelles1.html, S.6.

98 Vom Bürgerbüro zum Internet – Empfehlung zum Datenschutz für eine serviceorientierte Verwaltung, www.lfd.niedersachsen.de/aktuelles/aktuelles1.html, S.6 »Multifunktionales Bürgeramt«.

99 Vom Bürgerbüro zum Internet – Empfehlung zum Datenschutz für eine serviceorientierte Verwaltung, www.lfd.niedersachsen.de/aktuelles/aktuelles1.html, S.7 spricht hier treffend von der Übernahme eines »Postdienstes«.

100 Plamper (Fn.87), 48, vergleicht das Frontoffice mit einem Ladentisch und die Back Offices mit Fabrikhallen für die Produkterstellung. Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 89, vergleicht den One-Stop-Shop mit einem Kauf im Einzelhandelsvertrieb im Gegensatz zum Kauf ab Fabrik oder Bauer.

101 Vom Bürgerbüro zum Internet – Empfehlung zum Datenschutz für eine serviceorientierte Verwaltung, www.lfd.niedersachsen.de/aktuelles/aktuelles1.html, S.6: »Meldebehörde mit Service-Angeboten«.

102 Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 326.

gaben. Hier stößt man an die Grenzen dessen, was Zuständigkeitsregelungen zulassen. Will man die Zuständigkeitsordnung nicht grundlegend verändern, lässt sich eine so zentrale Stellung des Bürgeramts, das die Fachbehörden bloß noch im Notfall konsultiert, nur im Bereich von Verwaltungsaufgaben realisieren, die nicht an die fachbehördlichen Zuständigkeiten gebundener Gesetzesvollzug sind, sondern vielmehr in den Bereich gestaltender Selbstverwaltungstätigkeit fallen. Gegen – nur durch Gesetzesänderung realisierbare – Zuständigkeitsbündelungsbestrebungen auch im Bereich der gesetzessvollziehenden Verwaltung sprechen erhebliche Bedenken: Vor allem gingen die durchaus gewollten Effekte einer pluralistischen Binnendifferenzierung der Verwaltung als »Antwort auf die Multidimensionalität und -polarität vieler Problemlagen« verloren.¹⁰³

Da Zuständigkeitsverteilungsregelungen im Grundsatz ihren guten Sinn haben, ist insoweit ein Reaktionsbedarf des Verwaltungsverfahrensrechts zu verneinen, auch wenn dem Konzept des One-Stop-Government damit Grenzen gesetzt sind.

2. *Wahlmöglichkeit zwischen Front und Back Office*

Eng mit den Zuständigkeitsregeln zusammen hängt ein weiteres: Der One-Stop-Shop kann nur als Angebot an den Bürger, nicht aber als Beschränkung des Zugangs zur Verwaltung ausgestaltet werden. Dem Bürger bleibt die Wahlmöglichkeit, sich unter Übergehung des Bürgeramts und dessen Briefkasten- und Postbotenfunktion direkt an die zuständige Fachbehörde zu wenden. § 24 III VwVfG untersagt der Behörde, die Entgegennahme von Erklärungen oder Anträgen, die in ihre Zuständigkeit fallen, deshalb zu verweigern, weil sie die Erklärung oder den Antrag in der Sache für unzulässig oder unbegründet hält. In ihrem Zuständigkeitsbereich hat die Behörde Erklärungen und Anträge demnach entgegenzunehmen. Das muss erst recht gelten, wenn die Behörde den Antrag nicht für unzulässig oder unbegründet hält. § 24 III VwVfG gilt analog auch unabhängig vom bereits anhängigen Verfahren, insbesondere auch für Erklärungen, Eingaben u.ä., die in keinem Zusammenhang zu einem Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG stehen.¹⁰⁴ Wollte man die Wahlmöglichkeit des Bürgers, Kontakt statt zum Front Office zum Back Office aufzunehmen, unterbinden, müsste eine § 24 III VwVfG beschränkende Regelung getroffen werden. Damit würden jedoch die Zugangsmöglichkeiten des Bür-

103 Zu Recht weist Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.1), 26f., darauf hin, dass es Aufgabe der Verwaltung ist, die zahlreichen, oftmals widersprüchlichen gesellschaftlichen Interessen aufzunehmen und zu verarbeiten und dass diese »Organisation des Widerspruchs« nicht fraglos der Idee des One-Stop-Governments geopfert werden dürfe.

104 Kopp/Rausauer (Fn.55), § 24 Rn.57.

gers zur Verwaltung wieder beschnitten, was im Hinblick auf das Ziel, Verwaltung bürgerfreundlicher zu gestalten, nicht sinnvoll wäre.¹⁰⁵

3. *Bekanntgabe*

Kein Problem ist darin zu sehen, wenn das Bürgeramt die Entscheidung der Fachbehörde bekannt gibt. Selbst die Regelung über die Bekanntgabe von Verwaltungsakten gestattet die Bekanntgabe durch eine andere Behörde.¹⁰⁶ § 41 VwVfG lässt offen, wer den Verwaltungsakt bekannt zu geben hat¹⁰⁷, dies lässt die Bekanntgabe durch eine andere Behörde oder auch eine andere Privatperson¹⁰⁸ als Boten zu, sofern die Bekanntgabe mit Wissen und Wollen der erlassenden Behörde erfolgt.¹⁰⁹ Einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf es hierfür nicht.¹¹⁰

4. *Betreuung*

Schwierigkeiten treten bei der Erfüllung der Betreuungspflichten nach § 25 VwVfG auf. Im One-Stop-Government müsste das Bürgeramt die Beratung und Auskunfterteilung bezüglich aller dort gebündelten Verfahren übernehmen, auch wenn diese in die Sachkompetenz einer Fachbehörde fallen.¹¹¹ Bei sachlich und rechtlich komplizierteren Verfahren könnte das Bürgeramt mit der Beratungspflicht überfordert sein. Die Unterstützung des Bürgeramts in seiner Beratungsaufgabe durch die Fachbehörde stößt ebenfalls auf Schwierigkeiten, weil die Fachbehörde bei der One-Stop-Organisation u.U. zu weit vom Sachverhalt und vom zu betreuenden Antragsteller entfernt ist, um den konkreten – stets anhand des Einzelfalls zu bestimmenden¹¹² – Betreuungsbedarf ohne Weiteres erkennen zu können. U.U. fehlt also einerseits dem Bürgeramt die spezielle Fachkompetenz, und der Fachbehörde fehlt andererseits konkrete Fallkenntnis.

Zwar ist § 25 VwVfG nicht so zu verstehen, dass eine andere als die für die Sachentscheidung zuständige Behörde die Betreuung nicht übernehmen dürfte. Das Bürgeramt riskiert dann allerdings, sich Amtshaftungsansprüchen auszusetzen, wenn es falsch berät oder falsche Auskunft erteilt. Da § 25

105 Für Wahlmöglichkeit auch Lenk, *Außerrechtliche Grundlagen* (Fn.1), 90.

106 Zweifelfnd BFH, NVwZ 1994, 207f.

107 Meyer, in Meyer/Borgs-Meyer (Fn.54), § 41 Rn.2.

108 Stelkens/Stelkens, in SBS (Fn.30), § 41 Rn.7; das ist wichtig, wenn das Bürgeramt durch eine Privatrechtsperson betrieben wird.

109 Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 41 Rn.8; Stelkens/Stelkens, in SBS (Fn.30), § 41 Rn.7; Meyer, in Meyer/Borgs (Fn.54), § 41 Rn.2; BVerwGE 39, 345, 347 (Weitergabe durch TÜV).

110 Stelkens/Stelkens, in SBS (Fn.30), § 41 Rn.7.

111 Selbstverständlich bleibt nach oben Gesagtem daneben auch die Fachbehörde für die Betreuung zuständig, wenn sich der Bürger an diese wendet.

112 Engelhardt, in Obermayer (Fn.60), § 25 Rn.21, 23; Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 25 Rn.11.

VwVfG die zuständige Fachbehörde zur Betreuung verpflichtet, ist Maßstab für die Beurteilung der Betreuung das Wissen eines Beamten der Fachbehörde, nicht des Bürgeramts.¹¹³

Das Problem fehlender Betreuungskompetenz ist durch das Verfahrensrecht nicht zu beheben. Konsequenz muss vielmehr sein, bei komplexeren Fragestellungen doch wieder den direkten Kontakt zwischen Bürger und Fachbehörde herzustellen.

5. Anhörung

Nicht unproblematisch ist im One-Stop-Government auch die Erfüllung der Anhörungspflicht nach § 28 VwVfG. Nach § 28 I VwVfG ist vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in die Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu äußern. Grundsätzlich ist Gehör vor der Stelle und dem Amtsträger zu gewähren, die über den Erlass und den Inhalt des Verwaltungsakts entscheiden.¹¹⁴ Da dies auch bei One-Stop-Organisationen aus Kompetenzgründen das Back Office bleibt, genügt die Anhörung durch das Bürgeramt demnach nicht. Nicht abschließend geklärt ist, ob es genügt, wenn die entscheidende Stelle eine andere Stelle mit der Anhörung beauftragt.¹¹⁵ Dies würde die Erfüllung der Anhörungspflicht durch Beauftragung des Bürgeramts ermöglichen. Grundsätzlich erscheint es nicht notwendig, dass die Anhörung unmittelbar durch das entscheidende Organ vorgenommen wird. Es genügt vielmehr, wenn sichergestellt ist, dass alle wesentlichen Ergebnisse der Anhörung in den Entscheidungsvorgang einfließen.¹¹⁶ Bei schriftlicher Anhörung ist darum gegen die Vornahme durch Beauftragte nichts einzuwenden. Das Ergebnis der Anhörung kann ohne Übermittlungsverluste an die entscheidende Behörde weitergeleitet und von dieser bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Problematisch ist hingegen eine mündliche Anhörung durch Beauftragte. Hier bestünde die Gefahr des Informationsverlusts bei der Übermittlung des Anhörungsergebnisses an die entscheidende Behörde. Die Ergebnisse einer mündlichen Anhörung lassen sich nicht ohne weiteres authentisch weitergeben. Soweit eine mündliche Anhörung erforderlich ist, muss die Fachbehörde sie darum selbst vornehmen. Daraus ergeben sich Restriktionen für die Errichtung von One-Stop-Organisationen. Das Gebot der unmittelbaren mündlichen Anhörung ist jedoch funktionsgerecht und sollte darum nicht geopfert werden.

113 Zu den Anforderungen an die Betreuung Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 25 Rn.11.

114 BSGE 44, 207, 208; OVG Bautzen, DÖD 1999, 65, 66; Bonk/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 28 Rn.46.

115 Zweifelnd OVG Bautzen, DÖD 1999, 65, 66.

116 Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 28 Rn.12; zustimmend Bay VGH, BayVBl. 1988, 496, 497.

6. Datenschutzrecht

Erhebliche Hindernisse ergeben sich auch aus dem Datenschutzrecht, das hier aber wegen seiner Verselbstständigung gegenüber dem Verfahrensrecht¹¹⁷ ausgeklammert bleibt.¹¹⁸

III. Ergebnis

Es zeigt sich, dass das geltende Verfahrensrecht der Errichtung von One-Stop-Government-Strukturen *Grenzen* setzt. Diese ergeben sich zum einen aus Zuständigkeitsvorschriften und dem Wahlrecht des Bürgers, sich ans Bürgeramt oder aber auch direkt an die zuständige Behörde zu wenden; beides sollte nicht ohne Weiteres preisgegeben werden. Vor allem bei komplizierteren Verfahren und bei der Vorbereitung eingreifender Verwaltungsakte ist zum anderen wegen Betreuungs- und Anhörungspflichten eine Einschaltung der Fachbehörde in die Interaktionsbeziehungen zum Bürger *de lege lata* kaum zu vermeiden, und sie sollte auch in Zukunft erfolgen. Der rechtliche Befund bestätigt damit die Einschätzung, dass Bürgerämter und One-Stop-Organisation ihren Anwendungsbereich vor allem bei den sog. kommunalen Dienstleistungen finden, nicht hingegen bei der Eingriffsverwaltung.

Weil das geltende Verwaltungsverfahrenrecht hier durchaus seine ordnende Wirkung erfüllt, ist umgekehrt auch kein Reaktionsbedarf zur Wahrung der *Ordnungsfunktion* des Verwaltungsverfahrenrechts zu konstatieren. Insgesamt setzt das Verwaltungsverfahrenrecht für die Einrichtung von Bürgerämtern angemessene rechtliche Leitlinien.

117 Kritisch zu dieser Verselbstständigung Schmidt-Abmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.14), 419.

118 Speziell zu Datenschutzproblemen im Bürgeramt Schreiber, *Verwaltung going digit@1*, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 42; Vom Bürgerbüro zum Internet – Empfehlung zum Datenschutz für eine serviceorientierte Verwaltung, www.lfd.niedersachsen.de/aktuelles/aktuelles1.html, S.8.

C. *IuK-Technik-gestützte Neuordnung der verwaltungsinternen Arbeitsweise*

I. *Leitbild*

Großes Innovationspotenzial wird dem verwaltungsinternen Einsatz von IuK-Technik zugeschrieben¹¹⁹, wobei hier vieles noch dem Reich des Visionären zugerechnet werden muss. Kennzeichnend für die Visionen vernetzter Arbeitsweise sind die weitestgehende Elektronisierung der Vorgangsbearbeitung¹²⁰, die Zurückdrängung dauerhaft segmentierter Organisations- und Arbeitsstrukturen, die Einschränkung des Prinzips der Arbeitsteilung zugunsten stärker integrierter¹²¹ Organisations- und Arbeitsformen. Die Abgrenzungen zwischen Verwaltungseinheiten sollen durchlässiger und Funktionen oder Arbeitsgänge innerhalb und zwischen Organisationen verknüpft werden.¹²² Überzeichnend lässt sich informationstechnisch integrierte Arbeitsweise der Verwaltung als Zustand beschreiben, in dem verwaltungsintern jeder an jedem Ort zu jedem Vorgang und zu jeder Information Zugang hat und seinen Beitrag dazu leisten kann.¹²³ Als wesentlich wird auch der Abbau von Hierarchien angesehen; an die Stelle vertikaler Interaktionsbeziehungen treten vernetzte Beziehungen.¹²⁴

119 Skizzen der Visionen der Arbeitsweise vernetzter Verwaltung finden sich z.B. bei Dieckmann (Fn.17), 71; Reiner mann, *Der öffentliche Sektor im Internet*, 2000, 89; Boehme-Neßler, *NVwZ* 2001, 374, 379.

120 Dazu anschaulich z.B. Engel, *IT-gestützte Vorgangsbearbeitung in der öffentlichen Verwaltung*, in Lenk/Traum Müller (HG.), *Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik*, 1999, 143ff.; ders., *Einführung der IT-gestützten Vorgangsbearbeitung – Strategien für die öffentliche Verwaltung*, in Reiner mann (Hg.), *Regieren und Verwalten im Informationszeitalter*, 2000, 391ff.

121 Reiner mann, *Vernetzte Verwaltung*, DV 1995, 1, 11: »integrierte Vorgangsbearbeitung«; Killian/Wind, *Vernetzte Verwaltung und zwischenbehördliche Beziehungen*, *VerwArch.* 1997, 499, 500.

122 Killian/Wind, *VerwArch.* 1997, 499, 500.

123 Repräsentativ für diese Vorstellung Dieckmann (Fn.17), 71: »Die angedeuteten Szenarien werden neue Formen der Arbeitsorganisation in der Kommunalverwaltung mit sich bringen ... Dabei geht es um die Abflachung von Hierarchien, die Dezentralisierung von Entscheidungskompetenzen und die Etablierung partiell autonomer Arbeitsgruppen ... Vorstellbar ist, dass nicht mehr formale, sondern mehr informelle Koordination von Teilprozessen bei Verwaltungsabläufen erforderlich werden, Informationen und Fachwissen im Sinne von Ressourcen nicht mehr separat vorgehalten, sondern fallweise im Hinblick auf die jeweils zu lösende Aufgabe mobilisiert und gebündelt werden, die Trennung zwischen interner Verwaltung und nach außen gerichteten Aktivitäten durchlässiger und ständig veränderbar wird und es weniger festgefügte Abteilungen geben wird, sondern immer wieder nach Bedarf wechselnde und eigenverantwortliche Projektgruppen und Teams geschaffen werden.«

124 So z.B. Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.1), 32; Dieckmann (Fn.17), 71.

Verschiedene Bausteine können gemeinsam zur Herausbildung solcher Arbeitsstrukturen beitragen:

Voraussetzung für vernetzte Arbeitsweise ist eine weitestgehend elektronische Vorgangsbearbeitung, insbesondere auch elektronische Aktenführung¹²⁵. Die elektronische Vorgangsbearbeitung gestattet z.B. gleichzeitiges Arbeiten verschiedener Sachbearbeiter, verschiedener Ämter, verschiedener Behörden, möglicherweise sogar verschiedener Rechtsträger an einem Dokument¹²⁶; technisch möglich ist damit auch der ständige Zugriff auf konkrete Verwaltungsverfahren durch verschiedene Stellen. Es müssen eben nicht Aktenordner von einer Stelle zur anderen transportiert werden oder Akten zwecks gleichzeitiger Bearbeitung an verschiedenen Stellen fotokopiert werden, sondern sie können an jeder beliebigen Stelle über das Netz verfügbar gemacht werden. Das ermöglicht parallele statt sequenzieller Vorgangsbearbeitung.¹²⁷

Die informationstechnische Vernetzung soll die Verwaltungsarbeit auch insofern grundlegend verändern, als sich virtuell vernetzte Arbeitsgruppen über die traditionellen Behörden- und Ämterzuständigkeiten hinweg bilden lassen¹²⁸ und Spezialisten aus dem gesellschaftlichen Bereich in diese virtuellen Arbeitsgruppen einbezogen werden können¹²⁹. In der elektronischen Vernetzung wird dabei eine Gewähr für den hinreichenden Zusammenhalt bei größerer Beweglichkeit und Freiheit der einzelnen Verwaltungsteile gesehen¹³⁰. Große Bedeutung wird auch der Möglichkeit beigemessen, virtuelle Ad-hoc-

125 Zum elektronischen Dokumentenmanagement Engel, Einführung der IT-gestützten Vorgangsbearbeitung (Fn.120), 393ff. Zur Bedeutung der Digitalisierung von Datenbeständen auch Reinermann, Verwaltungsreform und technische Innovation – ein schwieriges Dauerverhältnis, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 11, 18. Ein großes praktisches Hindernis für den Einsatz elektronischer Akten-Management-Systeme ist das Fehlen tauglicher Aktenpläne. In vielen Kommunen existieren lediglich völlig veraltete Aktenpläne, die die klare Zuordnung eines großen Teils der Akten nicht mehr gestatten. Zur Bedeutung des Aktenplans auch Bonin, Elektronische Aktenbearbeitung und ihr Innovationspotenzial, in Traummüller (Hg.), Geschäftsprozesse in öffentlichen Verwaltungen, 1995, 81, 89.

126 Reinermann, DV 1995, 1, 11: »integrierte Vorgangsbearbeitung«; Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 38: »Entgrenzungen der Informationsordnung«.

127 Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 93.

128 Dieckmann (Fn.17), 71; Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 37; Boehme-Neßler, NVwZ 2001, 374, 379: Innerhalb der Verwaltung werden selbständigere Einheiten »Unternehmensnetzwerke« bilden und strategische Allianzen eingehen, um ihre Ziele zu erreichen; Reinermann, Der öffentliche Sektor im Internet, 2000, 89: Während sich bislang entscheidungsvorbereitende Gruppenarbeit schwerpunktmäßig innerhalb traditioneller Behördengrenzen abspielte, greift die virtuelle Verwaltung darüber hinaus und nutzt die interorganisatorischen Netzwerke.

129 Reinermann, Der öffentliche Sektor im Internet, 2000, 89: Zuschaltung von Leistungen Dritter.

130 Reinermann, DV 1995, 1, 6; Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 263; Voßkuhle, »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 2001, 184, 199: »Informationelle Einheit der Verwaltung«.

Arbeitsgruppen bilden zu können.¹³¹ Die Bildung virtueller Arbeitsgruppen, insbesondere die Ad-hoc-Arbeitsgruppenbildung, sind allerdings eher im politischen, konzeptionellen oder auch koordinierenden Tätigkeitsbereich der Verwaltung zu erwarten, wo es darum geht, zu bestimmten Fragestellungen (spontan) Erfahrungen aus unterschiedlichen Bereichen zusammenzuführen.¹³² Beim Gesetzesvollzug erscheint das weniger angemessen. Hier ist zum einen besser vorhersehbar, welches Wissen benötigt wird. Zum anderen haben segmentierte Aufgabenwahrnehmung und Spezialisierung hier aus verschiedenen Gründen ihre grundsätzliche Berechtigung¹³³ und werden erhalten bleiben.

Kennzeichnend für den verwaltungsinternen Einsatz der IuK-Technik ist auch die Zunahme der Verwendung prozessorientierter Software, die die Verwaltungsabläufe¹³⁴, insbesondere auch die Verwaltungszusammenarbeit¹³⁵ steuert. Weiteres wichtiges Element vernetzter Verwaltung ist die Anlegung gemeinsamer Datenbanken und allgemein die netztechnisch unterstützte Organisation des verwaltungsinternen Zugangs zu Information.¹³⁶ Und nicht zuletzt gestattet die Vernetzung, Datenverarbeitungsvorgänge bequem auf Rechenzentren auszulagern.¹³⁷

131 Dieckmann (Fn.17), 71; Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 37.

132 Allgemein wird die Verwendung von teamorientierten Einheiten eher für sinnvoll gehalten, wenn der Entscheidungsprozess gering programmiert ist, B. Becker, Öffentliche Verwaltung, 1989, 612.

133 S.u. IV.1.

134 Zur elektronischen Workflow-Unterstützung Gross/Traunmüller, Office Automation, Workflow Management und Groupware: Bürounterstützung im Wandel, in Traunmüller (Hg.), Geschäftsprozesse in öffentlichen Verwaltungen, 1995, 1, 2ff.; Reinermann, DV 1995, 1, 11. Engel, Einführung der IT-gestützten Vorgangsbearbeitung (Fn.120), 398ff. Allerdings hat sich der Einsatz von Workflow-Systemen wohl keineswegs überall bewährt, dazu Traunmüller, Annäherung an die Verwaltung aus der Sicht der Informatik: Technikpotenziale und Systemlösungen, in Lenk/Traunmüller (Hg.), Öffentliche Verwaltung und Informationstechnik 1999, 21, 33: »Immer wieder ist in den neunziger Jahren versucht worden, starre Workflow-Systeme in der Verwaltungsarbeit einzuführen ... Vor allem die »hohe« Ministerialverwaltung, aber auch andere politikt nahe Bereiche, von denen die Verwaltung auch in ihren bürgernahen Dienstleistungsgeschäften durchsetzt ist, können es sich kaum leisten, in enge Regeln eingepreßt zu arbeiten. Genauere Anforderungserhebung führt hier inzwischen zu differenzierteren Referenzmodellen.«

135 Zum Einsatz von Gruppenarbeit unterstützender Groupware Gross/Traunmüller (Fn.134), 6ff.; Engel, Einführung der IT-gestützten Vorgangsbearbeitung (Fn.120), 407ff.

Durch den Einsatz von Groupware soll der Prozess gegenseitiger Zurverfügungstellung von Daten kontrolliert verlaufen. Organisatorische Anforderungen, wie die Regelung der Fragen, wer wann welche Daten bekommen darf oder muss und in welcher Reihenfolge diese zu bearbeiten sind, muss in die Software eingearbeitet werden. Hier sind die strukturellen Vorgaben im Vergleich zur Workflow-Automation geringer. Typisch sind Vorgänge in Behörden, die unter Beteiligung mehrerer Mitzeichnender bearbeitet werden, oder auch zeitlich begrenzte Projekte, Reinermann, DV 1995, 1, 10f.

136 Dazu unten D.

137 Dies ist aber keinesfalls ein neues Phänomen und wird gerade nicht als Charakteristikum der Informationstechnik-Anwendung innerhalb moderner Verwaltungen angesehen. S. Lenk, Electronic Government (Fn.16), 127.

Einige dieser Elemente lassen sich jedenfalls im Ansatz heute schon in Verwaltungen beobachten; insbesondere die Verwendung prozessorientierter Software, die die gewohnten Arbeitsabläufe elektronisch unterstützt, scheint rasch zuzunehmen. Allerdings wäre es ein Trugschluss anzunehmen, dass informationstechnische Vernetzung all diese Entwicklungen automatisch auslöst.¹³⁸ Die technischen Voraussetzungen vernetzten Arbeitens sind heute in den meisten Verwaltungen vorhanden¹³⁹, ohne dass es bislang in großem Stile zur Ausnutzung des Potenzials dieser Technik für stärker integrierte Vorgangsbearbeitung gekommen wäre¹⁴⁰. Stärker integrierte Arbeitsweise setzt eben nicht bloß technische Vernetzung, sondern auch faktisch-organisatorische Vernetzung innerhalb der und zwischen den Verwaltungseinheiten voraus. Dies macht ein hohes Maß an Koordination und Organisation erforderlich¹⁴¹, zu der die IuK-Technik lediglich das Werkzeug liefert.

Koordination ist schon als solche eine anspruchsvolle Aufgabe, nicht zuletzt weil sie Kooperationswille und Kooperationsfähigkeit voraussetzt.¹⁴² So werden erhebliche Kooperations- und Koordinationsdefizite, insbesondere auch im technisch-organisatorischen Bereich, konstatiert: Es fehle etwa an Standards für Datenaustauschformate und Nachrichteninhalte elektronischer Verwaltungsverfahren, ohne dass die Entwicklung übergreifender Koordinationsstrukturen in Aussicht stünde; vielmehr würden an verschiedenen Stellen Standardisierungsanstrengungen unternommen, die bislang ohne Koordination ablaufen. Infolge eines eher dezentralen »muddling through« finde kein hinreichend systematischer Wissensaufbau statt.¹⁴³ Insoweit fehlt es offensichtlich an einer hinreichenden Kooperation der Beteiligten.

Die Organisation und Koordination vernetzter Verwaltungsarbeit ist darüber hinaus anspruchsvoll, weil sie zugleich genaue Kenntnis der technischen Aspekte von vernetzter Arbeit wie auch der Verwaltungsabläufe und ihrer In-

138 So zu Recht Snellen, *Flache Hierarchien im Staatsaufbau: Von der hochdifferenzierten Verwaltung zur zweistufigen Verwaltung?* in Reinermann (Hg.), *Regieren und Verwalten im Informationszeitalter*, 2000, 156, 165; Reinermann, *Das Internet und die öffentliche Verwaltung*, DÖV 1999, 20, 25.

139 Die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien ordnet dies für die Bundesverwaltung in § 5 GGO ausdrücklich an: I. Die Bundesministerien schaffen die Voraussetzungen, um Informationen in elektronischer Form bereitzustellen, ressortübergreifend auszutauschen und zu nutzen. II: Um die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen den Bundesministerien zu verbessern, wird ein ressortübergreifendes elektronisches Kommunikations- und Informationsnetz betrieben.

140 S. Reinermann, *Verwaltungsreform und technische Innovation* (Fn.125), 11 ff., mit der Feststellung, dass Behörden Technikpotenzial bislang weitgehend ausschließlich für die Öffentlichkeitsarbeit nutzen.

141 Dazu näher Reinermann, DÖV 1999, 20, 23.

142 Zu den anspruchsvollen technischen Voraussetzungen von Kooperation Klumpp, *Von der Veränderung der Schnittstelle Mensch-Bürger*, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), *Multimedia@Verwaltung*, *Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft* 1999, 222, 231.

143 Eifert, ZG 2001, 115, 124f.

novationsbedürftigkeit voraussetzt.¹⁴⁴ Es muss bekannt sein, bei welcher Verwaltungsaufgabe wer mit wem kommunizieren will oder muss, an welchen Dokumenten in welchem Verfahrensstadium gemeinsam gearbeitet werden darf oder muss, wer Zugriff – sei es in lesender oder sogar schreibender Weise – auf welche Dokumente nehmen kann etc. Die Netztechnik an sich ist hier nicht mehr als eine instrumentelle Grundlage; die Organisation als solche muss durch Menschenhand und -verstand erfolgen.¹⁴⁵ Die intellektuellen Leistungen, die dem Aufbau von vernetzten Verwaltungsstrukturen vorausgehen müssen, scheinen bisweilen unterschätzt zu werden.¹⁴⁶ Die systematische Befassung mit diesen Fragen, insbesondere auch deren wissenschaftliche Durchdringung ist bislang eher dürftig. Hierzu könnte beitragen, dass die Ermöglichung rechtsverbindlicher Transaktion im Internet derzeit alles Interesse an informationstechnisch vernetzter Verwaltung absorbiert. Auch bei den im Media@Komm-Wettbewerb preisgekrönten Projekten der Städte Bremen, Esslingen und Nürnberg steht die Ermöglichung elektronischen Rechtsverkehrs mit der Verwaltung im Vordergrund; die Neuordnung der verwaltungsinternen Arbeitsweise spielt allenfalls eine untergeordnete Rolle.¹⁴⁷

II. *Hindernisse durch geltendes Verfahrensrecht*

Aus vorstehend Gesagtem ergibt sich bereits, dass größtes Hindernis auf dem Weg zu einer stärkeren Elektronisierung der verwaltungsinternen Arbeitsweise die anspruchsvollen Organisations- und Koordinationsmaßnahmen sind, die dem vorausgehen müssten. Mit dem Verwaltungsverfahrenrecht hat das wenig zu tun. Dass das Verwaltungsverfahrenrecht der Umgestaltung verwaltungsinterner Arbeitsweisen kaum im Wege steht, liegt schon daran, dass es traditionell die Außenbeziehungen, nicht aber die inneren Arbeitsabläufe der Verwaltung regelt.

Allerdings könnten die die Außenbeziehungen der Verwaltung betreffenden Schriftformerfordernisse des Verwaltungsverfahrenrechts mittelbar auch eine stärkere Elektronisierung der verwaltungsinternen Arbeit behindert haben, weil sie eine elektronische Vorgangsbearbeitung hemmen. Muss im

144 Treffend Reinermann, Verwaltungsreform und technische Innovation (Fn.125), 22: »Technikinnovationen sind hochwillkommen, weil sie eben Verwaltungsreform ermöglichen. Aber ohne Leitbilder, Ziele und Visionen von Rolle und Form einer Verwaltung im Informationszeitalter könnten wir sie nur richtungslos anwenden.«

145 Lenk, Electronic Government (Fn.16), 126.

146 S. dazu Lenk, »Electronic Democracy« (Fn.26), 251: »Sorge bereitet nur, dass immer wieder die reine Kommunikation über Netze als das Entscheidende angesehen wird und nicht die Organisationsleistung, welche in fortgeschrittenen Informatikkonzepten steckt.«

147 Diese Schwerpunktsetzung war allerdings bereits durch die Konzeption des Wettbewerbs angelegt; dazu <http://www.dlr.de/IT/MM/media@komm/initiative.html>.

Außenverhältnis ohnehin in Papierform agiert werden, sind die Hürden höher, intern elektronisch zu arbeiten, weil die im Außenverhältnis relevanten Dokumente dann eigens digitalisiert werden müssen. Mit der Ermöglichung elektronischer Kommunikation im Außenverhältnis wird demnach auch intern elektronische Vorgangsbearbeitung wahrscheinlicher.

1. Zuständigkeitsregelungen

Gewisse Grenzen sind der netztechnisch unterstützten integrierten Arbeitsweise durch die Zuständigkeitsregelungen gesetzt. Verwaltungsentscheidungen sind von den Einheiten zu treffen, denen sie gesetzlich zugewiesen sind, nicht von spontan oder auch längerfristig gebildeten virtuellen Arbeitsgruppen. Die in Rechtsstaats- und Demokratieprinzip wurzelnde Notwendigkeit klarer Zuordnung und Beachtung der Verantwortungssphären gilt selbstverständlich auch bei elektronischer Vorgangsbearbeitung¹⁴⁸, zum beliebigen Zugriff eines jeden auf jedes Dokument darf und wird es nicht kommen. Dies schließt zwar nicht aus, dass auch im elektronischen Verfahren Außenstehende in mehr oder weniger institutionalisierter Weise konsultiert werden, die Entscheidung muss jedoch am Ende von den dafür Zuständigen getroffen werden.¹⁴⁹ Insbesondere darf es wie bislang auch bei elektronischen Arbeitsabläufen Lese- oder gar Schreibzugriffsrechte auf die elektronischen Dokumente nur im gesetzlichen Rahmen geben. Dies sollte durch technische Regelungen der Zugriffsrechte abgesichert werden.

Oben wurde schon darauf hingewiesen, dass der Einsatz virtueller Arbeitsgruppen ohnehin weniger im gesetzesevollziehenden als vielmehr im politisch-kreativen Bereich der Verwaltungstätigkeit zu erwarten ist. Dort bestehen geringere Einschränkungen durch Zuständigkeitsvorschriften. Wo aber bestehende Zuständigkeitsvorschriften sinnvolle Entscheidungszusammenarbeit behindern, sollte der Gesetzgeber über deren Änderung nachdenken. Die informationstechnische Vernetzung könnte etwa den bisherigen Zuschnitt räumlicher Zuständigkeiten überholungsbedürftig und -fähig erscheinen lassen¹⁵⁰; wobei die hiermit möglich gewordene Zentralisierung der Aufgabenerledigung nicht auf Kosten von Bürgernähe der Verwaltung gehen sollte¹⁵¹.

148 Zutreffend Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung als informationelle Organisation, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 195, 213.

149 Dazu Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 49.

150 Dazu Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 32.

151 Zentrale Aufgabenerledigung und Bürgernähe ließen sich in einer aus Front und Back Offices bestehenden One-Stop-Struktur organisieren, s.o. B.I.

Bedenken gegen die »Entfernung der Informationsverarbeitung vom Einzelfall« macht auch Hufen (Fn.14), 150 Rn.218 geltend. Dies erscheint allerdings unproblematisch, solange nur die reine Rechenätigkeit, nicht aber die Entscheidungsfindung als solche zentral, etwa über die Großrechner von Rechenzentren, erledigt wird.

Weil die informationstechnische Vernetzung engere und schnellere Kommunikations- und Arbeitsbeziehungen über enge räumliche Grenzen hinweg gestattet, erscheinen – sofern dem Bestimmtheitsgebot Genüge getan wird – insbesondere auch flexiblere Zuständigkeitsregeln möglich.¹⁵² Wo und wie Aufgabenbereiche angesichts vernetzter Arbeitstechnik vom Gesetzgeber neu definiert werden sollten – wo also Reaktionsbedarf des Rechts besteht –, muss im Einzelfall ermittelt werden. Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass die bisherigen Regelungen über sachliche Zuständigkeitsverteilungen die Verteilung von Sachverstand regelmäßig in durchaus angemessener Weise abbilden; vor allem wird sich die Spezialisierung bestimmter Verwaltungseinheiten auf besondere Sachfragen und die dauerhafte Ansiedlung der Bearbeitung dieser Sachfragen bei den spezialisierten Verwaltungseinheiten nicht umgehen lassen.¹⁵³

2. *Papierschriftliche Aktenführung*

Neben den Zuständigkeitsregelungen könnte sich als weiteres Hindernis das Akteneinsichtsrecht (§ 29 VwVfG) und die damit verbundenen Anforderungen an die *Aktenführung* erweisen. Das Akteneinsichtsrecht funktioniert als Transmissionsriemen zwischen Außenbeziehungen der Verwaltung und der Organisation ihrer Arbeitsabläufe im Innenverhältnis. Vordergründig regelt § 29 VwVfG nur für das Außenverhältnis das Recht der Beteiligten, Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu nehmen. Dies hat jedoch Konsequenzen für die Aktenführung und damit für die interne Arbeitsweise der Verwaltung: »... aus dem Recht auf Einsicht in die ein Verwaltungsverfahren betreffenden Unterlagen [wird] die Verpflichtung der Behörde gefolgert, ordnungsgemäße Akten zu führen und alle für das Verfahren und die behördliche Entscheidung wesentlichen Vorgänge festzuhalten ... Die den Behörden nach dem GG obliegende Vollziehung der Gesetze ist nicht ohne eine Dokumentation der einzelnen Verwaltungsvorgänge denkbar, die das bisherige sachbezogene Geschehen sowie mögliche Erkenntnisquellen für das künftig in Frage kommende behördliche Handeln enthält; dies macht die Führung von

152 Reinermann, DV 1995, 1, 6.

153 Plausibel die Einschätzung bei Killian/Wind, VerwArch 1997, 499, 517f.: »Mit moderner IuK-Technik werden die in spezialisierten Einheiten anfallenden Daten über deren Organisationsgrenzen hinaus zugänglich gemacht, wodurch die inhaltlichen Zusammenhänge verschiedener Verwaltungsaufgaben für die einzelnen Verwaltungsmitarbeiter klarer ersichtlich werden. Dies wird jedoch nicht zu Veränderungen auf der Ebene der Aufgabenerledigung führen. Die bestehende Aufgabenteilung, die daraus resultierende Konzentration auf einzelne Aspekte einer komplexen Sachfrage und nicht zuletzt die damit im Zusammenhang stehende fachspezifische Qualifikation der Mitarbeiter in den verschiedenen Ebenen der Verwaltung machen es unwahrscheinlich, dass sich die individuellen oder organisationspezifischen Fach- und Aufgabenorientierungen durch die Nutzung behördenübergreifender Informationssysteme ändern werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass in den gewachsenen Verwaltungsstrukturen durchaus eine funktionale Rationalität enthalten ist.«

Akten erforderlich, ohne dass dies eines ausdrücklichen Ausspruchs im Gesetz bedürfte . . . die Pflicht zur Aktenführung soll den Geschehensablauf wahrheitsgetreu und vollständig dokumentieren und dient damit in zweifacher Weise der Sicherung gesetzmäßigen Verwaltungshandelns. Die Dokumentation soll den Geschehensablauf so, wie er sich ereignet hat, in jeder Hinsicht nachprüfbar festhalten. Sie soll hierbei nicht lediglich den Interessen der Beteiligten oder der entscheidenden Behörde dienen, sondern auch die Grundlage für die kontinuierliche Wahrnehmung der Rechts- und Fachaufsicht und für die parlamentarische Kontrolle des Verwaltungshandelns bilden.«¹⁵⁴

Wenn die Behörde demnach zur vollständigen Aktenführung verpflichtet ist, fragt sich, ob dies zwingend eine papierschriftliche Aktenführung sein muss.¹⁵⁵ Aus § 29 VwVfG ergibt sich das nicht eindeutig, und auch sonstige Bestimmungen des VwVfG geben hierauf keine klare Antwort.¹⁵⁶ Hinsichtlich der Arbeitsabläufe in den Bundesministerien verpflichtet § 12 I der GGO, elektronische Verfahren so weit wie möglich zu nutzen. Noch deutlicher heißt es in § 13 II RegRL, dass Sachakten in Papierform und in elektronischer Form vorliegen können. Richtigerweise sollte man die Frage nach der Notwendigkeit schriftlicher Aktenführung im Hinblick auf die vom BVerwG beschriebenen Funktionen der Aktenführung entscheiden. Aus der Dokumentations- und Kontrollermöglichungsfunktion der Aktenführung lassen sich als materielle Anforderungen an die Aktenführung insbesondere die Grundsätze der Vollständigkeit und der zeitlichen Beständigkeit herleiten.¹⁵⁷ Beide Kriterien er-

154 So BVerwG, NVwZ 1988, 622, teilweise – zustimmend – das Berufungsgericht zitierend; s. auch BVerfG, NJW 1983, 2135.

155 Grundsätzliche Bedenken gegen elektronische Aktenführung verneinend Roßnagel, Die digitale Signatur in der öffentlichen Verwaltung, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 158, 162. A.A. wohl Holznagel/Krahn/Werthmann, DVBl 1999, 1477, 1485 m.w.N., auch 1482: »Die Behörde selbst muss einen Ausdruck zu den Akten nehmen, um dem Erfordernis einer schriftlichen . . . Aktenführung Rechnung zu tragen.« In der Begründung zum VwVfGE, BT-Drs. 14/9000, 27, wird hingegen davon ausgegangen, dass elektronische Aktenführung zulässig sei: »5. Sie [die Behörde] ist . . . frei darin, wie sie elektronische Eingänge im internen Geschäftsgang bewältigt. Die Behörde kann deren Bearbeitung vollelektronisch fortsetzen bis hin zum elektronischen Bescheid. Sie kann aber ebenso jeden Eingang ausdrucken und ihn sodann in herkömmlicher Weise als Original auf Papier weiterbearbeiten.«

156 Ein Hindernis könnte allerdings die Verwendung von Urkunden (§ 26 I 2 Nr. 3 VwVfG) und deren Aufnahme in die Akte sein, wenn man hier die Aufnahme der papiernen Originalurkunde in die Akte verlangte, so Roßnagel, Die digitale Signatur in der öffentlichen Verwaltung, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), 162. Eine Verpflichtung zur Aufbewahrung der Originalurkunden erscheint jedoch nicht zwingend. Vgl. auch die Erläuterung zu § 6 RegRL: Wird ausschließlich elektronisch gespeichertes Schriftgut verwaltet, können Eingänge in Papierform, die nicht an den Einsender zurückzusenden sind, und Ausgänge, bei denen in Papierform abschließend gezeichnet wurde, nach elektronischer Erfassung vernichtet werden, soweit diese nicht nach anderen Vorschriften in Papierform aufzubewahren sind.

157 Zu den inhaltlichen Anforderungen an Aktenführung auch Bonk/Kallerhoff, in SBS (Fn. 30), § 29 Rn. 25ff.; s. auch die Grundsätze des § 4 RegRL: Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit, Aufbewahrung.

scheinen auch bei elektronischer Aktenführung nicht unerfüllbar.¹⁵⁸ Grundsätzlich ist die elektronische Aktenführung darum für zulässig zu halten, ohne dass es dafür einer Änderung des Verwaltungsverfahrenrechts bedürfte.¹⁵⁹

III. Förderung durch Verfahrensrecht

Eine aktive Unterstützung der Intensivierung informationstechnisch vernetzter Arbeitsweise durch das Verwaltungsverfahrenrecht kommt kaum in Betracht. Der Schwerpunkt der Entwicklung sollte bei der Verwaltung selbst liegen, die die Potenziale der Netztechnik im Wege der Selbstorganisation erschließen muss.¹⁶⁰ Zweifellos besteht hier ein zentraler Koordinations- und Steuerungsbedarf. Die Notwendigkeit kompatibler technischer Standards etwa hinsichtlich der Softwareverwendung mag das augenfälligste Beispiel sein. Die zentralen Koordinationsvorgaben sollten jedoch nicht vom Gesetzgeber kommen, sondern durch verwaltungsinterne Normen und Absprachen bestimmt werden.¹⁶¹ Denkbar wäre allerdings die gesetzliche Begründung der Koordinationsaufgabe als solcher und deren Zuweisung an dafür geeignete zentrale Stellen.¹⁶² In Betracht kommt auch die gesetzliche Einrichtung einer solchen Organisationseinheit.¹⁶³ Eine gesetzliche Grundlage wäre unter Legitimationsgesichtspunkten insbesondere dann hilfreich, wenn die Koordinationsaufgabe im Rahmen ein PPP-Modells durch eine gemischt öffentlich und privat besetzte Stelle wahrgenommen werden soll.¹⁶⁴

Wie in § 12 I der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien für die Bundesverwaltung geschehen, könnte der Verwaltung darüber hinaus durch Gesetz allgemein vorgegeben werden, die Arbeitsabläufe so weit wie möglich elektronisch zu gestalten. Eine solche Verpflichtung könnte die Intensivierung elektronischer Arbeitsweise fördern, würde der Verwaltung aber zugleich nichts Unmögliches abverlangen. Wiederum erscheint es aber sinnvoller, die Verwaltung selbst beurteilen zu lassen, in welchen Bereichen Elektronisierung in welchem Maße sinnvoll ist und wo nicht. Dass die Nutzung elektronischer Arbeitsabläufe *möglich* ist (vgl. § 12 I GGO), heißt nicht unbedingt, dass sie auch sinnvoll ist.

158 Ob die Einhaltung dieser Kriterien derzeit gewährleistet ist, erscheint allerdings zweifelhaft, s. dazu Groß, DÖV 2001, 159, 164.

159 Dazu ausführlicher unten IV.3.

160 Reinermann, Verwaltungsreform und technische Innovation (Fn.125), 19.

161 S. dazu auch Eifert, ZG 2001, 115, 124.

162 Zur Notwendigkeit, Koordinationsgremien für den Einsatz von IuK-Technik vermehrt zu institutionalisieren, Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 264.

163 Skeptisch gegenüber zu starker rechtsförmlicher Zementierung der Organisationsentscheidung für oder gegen eine zentrale Einrichtung (hier: Informationsmanagement) Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.14), 418.

164 Zur Notwendigkeit, die Verwaltung hier mit dem privaten Sektor zu verzahnen, Eifert, ZG 2001, 115, 121f.

IV. *Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion*

Mit der Etablierung der eingangs skizzierten Arbeitsformen scheinen einige Leistungen des Verwaltungsverfahrens- (und -organisations)rechts auf dem Spiel zu stehen. Es ist darum nach Möglichkeiten zu suchen, wie das Recht auf diese Gefährdungen reagieren und funktional äquivalente Sicherungen bereitstellen kann. Allerdings muss bewusst sein, dass vieles von dem, was man sich unter elektronisierter Arbeitsweise vorstellt, Vision ist und in der eingangs teilweise sehr plakativ beschriebenen Form sicherlich niemals Wirklichkeit werden wird. Dementsprechend sind die zu erwartenden Veränderungen weniger gefährlich, als die Visionen im Reinform zunächst glauben machen könnten.

1. *Preisgabe der besonderen Leistungen »segmentierter Verwaltung«*

Wird mit Hilfe technischer Vernetzung dem Leitbild integrierter Verwaltung gemäß jeder mit jedem und alles mit allem verzahnt, könnten die besonderen Leistungen der durch Zuständigkeitsregelungen segmentierten Verwaltungsorganisation verloren gehen. Zwar ist die Bildung von Arbeitsgruppen, Projektgruppen, Querschnittseinheiten u.ä. auch in konventionellen Verwaltungen ein ganz übliches Instrument der Arbeitsorganisation.¹⁶⁵ Grundsätzlich sind Kompetenzen jedoch auf verschiedene Einheiten verteilt, und diese Kompetenzverteilung wie auch die Errichtung von Kompetenzgrenzen zwischen verschiedenen Einheiten hat durchaus gewollte Effekte: Wie bereits gesehen, bildet die Binnendifferenzierung der Verwaltung die (Interessen-) Vielfalt von Problemlagen ab und hat darin ihre Berechtigung (s.o. B.II.1.). Grenzziehungen innerhalb des öffentlichen Sektors haben außerdem einen datenschutzrechtlichen Aspekt (»informationelle Gewaltenteilung«). Darüber hinaus folgt die Kompetenzverteilung durchaus Funktionalitätsgesichtspunkten: Die Aufgabenverteilung bildet eine sinnvolle Verteilung von Sachverstand ab (s.o., Fn.153). Diese Vorzüge segmentierter Verwaltungsorganisation wird niemand opfern wollen.

Eine völlige Verzahnung erschiene auch aus verwaltungspraktischer Sicht nicht sinnvoll, weil sie keine Rationalisierungsgewinne einbrächte. Niemandem wäre gedient, wenn jeder nach Belieben in fremde Arbeitsabläufe eingreifen könnte. Netzunterstützte Integration der Verwaltungsarbeit erfolgt vielmehr durch »Feinregulierung«; es müssen ganz konkrete Bereiche ermittelt werden, deren partielle Verzahnung lohnt. Nutzenswertes Integrationspotenzial könnte etwa darin liegen, die Arbeitsabläufe der Bearbeiter ein und desselben Vorgangs informationstechnisch durch den Einsatz prozessorien-

165 S. nur Siepmann/Siepmann, Verwaltungsorganisation, 1996, 54ff.

tierter Software unterstützend zu vernetzen. Denkbar wäre auch eine engere und synchronere Zusammenarbeit technischer und juristischer Bearbeiter eines Vorgangs. Im eher politischen Bereich scheint, wie gesehen¹⁶⁶, auch die Bildung virtueller Arbeitsgruppen sinnvoll. Es wird hingegen niemals darum gehen, eine wirklich entgrenzte Verwaltung zu schaffen; insofern hat man es eben tatsächlich mit einem visionären Leitbild ohne Realisierungsanspruch zu tun. Jedenfalls vorerst fordert vernetzungsbedingte »Entgrenzung« demnach keine Reaktionen des Rechts heraus, vielmehr wird man die tatsächliche Entwicklung abwarten können.

2. *Legitimationsverlust durch vernetzte Entscheidungsverfahren*

Eine engere technische und arbeitsorganisatorische Vernetzung der am Entstehen einer Verwaltungsentscheidung Beteiligten birgt die Gefahr des Verlusts der von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip geforderten Transparenz und Legitimation des Verwaltungshandelns. Wenn »jeder an jedem Ort auf jeden Vorgang Zugriff nehmen kann«, verdunkelt dies den Entscheidungsvorgang. Verwaltungshandeln wird intransparent, und das erschwert die Zuordnung der für die demokratische Legitimation des Verwaltungshandelns unerlässlichen Verantwortung für konkrete Entscheidungen. Problematisch erschiene vor allem die Einbeziehung unzuständiger Mitarbeiter oder sonstiger Personen ohne Entscheidungslegitimation, etwa auch privater Dritter in virtuelle Entscheidungseinheiten.

Ein Legitimationsverlust scheint insbesondere auch dadurch eintreten zu können, dass Hierarchien und damit die über Hierarchien vermittelte Weisungsgewalt als Grundlage demokratischer Legitimation zugunsten netzwerkartiger Arbeitsvorgänge abgebaut werden.¹⁶⁷ Das angesichts vielfältiger Verwaltungsorganisationsformen ohnehin schon in erheblichem Maße um seinen Geltungsanspruch gebrachte Konzept hierarchischer Verwaltungslegitimation scheint damit weiter an Boden zu verlieren.¹⁶⁸ Die Erwartung, »Figuren wie Anhörung, Benehmen, Einvernehmen und Zustimmung [würden in Zukunft] wenig mehr als an das Rechtssystem gerichtete Signale für die erfolgreiche Teilnahme an einem weitgehend synchron verlaufenden Abstimmungsprozess darstellen, den Koordinationsausschüsse, Fachkonferenzen oder situativ operierende soziale Systeme am Netz weitgehend informell und kollegial be-

166 S.o.II.1.

167 Vgl. Hoffmann-Riem, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.1), 32, der dies aber nicht kritisiert, sondern hierin vielmehr eine Chance sieht, dass »die früher über Hierarchien vermittelten Kommunikationen und Verantwortlichkeiten nunmehr in vernetzten Beziehungen funktional äquivalent eingerichtet werden«.

168 Zum – trotz aller berechtigten Kritik und Modifikationsbedürftigkeit im Detail dem Grunde nach weiterhin richtigen – Konzept hierarchievermittelter Legitimation grundlegend Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991.

treiben«¹⁶⁹, mag darum unter Transparenz- und Legitimationsgesichtspunkten eher Befürchtungen denn Hoffnungen auf eine positive Verwaltungsentwicklung auslösen. Insoweit könnten verfahrensrechtliche Sicherungen erforderlich sein, die unter den Bedingungen vernetzter Arbeitsweise ein äquivalentes Transparenz- und Legitimationsniveau garantieren.

a) *Enthierarchisierung*

Bevor über netzwerkartigen Verwaltungsstrukturen angemessene alternative Legitimationskonzepte nachgedacht wird, sollten die durch informationstechnische Vernetzung erzeugten Hierarchiedurchbrechungen genauer betrachtet werden. Möglicherweise hat das Denken und Sprechen über »Netzwerke« hier nämlich einen gewissen Enthierarchisierungsmythos geschaffen, ohne dass bislang genauer beschrieben worden wäre, worin der Enthierarchisierungseffekt eigentlich besteht, welche Bereiche von Verwaltung er erfasst, wie er funktioniert.¹⁷⁰ Die durch informationstechnische Vernetzung erzeugte »Netzwerkstruktur« ist nicht das Gleiche wie und erzeugt auch nicht ohne Weiteres eine netzwerkartige, hierarchiefreie Organisation der Arbeitsabläufe. Informationstechnische Vernetzung führt keineswegs automatisch zum Abbau von Hierarchie: »Computertechnik [kann] zentralisierte wie dezentralisierte Strukturen unterstützen ... Technik per se neigt weder zu einer Machterhöhung noch zu einer Machtumverteilung.«¹⁷¹ Zur Enthierarchisierung kommt es vielmehr nur dort, wo sie planvoll – und damit bereits ein Stück legitimierterweise – herbeigeführt wird.

Freilich können gewisse Enthierarchisierungsprozesse nicht in Abrede gestellt werden; diese sind allerdings eher psychologisch oder sozial denn technologisch bedingt und setzen hierarchievermittelte Legitimation außerdem nicht außer Kraft: Denkbar ist, dass die im Vergleich zur papierschriftlichen Kommunikation nach gegenwärtigen sozialen Konventionen sehr viel geringere Förmlichkeit der E-Mail-Kommunikation Enthierarchisierungseffekte zeitigt. Während die Papierform Kommunikation hemmt, weil mit ihr die Vorstellung von Endgültigkeit und damit auf allen Seiten die Erwartung inhaltlicher und förmlicher Perfektion verbunden ist, werden bei elektronischer

169 Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung (Fn.148), 212f., der aber im Anschluss sogleich »rechtsstaatliche Forderungen nach klarer Zuordnung der Verantwortungssphären« formuliert.

170 S. aber die Beschreibung bei Reinermann, DÖV 1999, 20, 23; der dort in den Vordergrund gestellte Aspekt der Ubiquität von Information kann die Veränderung der (Informations-) Beziehungen zwischen Vorgesetzten und Mitarbeitern jedoch kaum erklären, weil Information auch im Internetzeitalter keineswegs automatisch ubiquitär ist, sondern gezielter Zurverfügungstellung bedarf, s.u. D.I.

171 Krämer, Verwaltungsreform und Informationstechnologie: Von neuem betrachtet, in: Reinermann (Hg.), Neubau der Verwaltung, 1995, 181ff., 193.

Kommunikation allseitig spontanere und unkompliziertere Formen – informale Kommunikation am Dienstweg vorbei eingeschlossen – akzeptiert.¹⁷² Zur Durchbrechung von Hierarchie kommt es in zweifacher Hinsicht. Zum einen wird – jedenfalls in Kommunalverwaltungen – Mitarbeitern der unteren Ebene der direkte Zugang zur Verwaltungsspitze per E-Mail eröffnet. Dabei ist es wiederum der eher politisch-kreative Bereich der Verwaltungstätigkeit, in dem diesbezüglich Veränderungen erwartet werden können. Bei der Erarbeitung (kommunal-)politischer Stellungnahmen, Konzepte o.ä. wird per E-Mail an den eigentlichen, hierarchischen Dienstwegen vorbei kommuniziert.¹⁷³ Sachbearbeiter mailen ihre Anregungen – allerdings regelmäßig unter Billigung und Inkenntnissetzung der unmittelbaren Vorgesetzten – direkt an die Verwaltungsspitze. Zwar würde dieser direkte Kontakt auch ohne E-Mail funktionieren. Offensichtlich hat aber die allgemein anerkannte Informalität der E-Mail-Kommunikation hier den Effekt, dass auch die Umgehung des formalen Dienstwegs leichter akzeptiert wird.

Wenn hiermit dem Dienstweg etwas an Bedeutung genommen wird, geht es aber in Wirklichkeit gar nicht um eine Abschaffung der legitimationstheoretisch erheblichen Hierarchiestrukturen. Durchbrochen wird die Hierarchie nur hinsichtlich der Kommunikation von »unten nach oben«. Im Hinblick auf Verwaltungsrationalität sinnvoller Zweck der Entformalisierung der Kommunikation ist es, den Kommunikationsweg von unten nach oben zu erleichtern, um das kreative Potenzial aller Ebenen an der Spitze besser ausnutzen zu können (daraus ergibt sich zugleich, dass und warum die Entformalisierung der Kommunikation von unten nach oben nur im kreativen – also im politischen – Tätigkeitsbereich der Verwaltung, nicht aber beim Gesetzesvollzug zu erwarten ist). Diese von unten nach oben gerichtete Hierarchiedimension ist jedoch legitimationstheoretisch ohne Bedeutung, relevant ist allein die umgekehrte Hierarchiedimension von oben nach unten, die vor allem im Weisungsrecht des Vorgesetzten besteht.¹⁷⁴ Diese bleibt aber unangetastet.

Zum anderen verliert der Dienstweg auch dadurch an Bedeutung, dass gleichgestellte Mitarbeiter ohne Einbeziehung des Vorgesetzten direkt miteinander kommunizieren. Solche Querinformationen zur Beschleunigung der Arbeit und zur Entlastung der Vorgesetztenstellen sind zwar auch in einer konventionellen Verwaltung nicht unüblich¹⁷⁵, nehmen aber in einer informationstechnisch vernetzten Verwaltung sicherlich zu. Auch hierin ist jedoch grundsätz-

172 Entformalisierung erwartet auch Scherzberg, *Die öffentliche Verwaltung* (Fn.148), 212.

173 Entformalisierte Kommunikation abseits der Dienstwege wird auch bei Reinermann, *DÖV* 1999, 20, 23, als Wesen veränderter verwaltungsinterner Kommunikationsformen beschrieben.

174 Weisungs- und Aufsichtsrechte der Verwaltungsspitze sind Voraussetzung dafür, diese politisch für das Handeln in ihrem Geschäftsbereich in Verantwortung nehmen zu können; s. dazu Dreier (Fn.168), 134.

175 Dazu Siepmann/Siepmann (Fn.165), 47f.

lich keine Gefährdung legitimationsrelevanter Hierarchiedimensionen zu erblicken, weil Weisungsrecht und Verantwortung der vorgesetzten Ebenen wiederum erhalten bleiben. Allerdings setzt die effektive Wahrnehmung des Weisungsrechts Kenntnis der zu kontrollierenden Vorgänge voraus. Der für eine effektive Kontrolle erforderliche Informationsbedarf auf Vorgesetztenebene muss darum gedeckt bleiben. Gerade mit Hilfe von E-Mail ist es aber praktisch besonders gut möglich, Vorgesetzte durch elektronische Kopien von der Querkommunikation zu unterrichten und ihnen so die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen.¹⁷⁶

Insgesamt scheinen die Veränderungen verwaltungsinterner Kommunikationsabläufe infolge des Einsatzes von IuK-Technik demnach derzeit nicht solcher Art zu sein, dass das hierarchiebezogene Konzept von Verwaltungslegitimation zu modifizieren wäre und das Verwaltungsorganisations- oder -verfahrensrecht hierauf reagieren müsste.

b) *Verschleierung von Verantwortung*

Zu Legitimationseinbußen des Verwaltungshandelns könnte es kommen, wenn nicht erkennbar wäre, wer auf einen konkreten Verwaltungsvorgang Einfluss genommen hat, weil sich dann Verantwortung nicht zuordnen ließe. Wie gesehen, stehen bereits die Zuständigkeitsregelungen einer Beteiligung beliebiger Mitwirkender an Verfahren und Entscheidung entgegen. Bestehen aber (rechtmäßige) Zugriffsmöglichkeiten verschiedener Personen auf ein Dokument oder einen ganzen Arbeitsvorgang, setzt die Zuordenbarkeit von Verantwortung voraus, dass sich wie in einer Papierakte nachvollziehen lässt, wer in welcher Weise an einem Vorgang mitgewirkt hat. Im elektronischen Verfahren müssen Transparenz und Verantwortung über spezifische elektronische Dokumentationspflichten¹⁷⁷ realisiert werden. Vorbild einer rechtlichen Regelung könnte § 6 IV RegRL sein: »Bei elektronischer Vorgangsbearbeitung ist sicherzustellen, dass die Dokumente, der Laufweg und die Aufzeichnungen aus der Bearbeitung (z.B. Geschäftsgangvermerke, Verfügungen, Aktenvermerke, Zeichnungen, Mitzeichnungen, Kenntnisnahmen) in Protokoll- und Bearbeitungsinformationen nachgewiesen und der elektronischen Akte zugeordnet werden.« Auch das Datenschutzrecht kennt bereits entsprechende Dokumentationspflichten über den lesenden und schreibenden Zugriff bei automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten (z.B. die sog. »Eingabekontrolle« nach Nr. 5 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG). Solche

176 Allerdings könnte die Zunahme und Beschleunigung verwaltungsinterner Kommunikation hierarchische Kontrolle praktisch erschweren, wenn die Flut der E-Mail-Kopien auf Vorgesetztenebene nicht mehr zu bewältigen ist.

177 Zur Notwendigkeit von Dokumentation auch Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 38; Groß, DÖV 2001, 159, 163f. m.w.N.

Dokumentationspflichten sollten über die datenschutzrechtlichen Aspekte hinaus für die elektronische Vorgangsbearbeitung insgesamt statuiert werden.

3. *Verlust der Funktionen der Papierakte*

Reaktionsbedarf des Verwaltungsverfahrensrechts könnte sich hinsichtlich der für die elektronische Verfahrensgestaltung zentralen elektronischen Aktenführung ergeben. Wie gesehen, lassen sich aus § 29 VwVfG inhaltliche Anforderungen an die Führung von Verfahrensakten herleiten. Auch über § 29 hinaus ist die Aktenführung – genauer: sind die Anforderungen, die man an die Aktenführung stellt – unter Rechtsstaats- und Legitimationsgesichtspunkten ein ausgesprochen wichtiges Instrument, um Transparenz und Kontrollierbarkeit des Verfahrens zu sichern. Anhand der Akte soll nachvollzogen werden können, wie es zu einer Entscheidung kommt oder gekommen ist. Die Akte soll den Geschehensverlauf wahrheitsgetreu und vollständig dokumentieren und auf diese Weise die Kontrolle des Verwaltungshandelns ermöglichen.¹⁷⁸

Hier gibt es im elektronischen Verfahren Schwierigkeiten, die damit zu tun haben, dass die elektronische Akte im Vergleich zur Papierakte leichter manipulierbar ist und dass die gesamte elektronische Vorgangsbearbeitung weniger greifbar, viel »flüchtiger« zu sein scheint.

a) *Konkretisierung der Anforderungen an elektronische Aktenführung*

Im Vordergrund der Aktenführungspflichten steht das Kriterium der Wahrheit und Vollständigkeit¹⁷⁹ der Akte. Dem muss die elektronische Akte genauso genügen wie die Papierakte. Es wird sich zeigen, dass hier einige Besonderheiten gelten. Auch das Kriterium der Beständigkeit weist bei elektronischer Aktenführung Besonderheiten auf. Von eigener Bedeutung ist zudem die Verständigkeit der elektronischen Akte.

(1) *Vollständigkeit*

Forderungen, die hinsichtlich der Aktenwahrheit und -vollständigkeit traditioneller Aktenführung geltend gemacht werden, gelten uneingeschränkt auch für die elektronische Aktenführung. Sie müssen teilweise durch Entwicklung und Einsatz entsprechender Software technisch umgesetzt werden.

¹⁷⁸ Dazu Engel, IT-gestützte Vorgangsbearbeitung (Fn. 120), 149ff.

¹⁷⁹ Hufen (Fn.14), 164 Rn.241; BVerwG, NJW1983, 2135f.; BVerfG, NVwZ 1988, 621f.; § 6 II RegRL: »Das aus der Bearbeitung entstehende Schriftgut muss vollständig, authentisch und übersichtlich sein.«

a) Insbesondere müssen die Ergebnisse der Sachverhaltsermittlungen dokumentiert werden.¹⁸⁰ Es wird die plausible Befürchtung geäußert, dass im Zeitalter der E-Mail-Kommunikation ein großer Teil des Verwaltungsverfahrens undokumentiert bleibt, weil E-Mails nicht in die Akte aufgenommen werden. Dies kann gezielte Strategie sein, um heikle Vorgänge und Informationen der Kontrolle zu entziehen.¹⁸¹ Die Aufnahme in die Akte kann aber auch aus ganz anderen Gründen unterbleiben, etwa weil sie nicht für notwendig gehalten wird, um Zeit zu sparen oder weil mangels strukturierter E-Mail-Verwaltung eine sinnvolle Aufnahme der elektronischen Kommunikation in die Akte nicht möglich erscheint. Die Verwendung von E-Mail durch die Verwaltung gefährdet die Vollständigkeit der Aktenführung bereits heute, also bevor es überhaupt zu einer umfassenderen Elektronisierung der Verfahrensabläufe gekommen wäre. Es gibt bislang keine allgemeinen Regelungen darüber, welche E-Mails wo und wie abzulegen oder auszudrucken und in die Akte aufzunehmen sind.¹⁸² Elektronische Verwaltungskommunikation, die früher auf Papier erfolgte und dann zu den Akten genommen wurde oder telefonisch erfolgte und wenigstens zu einem Aktenvermerk führte, findet in der Akte u.U. keinen Niederschlag. Damit entgeht ein beträchtlicher Teil des Verfahrensablaufs der Dokumentation.

Genau genommen handelt es sich jedoch nicht um ein spezifisches Problem der E-Mail. Auch im Umgang mit papierschriftlichen Dokumenten und Telefongesprächen besteht keine einheitliche Handhabung der Frage, welche Notizen in eine Akte aufzunehmen sind und welche nicht, über welche Telefonate Vermerke zur Akte zu nehmen sind und über welche nicht. Diesbezüglich fehlt es – von Spezialregelungen wie § 68 IV VwVfG über die Protokollierung der mündlichen Verhandlung im förmlichen Verfahren abgesehen – bereits am eindeutigen rechtlichen Maßstab: Ob über Telefonate, Besprechungen oder sonstiges informelles Handeln von Rechts wegen schriftliche Vermerke oder Niederschriften aufzunehmen und zur Akte zu nehmen sind, lässt sich nur schwer abstrakt bestimmen.¹⁸³ Elektronisierung schafft also kein

180 So allgemein Stelkens/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 24 Rn.2; Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 311, fordert insbesondere die Angabe von verwendeten Internet-Informationsquellen.

181 Hierzu unter dem Stichwort »Aktenhygiene« Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 312 m.w.N.

182 Der Ansatz einer solchen Regelung findet sich im baden-württembergischen und im bremischen Signaturerprobungsgesetz. Nach § 3 III des bremischen Gesetzes (GBl. v. 14.6.1999, 138f.) sind durch Rechtsverordnung die Dokumentation des Zugangs einer Übermittlung (Nr.2) und die Form der Speicherung des Übermittlungsinhalts im einzelnen festzulegen, ähnlich § 3 I des baden-württembergischen Gesetzes, GBl. v. 31.7.2000, 536.

183 Bonk/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 29 Rn.27, mit dem Vorschlag, je größer die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens oder der Verwaltungsangelegenheit im öffentlichen oder privaten Interesse sei, desto eher gebiete der Grundsatz des fairen, objektiven und wahrheitsgetreuen Verwaltungsverfahrens eine Dokumentation des Geschehens, damit eine wahrheitsgetreue Nachzeichnung der Fakten möglich werde.« Zurückhaltend auch Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 10 Rn.13.

qualitativ neues, verschärft allerdings ein altes Problem. Wünschenswert wäre, dass einheitliche, möglichst präzise Konventionen für die Handhabung elektronischer Kommunikation und deren Aufnahme in die Akten vorgegeben werden.

b) Es muss sich aus einer elektronischen Akte wie bei der schriftlichen Akte ablesen lassen, wer in welcher Weise auf die Entscheidung Einfluss genommen hat.¹⁸⁴

c) Nachträgliche Korrekturen an elektronischen Dokumenten müssen erkennbar sein; insbesondere dürfen keine Dokumente aus der Akte entfernt werden. Für die elektronische Aktenführung bedeutet dies, dass keine unbefugte Löschung vorgenommen werden darf.¹⁸⁵

d) Da es niemals zu einer vollständig elektronischen Aktenführung in der Verwaltung kommen wird¹⁸⁶, bedarf es außerdem einer Regelung über das Verhältnis von der Papier- zur elektronischen Akte. Die Behörde muss sich entscheiden, ob sie Akten im Wesentlichen elektronisch oder auf Papier führt. Eine der beiden Formen muss vollständig sein.¹⁸⁷

(2) *Verständlichkeit*

Besondere Aufmerksamkeit muss auch dem Erfordernis der Aktenverständlichkeit gelten. Zwar sind an die Verständlichkeit einer Akte keine überzogenen Anforderungen zu stellen, weil sich deren Gestaltung in erster Linie an Behördenzwecken orientiert und die Akte an sich kein an den Bürger adressiertes Schriftstück ist. Die Akte muss jedoch auch für Außenstehende und Verwaltungslaien so verständlich sein, dass das Recht auf Akteneinsicht nicht mangels Aktenverständlichkeit leer läuft.¹⁸⁸ Eine elektronische Akte muss

184 S. diesbezüglich für die elektronische Aktenführung den bereits oben, 2.b) zitierten § 6 IV RegRL.

185 So § 4 III RegRL: »Dokumente dürfen aus der Akte nicht entfernt, bei Nutzung elektronischer Vorgangsbearbeitung nicht gelöscht werden. Elektronisch gespeicherte Informationen dürfen nur nach Beteiligung der Verfasserin oder des Verfassers gelöscht oder verändert werden.«

186 Ein vollends papierloses Büro wird es vor allem in solchen Verwaltungsbereichen nicht geben können, in denen Außendiensttätigkeit anfällt. Es kann auch nicht in jeglichem Außendienst ein Laptop eingesetzt werden. Insbesondere bei Aufgaben der Sozialverwaltung – z.B. bei einem Hausbesuch – könnte der Laptop-Einsatz dem Gesprächserfolg abträglich sein. Hier sind weiterhin Handakten sowie die Möglichkeit der papierschriftlichen Notiz erforderlich.

187 Eine solche Regel findet sich für die Schriftgutverwaltung der Bundesministerien in § 6 III RegRL: »Aktenrelevante elektronisch empfangene, erstellte oder versandte Dokumente sind danach bei *papiergebundener* Bearbeitung auszudrucken. Auch der umgekehrte Fall wird in der Erläuterung zu § 6 RegRL behandelt: Wird ausschließlich *elektronisch* gespeichertes Schriftgut verwaltet, können Eingänge in Papierform, die nicht an den Einsender zurückzusenden sind, und Ausgänge, bei denen in Papierform abschließend gezeichnet wurde, nach elektronischer Erfassung vernichtet werden . . .«

188 Hufen (Fn.14), 164 Rn.242; s. auch Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht (Fn.1), 387.

darum so gestaltet sein, dass sich auch Personen ohne besondere Kenntnisse von Aktenführung, insbesondere von elektronischer Aktenführung darin zu-rechtfinden können. Hieran ist z.B. die Gestaltung der Benutzeroberfläche des verwendeten Softwareprogramms zu messen¹⁸⁹, zu berücksichtigen sind auch die Schwierigkeiten im Umgang mit Hypertext-Strukturen.¹⁹⁰ Aktenverständlichkeit setzt zudem Übersichtlichkeit¹⁹¹ voraus. Es muss darum ein System der Aktenführung verwendet werden, das Suchen und Finden von Akten ermöglicht.¹⁹² So schreibt z.B. § 17 III Reg RL für die Schriftgutverwaltung in Bundesministerien vor, dass bei elektronischen Akten eine eindeutige Kennzeichnung durch aktenbezogene Angaben in der Aktendatei zu gewährleisten ist.¹⁹³ Entsprechende Regelungen sollten für alle Verwaltungen getroffen werden. Viele Verwaltungen dürften dadurch allerdings vor einige Schwierigkeiten gestellt sein, weil die bestehenden Aktenpläne häufig veraltet sind und aufgrund der Veränderung von Verwaltungsaufgaben ganz neue Einteilungen vorgenommen werden müssten, für die bislang die Klassifikationen fehlen.

(3) *Beständigkeit*

Ganz neuartige Probleme der Aktenführung ergeben sich hinsichtlich der Notwendigkeit der Beständigkeit der elektronischen Akte.¹⁹⁴ Um ihre Dokumentationsfunktion dauerhaft erfüllen zu können, muss die elektronische Akte bis einschließlich zur endgültigen Archivierung nach Bundes- und Landesarchivgesetzen einerseits überhaupt erhalten werden und andererseits lesbar bleiben. Ersteres betrifft den Erhalt und die Unversehrtheit der Datenträger und die Unverändertheit der Daten. Zweites verlangt die Vorhaltung¹⁹⁵ des verwendeten Programms oder ähnliche Maßnahmen, die sicherstellen, dass trotz schnellen Hard- und Softwarewandels Dokumente auch nach Jahren noch gelesen werden können¹⁹⁶. Beides muss sichergestellt sein, bevor zu einer voll-

189 Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht (Fn.1), 387.

190 Dazu Idecke-Lux (Fn.46), 137ff.

191 Das Merkmal der Übersichtlichkeit wird in § 6 II RegRL ausdrücklich vorgegeben.

192 Dazu Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 310, mit Hinweis auf den amerikanischen Freedom of Electronic Information Act, der jede Behörde verpflichtet, einen Index über die Akten zu erstellen und das Suchsystem zu beschreiben, das sie unterhält, um die Akten aufzufinden.

193 S. außerdem § 14 RegRL: »Die Sachakten sind in einem Aktenverzeichnis gemäß Anlage 4 zu registrieren.«

194 Dazu Groß, DÖV 2001, 159, 164; Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 312; Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40; Dix, Digitale Signaturen im Verwaltungsverfahren: Besondere Sicherheitsanforderungen erforderlich? K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 22.

195 Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40.

196 Diesbezüglich optimistisch Roßnagel, Die digitale Signatur in der öffentlichen Verwaltung (Fn.156), 162; eher skeptisch Dix, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 22: »Die Aufrecht-

elektronischen Aktenführung übergegangen werden kann. Vorher ist der Verzicht auf konventionelle Aktenführung unzulässig.¹⁹⁷ Sinnvoll ist auch eine Regelung der Dauer der Speicherung.¹⁹⁸ Besonderheiten ergeben sich bei der Aufbewahrung digital signierter Dokumente: Hier sind zusätzlich technische Vorkehrungen zur Überprüfung einer digitalen Signatur und ihrer Gültigkeit zu treffen.¹⁹⁹

Zum letzten Aspekt findet sich in § 37 IV VwVfGE für den elektronischen Verwaltungsakt eine Regelung. Danach können durch Rechtsvorschriften zusätzliche Anforderungen an die qualifizierte elektronische Signatur eines Verwaltungsakts und das ihr zugrundeliegende Zertifikat hinsichtlich deren dauerhafter Überprüfbarkeit gestellt werden. Im Übrigen trifft der VwVfGE keine Regelung zur Sicherung der Beständigkeit. Demgegenüber finden sich in einigen Spezialgesetzen wenigstens Rahmenregelungen zur dauerhaften Aufbewahrung und Lesbarkeit von elektronischen Akten und Dokumenten.²⁰⁰ Allerdings bleiben die erforderlichen konkreten technischen Detailregelungen auch in den Spezialgesetzen weitgehend der Verwaltung überlassen; auf gesetzliche Regelung wurde verzichtet.²⁰¹ Eine allgemeine Regelung zur Gewährleistung der Aktenbeständigkeit findet sich außerdem für die Schriftgutverwaltung der Bundesministerien in § 18 RegRL.²⁰²

erhaltung der Lesbarkeit digitalisierter Informationen wird vor dem Hintergrund der schnellen Weiterentwicklung im Hard- und Softwarebereich und insbesondere bei den Speichermedien immer schwieriger und kostenaufwendiger.«

197 Groß, DÖV 2001, 159, 164; ähnlich Dix, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 22.

198 Nach § 3 I Nr.3 des baden-württembergischen Signaturerprobungsgesetzes (GBI. v. 31.7.2000, 536f.) ist die Speicherdauer durch Rechtsverordnung zu regeln. Zur Festsetzung von Aufbewahrungsfristen auch § 110c I, II 1 Nr.2 SGB IV-Entwurf, BT-Drs. 14/9000, 20.

199 Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40.

200 Nach § 126 I 2 GBO muss gewährleistet sein, dass 1. die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Datenverarbeitung eingehalten, insbesondere Vorkehrungen gegen einen Datenverlust getroffen, die originären Datenbestände sowie deren Kopien sicher aufbewahrt werden und dass 2. die vorzunehmenden Eintragungen auf Dauer inhaltlich unverändert in lesbarer Form wiedergegeben werden können.

S. auch § 110a SGB V-Entwurf, BT-Drs. 14/9000, 20: II. »Die Behörde kann an Stelle der schriftlichen Unterlagen diese als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen dauerhaften Datenträgern aufbewahren, soweit dies unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Aufbewahrung entspricht. Nach den Grundsätzen ist insbesondere sicherzustellen, dass 1. die Wiedergabe auf einem Bildträger oder die Daten auf einem anderen dauerhaften Datenträger . . . b) während der Dauer der Aufbewahrungsfrist jederzeit verfügbar sind und unverzüglich bildlich und inhaltlich unverändert lesbar gemacht werden können . . .«

201 So stellt zwar z.B. die Verordnung zur Durchführung der GBO (BGBl. I 1995, 115ff.) weitere Rahmenbedingungen auf, die im Betrieb eines elektronischen Grundbuches zu beachten sind. Es obliegt jedoch den Grundbuchämtern selbst, geeignete Sicherungsmaßnahmen zu bestimmen und zu ergreifen, um die dauerhafte Lesbarkeit und Sicherheit zu gewährleisten, dazu Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40.

202 I: »Abschließend bearbeitetes Schriftgut ist bis zur Aussonderung vollständig im Aktenbestand aufzubewahren, vor einem unbefugten Zugriff zu sichern und vor Beschädigung und Verfall zu schützen. Bei elektronisch gespeichertem Schriftgut sind die Vollständigkeit, Integrität, Authentizität und Lesbarkeit durch geeignete Maßnahmen zu gewährleisten.«

b) Kodifikationsbedürftigkeit

Die Überlegungen zur Konkretisierung der Anforderungen an eine elektronische Aktenführung legen die Regelung verschiedener Aspekte der Aktenführung nahe.

Hinsichtlich des Merkmals der *Vollständigkeit* der Akte könnten Kriterien für die Aufnahme von E-Mails in die Akte vorgegeben werden, es könnten Regelungen über die (Un-)Zulässigkeit des Löschsens von Dokumenten, über die Dokumentation des Laufwegs des Bearbeitungsvorgangs und damit die Zuordenbarkeit bestimmter Arbeitsschritte zu den jeweiligen Bearbeitern aufgestellt werden. Hilfreich erscheint auch eine Bestimmung, die die Behörde verpflichtet, sich zu entscheiden, ob sie bestimmte Akten im Wesentlichen elektronisch oder auf Papier führt. Zur Erfüllung des Merkmals der *Verständlichkeit* könnten die Notwendigkeit leicht handhabbarer Ausgestaltung der Benutzeroberflächen und übersichtlicher Aktenführung vorgegeben und eine einheitliche, systematische Aktenkennzeichnung sowie die Führung eines Aktenverzeichnisses gefordert werden. Besonders wichtig erscheint im Hinblick auf das Erfordernis der *Beständigkeit* eine Regelung, die den Verzicht auf traditionelle Aktenführung zugunsten vollständig elektronischer Aktenführung nur unter der Voraussetzung gestattet, dass die dauerhafte Unverändertheit und die Lesbarkeit der Dokumente trotz Kurzlebigkeit von Hard- und Software durch technische Maßnahmen sichergestellt ist. Vorbild hierfür könnten § 126 I 2 Nr.1, 2 GBO oder § 18 I RegRL sein. Wie in § 18 III RegRL könnten darüber hinaus konkrete Regelungen darüber getroffen werden, wie die Lesbarkeit der Dokumente zu gewährleisten ist.

Zu den meisten Regelungsvorschlägen gibt es bereits Vorbilder, insbesondere in der oben mehrfach zitierten RegRL.

Bei alledem fragt sich allerdings, ob solche Regelungen gesetzlicher Kodifikation bedürfen. Die Aktenführung ist trotz ihrer über den Binnenbereich der Verwaltung hinausweisenden materiellen Tragweite ein verwaltungsinterner Vorgang, ihre Ausgestaltung damit eine Frage der Verwaltungsorganisation. Die Aufgabe der Verwaltungsorganisation fällt grundsätzlich in den Eigenbereich der Verwaltung.²⁰³ Dies bedeutet freilich nicht, dass der Gesetzgeber sich hier eigener Regelungen strikt zu enthalten hätte.²⁰⁴ Sofern nicht umgekehrt der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts eingreift, muss der Gesetzgeber jedoch nicht tätig werden, sondern kann die Organisation der Eigeninitiative

III: »Elektronisch gespeichertes Schriftgut bedarf der laufenden Pflege und muss jeweils rechtzeitig ohne inhaltliche Veränderung auf Formate und Datenträger übertragen werden, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen.«

203 S. nur Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, 86.

204 Ebda, 88.

der Verwaltung überlassen.²⁰⁵ Einer Regelung von Detailfragen etwa hinsichtlich der technischen Anforderungen an den Nachweis des Laufwegs eines elektronischen Vorgangs, hinsichtlich der Aktenkennzeichnung oder der Führung eines Aktenverzeichnisses wie auch zur technischen Realisierung dauerhafter Dokumentlesbarkeit sollte sich der Gesetzgeber demnach enthalten. Die Verwaltung dürfte hier zur sachlich angemessenen Regelung besser in der Lage sein.²⁰⁶ Zudem sollte das elektronisch geführte Verfahren nicht durch – angesichts der jungen technischen Entwicklung – verfrühte gesetzliche Regelung unnötig seiner Beweglichkeit beraubt werden.²⁰⁷ Gesetzliche Regelungen sollten sich darauf beschränken, zum einen die materiellen Kriterien für die elektronische Aktenführung abstrakt vorzugeben. Zum anderen sollte der Verwaltung jedoch auch aufgegeben werden, deren Einhaltung durch Dienstanweisung, Verwaltungsvorschrift, Rechtsverordnung oder sonstige Maßnahmen zu organisieren und sicherzustellen. Denkbar wäre, § 29 VwVfG in Anlehnung an § 126 I GBO um einen Absatz zu ergänzen, der einerseits z.B. die (Landes-)Regierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung in bestimmten Verwaltungsbereichen elektronische Aktenführung vorzusehen. Andererseits müsste aber verlangt werden, dass die Einhaltung der o.g. materiellen Kriterien gewährleistet ist (a. Vollständigkeit: insbes. Dokumentation des Bearbeitungsvorgangs, Lösungsverbot; b. Verständlichkeit, insbesondere Übersichtlichkeit, c. Beständigkeit: Schutz vor Zerstörung und Verfälschung und Gewährleistung dauerhafter Lesbarkeit). Die technische Umsetzung dieser Vorgaben bliebe dann der Verwaltung überlassen. Hilfreich erschiene dabei die Einrichtung eines Zertifizierungsverfahrens, in dem etwa die Vereinbarkeit konkreter Aktenführungsarrangements mit den gesetzlichen Vorgaben geprüft werden könnte. Es gibt bereits Verfahren, um IT-Systeme zu zertifizieren, dabei geht es aber nur um die datenschutzrechtliche Sicherheit. Zu nennen sind hier insbesondere das Sicherheitszertifikat durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik nach § 4 BSI-

205 Zur Bedeutung des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts für die Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung in Fragen der Verwaltungsorganisation Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in Ipsen-FS, 1977, 333ff.; ders., Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, I, 17f.; ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 2001, 9, 61.

206 Zu Modellen IT-gestützter Vorgangsbearbeitung und Schriftgutverwaltung und zu Pilotprojekten in der Bundesverwaltung Engel, IT-gestützte Vorgangsbearbeitung (Fn.120), 143ff.

207 Allgemein zu diesem Gesichtspunkt Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, I, 19.

Errichtungsgesetz²⁰⁸ sowie das IT-Gütesiegel nach § 4 II SHDSG²⁰⁹. Verwandt ist auch das Datenschutzaudit²¹⁰ nach § 9a BDSG, § 10a NWDSG oder nach § 43 II SHDSG²¹¹. Um Aktenführungsprogramme zu zertifizieren, müsste der Prüfauftrag auf verfahrensrechtliche Aspekte, nämlich auf die Qualität der Aktenführung erstreckt werden.

4. *Substitution gesetzlicher durch softwaregeleitete Verfahrenssteuerung*

Dem Verfahrensrecht als ganzem drohen Funktionsverluste durch den Einsatz prozessorientierter Software, die Verwaltungsabläufe steuert. Während idealtypisch das Verfahrensrecht den Verfahrensverlauf steuert, ist es dann das jeweils verwendete Programm, welches die entscheidenden Impulse für das Verfahren gibt. Durch den Einsatz prozessorientierter Software ändert sich demnach nicht lediglich die Form des Verfahrens, sondern unter Umständen auch dessen inhaltliche Gestaltung. Wenn so die Softwarebindung der Verwaltung an die Stelle ihrer Gesetzesbindung tritt, erscheint dies in mehrfacher Hinsicht problematisch.

a) *Substitution des behördlichen Verfahrensermessens*

Zum einen scheint sich die Verwaltung auf diese Weise ihres Verfahrensermessens zu begeben, zu dessen Ausübung sie gesetzlich verpflichtet ist (insbes. §§ 10, 24 I 2 VwVfG). Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens liegt nicht in der Verantwortung der Behörde, sondern wird durch das Programm vorgegeben. Ist ein Verfahrensschritt im Programm nicht vorgesehen, kann er nicht erfolgen. So wird von Programmen berichtet, die eine gründlichere Dokumentation der Sachverhaltsermittlung nicht gestatten, weil eine Maske fehlt, in die umfassende Ermittlungsergebnisse einzutragen wären.²¹² Von dem Programm werden nur ganz bestimmte Sachverhaltsaspekte abgefragt, weitere Informationen erklärt das Programm durch Nichtbeachtung mittelbar

208 Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Errichtungsgesetz – BSiG) vom 17. Dezember 1990, BGBl. I, 2834.

209 Dazu Bäumler, Datenschutz und IT-Gütesiegel im Praxistest, RDV 2001, 167, 169ff.

210 Dazu Roßnagel, Datenschutz-Audit – ein neues Instrument des Datenschutzes, in Bäumler, H. (Hg.), Der neue Datenschutz, 1998, 65ff.; Bäumler, RDV 2001, 167, 168f.; Dieckmann/Eitschberger/Eul/Schwarzhaupt/Wohlrab, Datenschutz – Quo Vadis? DuD 2001, 549ff.

211 Am weitesten fortgeschritten und durch untergesetzliche Vorschriften umgesetzt ist derzeit das Datenschutzauditverfahren in Schleswig-Holstein. S. dazu »Anwendungsbestimmungen des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz zur Durchführung eines Datenschutzaudits nach § 43 Abs.2 LD SG«, <http://www.rewi.hu-berlin.de/Datenschutz/DSB/SH/material/recht/audit/audit.html>.

212 Allgemein zur Kritik der Anwender an der Einengung von Handlungs- und Entscheidungsspielräumen aufgrund mangelnder Flexibilität der Steuerungsfunktionen in informations-technisch unterstützten Verwaltungsprozessen Engel, IT-gestützte Vorgangsbearbeitung (Fn.120) 145.

für unerheblich. Es bestimmt also nicht – wie § 24 I 2 VwVfG es vorsieht – die Behörde Art und Umfang der Ermittlungen, sondern das eingesetzte Programm. Damit ist nicht zuletzt die Legitimationsgrundlage des Verwaltungshandelns in Frage gestellt, weil die Verwaltung die Verfahrensverantwortung aus der eigenen Hand zu geben und in die der Entwickler der Software – regelmäßig private Unternehmen – zu legen scheint.

Dies führt jedoch nicht zur Unzulässigkeit des Einsatzes von verfahrenssteuernder Software:

Die Verfahrensverantwortung der Behörde und ihre Verpflichtung zur Ausübung des Verfahrensermessens muss eben bereits bei der Auswahl der Software zum Tragen kommen. Insoweit ist die Ermessensausübung auf den Zeitpunkt der Softwareauswahl vorverlagert und die Software fungiert ähnlich wie eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift selbstprogrammierend. Solche Formen der Selbstbindung der Verwaltung sind üblich und zulässig, im Einzelfall bleibt lediglich zu prüfen, ob eine besondere Konstellation ausnahmsweise ein Abweichen von der Eigenprogrammierung verlangt.²¹³

Der Auswahl der Software durch die Behörde kommt damit zentrale Bedeutung zu – auch unter Legitimationsgesichtspunkten. Mit der Auswahl übernimmt die Behörde die Verfahrensverantwortung für das Programm. Tatsächlich wirksam wird diese Verantwortung allerdings nur, wenn eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Leistungsfähigkeit des Programms erfolgt. In der Praxis scheinen solche Prozesse durchaus stattzufinden: Verwaltungssoftware wird in enger Zusammenarbeit zwischen Verwaltungsmitarbeitern und Softwareentwicklern erarbeitet; es wird vorab gemeinsam formuliert, welche Anforderungen ein Programm erfüllen muss. Dabei sollte wegen der angedeuteten Ermessensproblematik auch darauf geachtet werden, dass das Programm dem Bearbeiter gewisse Spielräume bietet, um auf ungewöhnliche Sachverhalte angemessen reagieren zu können. Denkbar wäre etwa, stets Platz für die Eintragung unvorhergesehener Aspekte einzuräumen. Allerdings wird kaum für jede Behörde eine ganz individuelle Lösung entwickelt, sondern es besteht eine Tendenz zum Einsatz standardisierter Software, denn ohne Standardisierung sind die erhofften Rationalisierungseffekte verfahrensunterstützender Software nicht zu haben. Die realen Einwirkungsmöglichkeiten einzelner Verwaltungen sind darum begrenzt. Ihre tatsächliche Möglichkeit der Verantwortungsübernahme beschränkt sich regelmäßig auf die Entscheidung, eine vorhandene, weitgehend standardisierte Software einzusetzen oder sie nicht einzusetzen. Auch damit übernimmt die Behörde jedoch in juristisch hinreichender Weise die Verfahrensverantwortung für das Programm.

213 Hufen (Fn.14), 87 Rn.105.

b) *Verlust gesetzlicher Steuerungswirkung/Gefahr programmierter Verfahrensfehler*

Zum anderen scheint das Verfahrensgesetz selbst an Steuerungswirkung zu verlieren; an seine Stelle tritt das Programm. Bildet ein Programm die Rechtslage nicht richtig ab, kommt es damit über die Ermessensproblematik hinaus zum Verfahrensfehler. Schränkt ein Programm etwa die Dokumentation der Sachverhaltsermittlung zu sehr ein, wäre möglicherweise das Gebot der Sachverhaltsermittlung und ihrer aktenförmigen Dokumentation²¹⁴ verletzt (§ 24 I VwVfG).

Das Verfahrensrecht büßt seine Steuerungswirkung jedoch nicht wirklich ein. Diese muss vielmehr mittelbar entfaltet werden, nämlich vermittelt über eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechend ausgestaltete Software: Das Gesetz steuert die Ausgestaltung des Programms, das Programm steuert das Verfahren. Wenn das Programm im konkreten Fall die rechtlichen Anforderungen nicht richtig umsetzt, leidet ein strikt nach dem Programm durchgeführtes Verfahren zwar an einem Rechtsfehler. Dass falsche Selbstprogrammierungen der Verwaltung zu Verfahrensfehlern führen können, ist jedoch für sich genommen keine Besonderheit des Einsatzes prozessorientierter Software: Läge der Verfahrensgestaltung etwa eine fehlerhafte Verwaltungsvorschrift zugrunde, wäre das Verfahren auch rechtsfehlerhaft. Parallelen bestehen auch zur Verwendung inhaltlich unzutreffender Vordrucke.²¹⁵ Welche Konsequenzen das hat, hängt von der Fehlerfolgenregelung ab.

Problematisch könnte allerdings erscheinen, dass programmbedingte Verfahrensfehler nicht sofort abgestellt werden können, weil dafür zunächst neue Software beschafft werden müsste, was auf verwaltungspraktische, insbesondere finanzielle Hindernisse stößt. Insofern sind softwarebedingte Verfahrensfehler korrekturresistenter als solche, die auf einer – ohne größeren Kostenaufwand überarbeitbaren – falschen Verwaltungsvorschrift beruhen. Auch insofern kommt der Auswahl der Software durch die Behörde zentrale Bedeutung zu: Fehler des Programms, die zu diesem Zeitpunkt übersehen werden, sind später nicht mehr ohne Aufwand zu beseitigen. Die einzelne Behörde könnte auch insoweit durch die Einrichtung von Zertifizierungsverfahren entlastet werden, durch die die allgemeine Verfahrensrechtskonformität bestimmter Programme bescheinigt wird.

Tritt aber ein Fehler auf und kann auf den Korrekturbedarf nicht sofort durch Programmänderung reagiert werden, müssen sich die betroffenen Stellen auf

214 Zur Notwendigkeit, das Ermittlungsergebnis zu dokumentieren, Stelkens/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 24 Rn.2.

215 Dazu allgemein Hufen (Fn.14), 156 Rn.230.

andere Weise behelfen. (Im oben angeführten Beispiel wurden die zusätzlichen Ergebnisse der Sachverhaltsermittlung einfach in einer an und für sich nicht dafür vorgesehenen Maske eingetragen.) Jedenfalls darf das erkanntenmaßen fehlerhafte Programm nicht mehr schematisch angewendet werden.

Aus zwei Gründen kann sich der Einsatz prozessorientierter Software im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Verfahrensgestaltung am Ende sogar als gewinnbringend erweisen:

Zum einen wird das Risiko individueller Verfahrensfehlentscheidungen durch die Vorprogrammierung und unmittelbare Unterstützung des Verfahrensablaufs verringert – vorausgesetzt, das Programm selbst hat die gesetzlichen Vorgaben richtig umgesetzt. Damit kehrt ein Ideal der Rechts- und Verwaltungsinformatik der 70er und der frühen 80er Jahre, Verwaltungsentscheidungen durch Automation vollständig zu programmieren²¹⁶ zurück: Verwaltungsentscheidungen als solche können mangels Maschinisierbarkeit vieler Subsumtions- und Abwägungsvorgänge nicht vollständig vorprogrammiert werden. Hingegen ist der Verfahrensablauf in großen Teilen formalisierbar und damit auch besser programmierbar. Im Unterschied zur Idee automatisierter Entscheidungsfindung wird der den Vorgang bearbeitende Mensch aus dem programmierten Verfahrensablauf auch keineswegs verbannt²¹⁷: Es bleibt immer noch der Bearbeiter selbst, der jeden Verfahrensschritt einzuleiten hat. Das Programm vollzieht das Verfahren also nicht selbst, sondern dirigiert lediglich den Bearbeiter durch das Verfahren. Der Einsatz verfahrensunterstützender Software ist darum etwas völlig anderes als die Automation von Verwaltungsentscheidungen. Mit beiden verbindet sich aber die Hoffnung auf höhere Gleichförmigkeit und auf Ausschaltung individueller Bearbeitungs-willkür und -fehler.²¹⁸

Zum anderen sollte der Rechtsumsetzungswille der privaten Softwareanbieter nicht unterschätzt werden. Wer den Verwaltungen standardisierte Software verkaufen möchte, wird darauf bedacht sein, gerichtsfeste Software zu entwickeln, denn ein Programm, das verwaltungsgerichtlicher Überprüfung nicht standhält, wäre wertlos. Es kommt darum nicht von ungefähr, dass Softwareanbieter aus Sicht der Verwaltung bisweilen als »Bremsen« empfunden wer-

216 Dazu z.B. Trauttmüller (Fn.134), 26ff.

217 Vgl. Trauttmüller (Fn.134), 32. Pointiert auch Lenk, Electronic Government (Fn.16), 127, »... Abkehr von der in der wissenschaftlichen Betrachtung immer noch verbreiteten Auffassung . . ., welche die Informationstechnik-Anwendung in der Verwaltung gleichsetzt mit der Automation von Teilschritten und der mit dieser einhergehenden Formalisierung und Standardisierung des Umgangs mit Informationen. Der grundlegende Tatbestand ist nicht mehr die Automation, sondern das menschliche Zusammenarbeiten, bei dem Menschen sich der Informationstechnik bedienen, also die Steuerleute in ihrem jeweiligen Tandem sind.«

218 Vgl. Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 264.

den, weil sie aufgrund rechtlicher Bedenken bestimmte Programmleistungen nicht anbieten wollen, die aus Verwaltungssicht sehr hilfreich wären.²¹⁹

c) *Notwendigkeit der Programmdokumentation*

Unbedenklich ist der Einsatz prozessorientierter Software im Übrigen nur dann, wenn die Verfahrenslenkung durch das Programm nicht im Verborgenen erfolgt. Die Verfahrensprogrammierung muss vielmehr kontrollierbar sein und daraus resultierende Verfahrensfehler müssen entdeckt werden können. Realisieren lässt sich dies, indem man das Programm als Teil der Akte ansieht, so dass sich zunächst das Akteneinsichtsrecht (§ 29 VwVfG) auf das Programm erstreckt und eine erste Kontrollwirkung entfalten kann.²²⁰ Darüber hinaus ist das Programm im Rahmen von Aufsicht, Widerspruchs- und Gerichtsverfahren als Teil der Akte der Überprüfung zugänglich zu machen. Dann lassen sich Verfahrensfehler sogar besser nachweisen als im konventionellen Verfahren, wo man eine entsprechend schematische Dokumentation der Prüfungsschritte nicht hat. Einer Gesetzesänderung bedarf es insoweit nicht, die Überprüfung der Software lässt sich interpretatorisch lösen.

V. *Ergebnis*

Die wesentlichen *Hindernisse* für eine Intensivierung informationstechnisch gestützter, stärker integrierter Vorgangsbearbeitung sind durch die hohen Koordinations- und Organisationsanforderungen bedingt, nicht durch Verfahrensrecht. Insbesondere steht das geltende Recht einem Übergang zu elektronischer Aktenführung nicht prinzipiell entgegen. Allerdings sind einer Intensivierung integrierter Vorgangsbearbeitung durch Zuständigkeitsvorschriften Grenzen gesetzt. Deren Reformbedarf kann nur im Einzelfall ermittelt werden.

Die notwendigen Koordinations- und Organisationsmaßnahmen sollten verwaltungsseits eigenständig ergriffen und nicht vom Gesetzgeber vorgegeben werden. Durch Gesetz könnte allenfalls die Koordinationsaufgabe als solche begründet und zu ihrer Wahrnehmung geeigneten Einheiten übertragen werden. Dies könnte der verwaltungsinternen Nutzung der IuK-Technik *förder-*

219 Im o.g. Beispiel war es in Wirklichkeit wohl nicht so, dass der Softwareanbieter nicht verstanden hätte, dass die Sachbearbeiter gern noch andere Eintragungen vornehmen möchten, sondern der Anbieter war der Auffassung, dass weitere Eintragungen datenschutzrechtliche Probleme hervorrufen würden. Datenschutzrechtliche Bedenken auf Seiten des Anbieters waren also der Grund für die unbequeme Bildschirmmaske.

220 Das Recht auf Information über das verwendete Programm lässt sich auch aus § 25 VwVfG herleiten – ähnlich wie das Recht auf Information über die den Einzelfall betreffenden Verwaltungsvorschriften u.ä., dazu Hufen (Fn.14), 156f. Rn.231.

lich sein. Diese Einheiten sollten ihrerseits durch Gesetz errichtet werden, wenn hierin Private mitwirken und ihr technisches Know-how einbringen sollen.

Vergleichsweise großer Reaktionsbedarf des Verwaltungsverfahrenrechts wird mit der Zunahme netzgestützter Arbeitsformen entstehen, um Einbußen der *verfahrensordnenden* Funktion des Verfahrensrechts zu kompensieren. Zwar haben sich hier manche auf den ersten Blick denkbaren Einwände als – jedenfalls vorerst – unbegründet erwiesen (Preisgabe der positiven Segmentierungseffekte; Legitimationseinbuße durch Enthierarchisierung). Anlass zu Reaktionen geben jedoch infolge stärker integrierter Arbeitsabläufe denkbare Transparenzeinbußen, die die Zuordnung von Verantwortung erschweren. Im Vordergrund sollte hier die Auferlegung von Dokumentationspflichten stehen. Transparenz lässt sich auch bei organisatorisch und technisch eng vernetzter Arbeitsweise wiedergewinnen, wenn Arbeitsschritte und Mitwirkung verschiedener Beteiligter dokumentiert werden. Ähnliches gilt für die Rückgewinnung der bei elektronischer Vorgangsbearbeitung gefährdeten, besonderen Verfahrensfunktion ordnungsgemäßer Aktenführung. Die materiellen Grundsätze der elektronischen Aktenführung und eine entsprechende Gewährleistungspflicht der Verwaltungsspitze sollten gesetzlich vorgeschrieben, die technische Umsetzung im Einzelnen aber der Verwaltung überlassen werden, die allerdings durch Einrichtung eines Zertifizierungsverfahrens unterstützt werden könnte. Transparenz muss schließlich auch beim Einsatz verfahrensunterstützender Software gewährleistet sein, in dem die verwendeten Programme offen gelegt werden. Ein Anspruch auf Offenlegung lässt sich insbesondere im Rahmen des geltenden Akteneinsichtsrechts begründen.

D. *IuK-Technik-gestützte Neuordnung der Verfügbarkeit verwaltungsinternen Wissens*

I. *Leitbild*

Informationstechnische Vernetzung der Verwaltung scheint für die in jedem Verwaltungsverfahren zentralen²²¹ Vorgänge von Informationsbeschaffung, -aufbereitung und Informationsverwertung ganz neue Dimensionen zu eröffnen:

221 Zur zentralen Bedeutung der Informationsbeschaffung und -verarbeitung z.B. Hufen (Fn.14) 145 Rn.207; Bryde, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), 181, 202; Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren (Fn.22), 624; Engel, IT-gestützte Vorgangsbearbeitung (Fn.120), 148.

Informationstechnisch vernetzte Verwaltung wird als umfassendes »Wissensnetz«²²² begriffen, in dem jede Information zu jeder Zeit an jedem Ort und in jeder Form verfügbar ist²²³. Den Reiz der Ubiquität elektronischer Information macht die Möglichkeit besserer Verwertung verwaltungsintern bestehender Informationen aus:²²⁴ Die gemeinsame Nutzung existierender Daten durch verschiedene Verwaltungseinheiten lässt die Mehrfacherfassung und Mehrfachaktualisierung von Daten überflüssig werden.²²⁵ Dies entlastet in erster Linie die Verwaltung, kann aber durchaus auch dem Bürger zugute kommen, wenn bestimmte Angaben nur einmal und nicht vor verschiedenen Stellen immer wieder gemacht werden müssen.²²⁶

Freilich kann das umfassende Wissensnetz nur als grobes Leitbild verstanden werden. Schon wegen grundrechtlich verankerter Datenschutzerfordernisse darf es zur Ubiquität von Informationen, jedenfalls im personenbezogenen Bereich, niemals kommen.²²⁷ Vielmehr muss der Informationsfluss unter Datenschutzgesichtspunkten durch einzelfallbezogene²²⁸ technische Vorkehrungen, insbesondere durch die Verteilung von Entschlüsselungs- und Einsichtsrechten²²⁹, genau gesteuert werden. Neben diesem rechtsstaatlichen gibt es einen verwaltungspraktischen Einwand gegen Ubiquitätsvorstellungen: Eine ubiquitäre Informationsstruktur wäre gar nicht effizient nutzbar. Rationalisierungseffekte sind von der besseren Verfügbarkeit der Informationen nur dann zu erwarten, wenn die Informationen der jeweiligen Stelle aufgabenbezogen und aufgabengerecht zur Verfügung stehen. Hingegen können freie, unstrukturierte Zugriffssysteme einen »information overload« zur Folge haben; die Informationsfülle ist dann wertlos, weil sie nicht beherrscht werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Speicherung von Information und der Zugang zu Information zu limitieren.²³⁰

222 Traunmüller (Fn.134), 24.

223 Killian/Wind, VerwArch 1997, 499, 500.

224 Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung (Fn.148), 210f., betont hingegen stärker den Integrationseffekt von über die Behördengrenzen hinweg hergestellten Datenverbünden.

225 Reinermann, DV 1995, 1, 6.

226 Plakativ Plamper (Fn.87), 49: »Seit Jahren ist die unzureichende Nutzung der in der Kommune längst vorhandenen, aber in zahllosen Datenfriedhöfen der Aktenschränke und der Datenbanken in Rechenzentren und PCs vergrabenen Wissensschätze zu beklagen ... Das Intranet bietet die Möglichkeit, das weitverteilte kommunale Wissen für anstehende Entscheidungen zu nutzen. Insoweit nutzen wir endlich die informierte Kraft der Datenverarbeitung und schaffen bessere Angebote für die Bürgerinnen und Bürger.«

227 S. nur Groß, DÖV 2001, 159, 164; Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40; Boehme-Neßler, NVwZ 2001, 374, 377; grundlegend das Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1, 41ff.

228 Auf die Notwendigkeit, bei jeder Neuorganisation die verfassungsrechtlichen Datenschutzanforderungen im Einzelnen zu prüfen und technisch umzusetzen, weist Boehme-Neßler, NVwZ 2001, 374, 377, zutreffend hin.

229 Dazu Schreiber, K&R Beilage 2 zu Heft 10/2000, 11, 40.

230 Zu diesem Aspekt B. Becker, Öffentliche Verwaltung, 621; zur Gefahr, »im Datenmeer unterzugehen« auch Reinermann, DÖV 1999, 20, 25; Görner, Öffentlicher Dienst im Informa-

Damit zeigt sich zugleich die Komplexität der Aufgabe, Verwaltungen informationell – also nicht lediglich informationstechnisch – zu vernetzen. Es ist keineswegs damit getan, dass Internetanschlüsse und Intranet vorhanden sind, über die Informationen ausgetauscht werden können. Vielmehr sind die Speicherung von und der Zugang zu Information im Hinblick auf die spezifischen Aufgaben jeder Verwaltungseinheit und jedes Verwaltungsmitarbeiters zu organisieren. Das setzt insbesondere voraus, dass zunächst einmal erkannt wird, dass bei bestimmten Verwaltungsvorgängen Informationen gesammelt werden, die auch für andere Vorgänge von Bedeutung sind. Information und Informationsbedarf finden nicht automatisch zueinander, sondern müssen systematisch zusammengebracht werden. So scheint etwa die Doppelverwertbarkeit von Immissionsdaten im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren einerseits und bei der Aufstellung eines Flächennutzungsplans andererseits nur langsam bewusst geworden zu sein.²³¹ Der Verfügbarmachung von vorhandener Information hat also ein aufwendiger Prozess der Wissensorganisation vorauszugehen.²³² Um Datenbanken oder Datenübermittlungssysteme nutzen zu können, müssen zudem Übertragungsformate standardisiert werden, so dass die Verwertbarkeit durch andere Stellen technisch gewährleistet ist. Auch dies macht Koordination und Organisation erforderlich.²³³ Insgesamt wird und muss die Informationsstruktur also vom Leitbild ubiquitärer Verfügbarkeit weit entfernt bleiben. Es wird nur zu streng geplanten Verknüpfungen im Einzelfall kommen. Insoweit dürften allerdings durchaus noch erhebliche Rationalisierungsgewinne zu erzielen sein.

II. *Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts*

Das Verfahrensrecht spielt hier lediglich eine untergeordnete Rolle. Insbesondere behindert das Verwaltungsverfahrenrecht eine informationstechnisch unterstützte engere Verzahnung und damit die bessere Verwertung verwaltungsintern vorhandener Information nicht. Es wird sogar vorgeschlagen, die Heranziehung im Internet oder bei anderen Stellen online verfügbarer Informationen als Bestandteil der Sachverhaltsermittlungspflicht (§ 24 VwVfG)

tionszeitalter, in Reinermann (Hg.), *Regieren und Verwalten im Informationszeitalter*, 2000, 432, 441, spricht vom »Meer von virtuellem Müll«, meint damit aber vor allem die Qualität der vom Bürger im Internet erhältlichen Informationen.

231 Dazu Plamper (Fn.87), 49.

232 Reinermann, DÖV 1999, 20, 25; Scherzberg, *Die öffentliche Verwaltung* (Fn.148), 211 m.w.N.; Schmidt-Abmann, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn.14), 417f. m.w.N.

233 Plastisch belegt wird dies z.B. durch die Schwierigkeiten bei der Errichtung eines neuen Datensystems für das BKA (INPOL-neu). Das bereits 100 Mio. DM teure Projekt scheint kurz vor dem Scheitern zu stehen.

anzusehen.²³⁴ Freilich ergeben sich ganz erhebliche Hindernisse für informationelle Vernetzung aus dem Datenschutzrecht²³⁵, das sich durchaus als Teil des Verwaltungsverfahrensrechts fassen ließe.²³⁶ Datenschutzrechtliche Aspekte bleiben hier jedoch – seiner Sonderbehandlung durch den Gesetzgeber folgend – ausgeklammert.

Im Übrigen ist es, wie gezeigt, vor allem eine Organisations- und Koordinationsaufgabe, mit den Mitteln der IuK-Technik im Rahmen des rechtlich Möglichen eine bessere Informationsverwertung herbeizuführen.²³⁷ Möglicherweise kann der Gesetzgeber hier fördernd tätig werden, indem durch Gesetz institutionelle Vorkehrungen für die Erfüllung dieser Aufgabe getroffen werden. So ließe sich die informationelle Vernetzung sicherlich effektiver vorantreiben, wenn man hierfür zentrale Organisationseinheiten errichtete und diese mit der Aufgabe betraute, den notwendigen Informationsfluss für den Einzelfall zu ermitteln und zu steuern.²³⁸

III. *Beeinträchtigung der verfahrensordnenden Funktion*

Reaktionen des Verwaltungsverfahrensrechts könnten allerdings zur Wahrung seiner Verfahrenssteuerungsfunktion erforderlich sein.

1. *Wissensasymmetrie zwischen Verwaltung und Bürger*

So besteht die Gefahr, dass die informationelle Vernetzung der Verwaltung Wissensasymmetrien im Verhältnis zur Außenwelt hervorruft, wenn die Ver-

234 Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 291f.; s. auch Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 29.

235 Einschlägig ist hier auch die literarische Auseinandersetzung um die grundrechtlichen Grenzen der Zulässigkeit von »Informationshilfe«, insbesondere der »Online-Abfrage« von Information; dazu W. Schmidt, Amtshilfe durch Informationshilfe, ZRP 1979, 185ff.; Schlink, Die Amtshilfe, 1982, insbes. 169ff.; ders., Datenschutz und Amtshilfe, NVwZ 1986, 249ff.; Wilde, Amtshilfe und Datenschutz im Lichte des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl. 1986, 230ff.; Simitis, Von der Amtshilfe zur Informationshilfe, NJW 1986, 2795ff.; Bryde (Fn.221), 181, 203ff.; Lehner, Der Vorbehalt des Gesetzes für die Übermittlung von Informationen im Wege der Amtshilfe, 1996.

236 Zum Zusammenhang Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.14), 419.

237 Der Gesetzgeber ist allerdings gefragt, wenn grundrechtsrelevante Daten übermittelt werden, weil es hierfür einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Eine allgemeine Regelung für Datenübermittlung an öffentliche Stellen findet sich in § 15 BDSG, eine weitergehende Spezialregelung ist in § 117 BSHG getroffen, der es gestattet, Sozialhilfeempfänger regelmäßig im Wege des automatischen Datenabgleichs mit Auskunftsstellen zu überprüfen. Zum Gesetzesvorbehalt bei der Datenübermittlung s. die Nachweise oben in Fn.235.

238 S. Grabow/Floeting, Wege zur telematischen Stadt, in Kubicek/Bracyk/Klumpp/Müller/Neu/Raubold/Roßnagel (Hg.), Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft 1999, 75, 80; Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.14), 418.

waltung eigenes und fremdes Wissen immer besser ausnutzen kann, die Adressaten der Verwaltungstätigkeit und sonstige Außenstehende jedoch an diesem Wissenszuwachs nicht partizipieren.²³⁹ Grundsätzlich können Wissensungleichgewichte durch Geltendmachung von Auskunftsansprüchen nach § 25 VwVfG und Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG kompensiert werden. Damit diese Rechte auch gegenüber einer informationell vernetzten Verwaltung ihre Wirkung erhalten, muss die Ausnutzung der Online-Informationsquellen durch die Verwaltung einen erkennbaren Niederschlag finden. Internetrecherchen und Abfragen bei verwaltungsinternen Datenbanken sollten darum als wesentlicher Teil der Sachverhaltsermittlung in der Akte dokumentiert werden²⁴⁰, so dass das Akteneinsichtsrecht auch Außenstehenden Zugang zu diesen Informationen verschafft. Einer Gesetzesänderung bedarf es insofern nicht; es genügt eine weitere Auslegung der ohnehin schon in § 24 VwVfG verankerten Pflicht, Gang und Ergebnisse der Sachverhaltsermittlung in den Akten zu dokumentieren²⁴¹.

2. Amtshilfe

Anpassungsbedarf des Verwaltungsverfahrenrechts wird angesichts verstärkter informationeller Zusammenarbeit beim Amtshilferecht erwartet, weil der Informationsaustausch innerhalb informationstechnisch vernetzter Verwaltungen aus dem Institut der Amtshilfe herauswache.²⁴²

Tatsächlich erfassen die Amtshilferegeln in §§ 4ff. VwVfG nur Bruchteile des denkbaren inter- und intranetgestützten Informationsaustauschs. So fehlt es bei einer Online-Abfrage am in § 4 VwVfG vorausgesetzten Merkmal des Ersuchens im Einzelfall.²⁴³ Die Amtshilferegeln sind dann nicht anwendbar. Das Verwaltungsverfahrenrecht sollte hierauf durch Errichtung eines neuen amtshilfeähnlichen Instituts für die informationelle Zusammenarbeit reagieren, wenn infolge der Nichtanwendbarkeit der Amtshilferegeln deren notwendige Steuerungsfunktionen leer liefen.

Wesentlicher Regelungsgehalt der Amtshilfenvorschriften ist die Verpflichtung der ersuchten Behörde, Hilfe zu leisten. Da Online-Datenabfragen nicht erfasst sind, gibt es auch keine Verpflichtung für datenbesitzende Behörden, diese Daten in einer online abrufbaren Datenbank zur Verfügung zu stellen. Erst die zügige Abrufbarkeit von Daten macht informationelle Vernetzung aber wertvoll. Muss wegen jeder gewünschten Information zunächst eine Be-

239 Zum Problem »informationeller Asymmetrien zwischen Individuen und Organisationen« auch Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn.1), 236.

240 Vgl. Roßnagel, Möglichkeiten für Transparenz (Fn.27), 311.

241 Stelkens/Kallerhoff, in SBS (Fn.30), § 24 Rn.2.

242 Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 34f.

243 Kopp/Ramsauer (Fn.55), § 4 Rn.13 in Fn. 12; Bryde (Fn.221), 181, 207.

hörde um Hilfe ersucht werden, geht der Rationalisierungseffekt informationstechnischer Vernetzung schnell verloren. Auf den ersten Blick könnte es darum wünschenswert erscheinen, den Amtshilfegedanken zu erweitern, indem eine Regelung über die Verpflichtung zur Sammlung und (Online-) Zurverfügungstellung von Daten getroffen wird. Dies abstrakt zu regeln, dürfte jedoch kaum möglich sein: Es lässt sich nicht allgemein sagen, welche Daten zu sammeln und wem in welcher Weise zur Verfügung zu stellen sind.²⁴⁴ Wie gesehen, kann sowohl aus datenschutzrechtlichen als auch aus verwaltungspraktischen Gründen nicht einfach jede Verwaltungsinformation allgemein verfügbar gemacht werden. Es müssen vielmehr auf konkrete Verwaltungsaufgaben zugeschnittene Datenbanken eingerichtet und Informationsverbünde organisiert werden, zu denen bestimmte Stellen mit berechtigtem Interesse Zugang haben. Dabei sind auch Fragen der Kostenverteilung zu klären, da § 8 VwVfG unanwendbar ist.²⁴⁵ Eine allgemeine verfahrensrechtliche Regelung kann hierüber nicht getroffen werden.²⁴⁶

Im Übrigen sind die Behörden nicht daran gehindert, freiwillig im Rahmen des grundrechtlich Zulässigen Organisationsverbünde zu vereinbaren.²⁴⁷ Sofern der Datenaustausch Grundrechte nicht beeinträchtigt, ist dafür keine gesetzliche Grundlage erforderlich.

Eine gesetzliche Ergänzung oder Erweiterung des Instituts der Amtshilfe ist auch nicht aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten – insbesondere des Grundrechtsschutzes – erforderlich. Man könnte sich zwar sorgen, dass mit der Amtshilfe auch rechtsstaatliche Sicherungen des Amtshilferechts verloren gehen: Würde Information im Wege der Amtshilfe weitergegeben, müsste die ersuchte Behörde zunächst prüfen, ob sie die Information überhaupt weitergeben darf. Diese Filterfunktion entfällt bei der Online-Abfrage von Information.²⁴⁸ Damit entfällt aber nicht notwendig der Schutz, denn die materiellen Maßstäbe für die Frage, ob eine Information weitergegeben werden darf oder nicht, bleiben erhalten. Sie entstammen nicht dem Amtshilferecht, sondern dem Datenschutz- und Geheimnisschutzrecht, auf deren Regeln das Amtshilferecht lediglich verweist (§ 5 II 1 Nr.1, II 2 VwVfG). Die Einhaltung dieser Regeln kann auch bei der Online-Informationshilfe gewährleistet werden: Es

244 Zum theoretischen Problem, Informationssysteme zu strukturieren, B. Becker, Öffentliche Verwaltung, 621.

245 Dazu Schoenemann, Zur Novellierung des nordrhein-westfälischen Melderechts, NWVB1. 1998, 93, 94.

246 Zur vergleichbaren Notwendigkeit einer »detailgenaueren Regelung der Informations- und Kommunikationsstrukturen« bei der Zusammenarbeit der europäischen Finanzverwaltungen von Bogdandy/Arndt, Die Zusammenarbeit der Finanzverwaltungen in der Europäischen Union, EWS 2000, 1.

247 Bryde (Fn.221), 181, 207; dem steht auch nicht etwa ein »Autarkiegebot« entgegen, ein generelles Gebot der Autarkie der Verwaltungseinheiten gibt es als solches nicht, Bonk/Schmitz, in SBS (Fn.30), § 4 Rn.37.

248 Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 34.

ist dann zwar nicht die ersuchte Behörde, die filtern könnte. Die Filterung kann jedoch durch die Regelung der Zugriffsmöglichkeiten auf die Daten vorgenommen werden. Eben darum ist die Errichtung und Nutzung von Datenbanken ja eine ausgesprochen anspruchsvolle Aufgabe: Rechtswidrige Informationsflüsse müssen technisch vermieden werden. Eines neuen Instituts des allgemeinen Verfahrensrechts bedarf es dafür jedoch nicht.

Insgesamt sind Amtshilfe oder erweiterte Formen von Informationshilfe im Ergebnis keine geeigneten Instrumente, um dem – allerdings tatsächlich bestehenden – informationellen Koordinations- und Kooperationsbedarf gerecht zu werden. Der Aufbau von Datenbanken ist, wie gesehen, durch eine allgemeine verfahrensrechtliche Regelung kaum steuerbar.

IV. *Ergebnis*

Als rechtliches *Hindernis* für die engere informationelle Zusammenarbeit erweist sich das durch Datenschutzrecht konkretisierte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Im Übrigen gilt auch hier, dass Hemmnisse eher bei den praktischen Schwierigkeiten der für sinnvolle informatorische Verknüpfungen und Datentransfers notwendigen Koordination und Organisation liegen. Der Gesetzgeber kann diese Aufgabe nicht selbst umfassend erfüllen. Er kann vereinzelt bestimmte informationelle Verbindungen gesetzlich vorschreiben; aus Gründen des Grundrechtsschutz darf eine informationelle Verknüpfung u.U. sogar nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung vorgenommen werden. Dabei wird der Gesetzgeber jedoch in der Regel auf praktisch relevant gewordene Informationsvernetzungsbedürfnisse reagieren. Die Hauptlast der systematischen Ermittlung von Verknüpfungspotenzial, Koordination und Organisation der Verknüpfung ruht wiederum auf den Schultern der Verwaltung. Auch hier kann der Gesetzgeber allerdings *fördernd* tätig werden, indem er zentrale Organisationseinheiten errichtet und diesen Koordinationsaufgaben überträgt. Unter dem Gesichtspunkt der Bewahrung der *verfahrens-ordnenden* Funktion des Verfahrensrechts besteht kein verfahrensgesetzlicher Reaktionsbedarf.

Schluss

Es hat sich gezeigt, dass das Verfahrensrecht zwar auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung reagieren muss, dass aber nicht die das Verwaltungsverfahrenrecht prägenden Institute als solche revisions- oder gar substitutionsbedürftig sind, sondern dass es im Wesentlichen um Feinregulierung am bestehenden Verfahrensrecht gehen muss, die zum großen Teil durch

eine den technischen und organisatorischen Verwaltungsentwicklungen angepasste Interpretation des geltenden Rechts erfolgen kann.

Will das Verfahrensrecht seine verfahrensordnende Funktion auch in einer elektronisch und softwareunterstützt arbeitenden, virtuell integrierten Verwaltung behaupten, muss es insbesondere die Gefahren von Manipulation und Intransparenz elektronischer Kommunikation verarbeiten. Unter verschiedensten Aspekten haben sich Dokumentationspflichten als sinnvolles Mittel erwiesen, diesen Gefahren zu begegnen. Ein hohes Dokumentationsniveau kann die Gefahren elektronischer Vorgangsbearbeitung kompensieren²⁴⁹; insbesondere das möglicherweise etwas altmodisch anmutende Instrument der Aktenführung gelangt im modernen, elektronischen Verwaltungsverfahren zu neuer Bedeutung. Am Ende erscheint elektronische Vorgangsbearbeitung durch entsprechende technische Vorkehrungen dann sogar besser, manipulationssicherer dokumentierbar als die papierne²⁵⁰: Eine E-Mail kann »unlöschar« gemacht werden, ein Stück Papier nicht. Transparenz²⁵¹ und Nachvollziehbarkeit²⁵² könnten darum neben den erhofften Rationalisierungseffekten und neben der Steigerung administrativer Bürgernähe weitere Gewinne des Einsatzes elektronischer Medien im Verwaltungsverfahren sein.

249 Ähnlich Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle – Einleitende Problemskizze, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, 2001, 9, 25f.; zum Dokumentationserfordernis auch Hoffmann-Riem, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn.1), 38.

250 Dazu z.B. Rosenbach, Elektronische Datenverarbeitung und das Verwaltungsverfahrensgesetz, NWVBl. 1997, 326, 327.

251 Hattenberger, Der virtuelle Behördenweg, DuD 2001, 539, 540.

252 Lenk, Außerrechtliche Grundlagen (Fn.1), 60.

Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren

Andreas Voßkuhle*

Inhaltsübersicht

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

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

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

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

A. Einleitung

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

B. Antriebskräfte der Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts

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

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

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

I. Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts

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

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

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

1. Überformung nationaler Verfahrensstrukturen

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

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

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

2. Implementation »neuer« Verfahrenskonzepte

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

3. Neuartiger verfahrensrechtlicher Koordinierungsbedarf

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

II. Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der nationalen Modernisierungsdebatte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Die Notwendigkeit der Typenbildung im Verwaltungsverfahrensrecht

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

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

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

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

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

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

I. Die Typenarmut im Verwaltungsverfahrensrecht

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

II. Der Aufgabenbezug bei der Verfahrenstypenbildung

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

- 35 Betonung der beschränkten Vorbildwirkung des VwVfG bei E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 70, Rn. 9-11.
- 36 So zutreffend R. Wahl, Fehlende Kodifizierung der förmlichen Genehmigungsverfahren im VwVfG, NVwZ 2002, i.E. I. 1. Siehe ferner P. Stelkens/H. Schmitz, in: P. Stelkens/H. J. Bonk/M. Sachs, (Fn. 2), Rn. 87: »kein numerus clausus des Verwaltungsverfahrens«. Anders offensichtlich F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rn. 321 ff., der zwölf Verfahrensarten unterscheidet.
- 37 Die großen Linien der Entwicklung sind z.B. präzise nachgezeichnet bei R. Wahl/J. Dreier, Entwicklung des Fachplanungsrechts, NVwZ 1999, S. 606 ff.
- 38 Zu recht krit. R. Wahl, Vereinheitlichung oder bereichsspezifisches Verwaltungsverfahren?, in: W. Blümel (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, 1984, S. 19 (24 ff.). Positivere Würdigung bei H. Dürr, in: H.- J. Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2000, vor § 63, Rn. 7.
- 39 Übersichtlich dazu C. H. Ule/H.-W. Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl. 1995, S. 441-465.
- 40 Man kann unterscheiden zwischen primären Verfahren (Vollzug i.e.S. bzw. Verfahren mit einer »kommunikativen Prägung« und sonstige Verwaltungstätigkeit) und sekundären Verfahren (z.B. Änderungsverfahren [z.B. §§ 48 ff. VwVfG] oder Kontrollverfahren wie die Finanzkontrolle, das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB oder das Widerspruchsverfahren). – Vgl. dazu E. Schmidt-Aßmann, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, 1998, S. 131 (133).
- 41 Man kann Verfahren der gesetzesabhängigen Verwaltung (gebundene Verwaltung und Ermessensverwaltung) von Verfahren der »gesetzesfreien« Verwaltung unterscheiden, sofern sich noch sinnvoll von Gesetzesfreiheit sprechen läßt.

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

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

III. *Drei verfahrensrechtliche Grundtypen als Ausgangsbefund*

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Verfahren der schlichten Gefahrenabwehr*

a) *Funktion: Abwehr konkreter Gefahren*

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

b) *Strukturelemente*

Als Strukturelemente sind hervorzuheben:

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

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

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

2. Verfahren zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung

a) Funktion

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

b) Strukturelemente

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

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

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

51 Vgl. hierzu unten D I.

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

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

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

3. Verfahren der Anlagenzulassung

a) Funktion

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

b) Ausprägungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) *Strukturelemente*

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

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

D. »Neue« Verfahrenstypen

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

I. *Verteilungsverfahren*

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

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

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

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

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

2. Die »grundrechtssichernde Funktion des Verteilungsverfahrens«

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Typische Anwendungsbereiche*

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

4. *Kennzeichen herkömmlicher Regelungen*

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

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

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

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

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

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

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

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

81 Vgl. z.B. § 14 PBefG.

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

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

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

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

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

85 Vgl. oben D I. 2.

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

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

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

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

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

5. Exemplarische neuere Entwicklungen

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

a) Vergabe öffentlicher Aufträge

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97 Vgl. § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 BHO.

98 Vgl. § 30 HGrG.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

113 Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen.

114 Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen.

115 Vgl. Fn. 96.

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

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

nicht offene Verfahren¹¹⁸ oder das Verhandlungsverfahren¹¹⁹ ausgewichen werden.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) *Versteigerung von Lizenzen und Frequenzen nach dem TKG*

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

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

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

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

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

136 BGBl. I, S. 1120.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

146 Vgl. die Nachw. unten Fn. 157.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

155 Siehe oben D I. 2.

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

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

6. Strukturelemente

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

a) *Information aller potentiell interessierten und qualifizierten Personen*

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

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

159 BVerfGE 73, 280 (296).

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

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

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

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

b) Neutralitätssicherungen

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

c) Unterrichtungspflicht zugunsten der Konkurrenten über die beabsichtigte Verteilungsentscheidung

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

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

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

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

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

d) *Trennung von Eignungsprüfung und Auswahlentscheidung*

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

e) *Rationale Auswahlkonzepte*

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

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

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

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

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

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

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

II. *Qualitätssicherungsverfahren*

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

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

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

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

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

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

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

2. Ausprägungen

a) Zertifizierungsverfahren

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

(1) Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht

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

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

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

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

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

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

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

- 179 Eine Liste der verabschiedeten und in Vorbereitung befindlichen Richtlinien findet sich unter: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/de/s06011.htm>.
- 180 Vgl. dazu statt vieler übersichtlich P. Marburger/R. Enders, Technische Normung im europäischen Gemeinschaftsrecht, Jb UTR 27 (1994), S. 333 ff.; K. Vieweg, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normung, Jb UTR 27 (1994), S. 509 ff.; M. Schulte, Materielle Regelungen: Umweltnormung, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. I, 1998, § 17. Vgl. ferner R. Rönck, Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1995.
- 181 Für gemeinschaftsrechtswidrig halten diese Praxis R. Rönck, Technische Normen (Fn. 180), S. 170 ff.; M. Schulte, Umweltnormung (Fn. 180), § 17, Rn. 53-59. Dagegen aber zutreffend U. Di Fabio, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996, S. 6 ff.; T. v. Danwitz, Europarechtliche Beurteilung der Umweltnormung: Kompetenzen – Legitimation – Binnenmarkt, in: H.-W. Rengeling (Hrsg.), Umweltnormung, 1998, S. 187 (205 ff.).
- 182 »CE« steht für »Communautés européennes«. Daneben existiert in der Bundesrepublik Deutschland auch das Zeichen »GS«, das für »geprüfte Sicherheit« steht (vgl. § 3 Abs. 4 GSG) und in einem ähnlichen Verfahren wie das CE-Zeichen vergeben wird.
- 183 Beschluß des Rates v. 22.7.1993 über die in den technischen Harmonisierungsrichtlinien zu verwendenden Module für die verschiedenen Phasen der Konformitätsbewertungsverfahren und die Regeln für die Anbringung und Verwendung der CE-Kennzeichnung (93/465/EWG), ABl. EG 1993, Nr. L 220, S. 23 (ersetzt Beschluß 90/683/EWG, ABl. EG 1990, Nr. L 380, S. 13).
- 184 Die Umsetzung einer großen Zahl von Richtlinien erfolgt mittels spezieller Verordnungen unter dem Dach des Gerätesicherheitsgesetzes, vgl. die Übersicht bei H. C. Röhl, Akkreditierung (Fn. 178), S. 143 f.
- 185 Vgl. z.B. Art. 11 Abs. 1 bis 3 RL 93/42/EWG (Medizinprodukte).

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

- Als dritte Säule im neuen Konzept des Produktsicherheitsrechts fungiert die *Marktüberwachung*. Sie obliegt den Behörden der Mitgliedstaaten, die kontrollieren, ob Produkte am Markt auftreten, die nicht den Anforderungen der Richtlinien entsprechen oder nicht korrekt mit dem CE-Zeichen gekennzeichnet sind. Im Rahmen dieser Überwachungstätigkeit sind, wie *H.-C. Röhl*¹⁸⁷ zutreffend hervorhebt, »ausdifferenzierte Kooperationsmechanismen vorgesehen, die von informeller Zusammenarbeit, institutionalisierter Kooperation in Gremien unter dem Dach der Kommission sowie förmlichen Mechanismen zum Informationsaustausch bis hin zu einem formalisierten Entscheidungszusammenhang, den Schutzklauselverfahren, reichen.«

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

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

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

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

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

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

191 Vgl. *H. C. Röhl*, S. 53 Fn. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Zertifizierung im Recht elektronischer Signaturen*

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

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

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

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

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

204 Vgl. z.B. § 4 Abs. 3 MPV.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Sonstige Zertifizierungsverfahren

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

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

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

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

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

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

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

216 Vgl. § 19 VgV.

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

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

b) Akkreditierungsverfahren

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

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

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

– Zuverlässigkeit und Fachkunde²²⁷ auch des Personals²²⁸,

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

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

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

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

223 Vgl. oben Fn. 195.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) *Audit-Verfahren*

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

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

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

244 Vgl. § 15 Abs. 1 S. 3 SigG.

245 Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 S. 1 GSG.

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

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

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

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

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

(1) *Umweltschutzaudit*

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

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

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

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

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

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

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

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

- Verantwortlichkeiten, Verhaltensweisen, Vorgehensweisen, Verfahren und Mittel für die Festlegung, Durchführung, Verwirklichung, Überprüfung und Fortführung der Umweltpolitik betrifft«, Art. 2 Buchst. k EG-UAVO) durch die Organisation.
5. Durchführung einer Umweltbetriebsprüfung (= »Managementinstrument, das eine systematische, dokumentierte, regelmäßige und objektive Bewertung der Umweltleistung, der Organisation, des Managementsystems und der Verfahren zum Schutz der Umwelt umfaßt«, Art. 2 Buchst. l EG-UAVO)²⁵⁶.
 6. Abgabe einer öffentlichen Umwelterklärung (vgl. Anhang III zur Art. 2 EG-UAVO).
 7. Jährliche Prüfung, ob Umweltprüfung, Umweltmanagementsystem, Umweltbetriebsprüfung und ihre Ergebnisse sowie die Umwelterklärung den Anforderungen der UAVO und dem sonstigen Recht (Anhang V 5.4.)²⁵⁷ entsprechen, durch einen externen, akkreditierten Umweltgutachter²⁵⁸, der danach die Umwelterklärung für gültig erklärt. Dabei findet keine regelmäßige Vollprüfung statt, sondern Umweltgutachter und Organisation vereinbaren ein Prüfprogramm, das die Kontrolle aller Elemente des Umweltmanagements innerhalb von drei Jahren vorsieht (Anhang V 5.6. EG-UAVO).
 8. Standortregistrierung im Verzeichnis der am Umweltschutzaudit teilnehmenden Unternehmen, das bei der IHK geführt wird.
 9. Vergabe des EMAS-Logo (Art. 8 EG-UAVO). Das Logo darf nunmehr nicht nur zur Image-Werbung auf Schautafeln am Standort, auf dem Briefkopf, in Umwelterklärungen und allgemeinen Informationsbroschüren verwendet werden, sondern auch auf oder in der Werbung für Produkte, Tätigkeiten und Dienstleistungen (Art. 8 Abs. 2 Buchst. e EG-UAVO),
- 256 Der Streit, ob vor der ersten Registereintragung eine Umweltbetriebsprüfung zwingend durchgeführt werden muß, wird durch die neue Fassung der EG-UAVO zugunsten einer partiellen Umweltbetriebsprüfung vor der ersten Eintragung entschieden (Anhang V 5.4.2 Buchst. b EG-UAVO).
- 257 Der Streit (vgl. nur C. Franzius, Die Prüfpflicht und -tiefe des Umweltgutachters nach der EG-Umweltauditverordnung, NuR 1999, S. 601 [603 ff.], sowie W. Hoppe/M. Beckmann/P. Kauch, Umweltrecht, 2. Aufl. 2000, § 9, Rn. 32 m.w.N.), ob der Umweltgutachter auch die Einhaltung der umweltrechtlichen Vorschriften überprüft (»Compliance Audit«) oder nur die Funktionsfähigkeit des Managementsystems bescheinigt (»System Audit«), ist nunmehr zugunsten der ersten Alternative entschieden. Nach Anhang V 5.4.3. Abs. 2 EG UAVO darf der Umweltgutachter die Umwelterklärung nicht für gültig erklären, wenn er während der Begutachtung beispielsweise bei Stichproben feststellt, daß die Organisation Rechtsvorschriften nicht einhält. Über die Prüftiefe sagt die Regelung allerdings nichts aus. Sie kann jedenfalls nicht weiter reichen als bei der behördlichen Überwachung, vgl. C. Franzius, Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 213.
- 258 Zu seiner Stellung T. Erbrath, Der Umweltgutachter nach der EMAS-Verordnung als Vollzugsorgan des europäischen und nationalen Umweltrechts, 2001; U. Kämmerer, Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001, S. 38 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Datenschutzaudit*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

275 HessGVBl. 2000, S. 74.

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

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

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

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

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

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

3. Strukturelemente

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

a) »Freiwilliger Zwang«

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

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

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

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

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

b) *Externer Gutachter als Vollzugsorgan*

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

c) *Verantwortungsdiversifizierung*

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

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

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

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

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

d) *Verzahnung von Öffentlichem und Privatrecht*

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

e) *Verfahrenspublizität (Qualitätssiegel, Registereintragung)*

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

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

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

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

III. Risikoverfahren

1. Funktion: Entscheidung unter Ungewißheitsbedingungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Anwendungsfelder

a) Überblick: Vielfalt der Risikoverfahren

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

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

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

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

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

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

b) *Ein Beispiel: Das Risikoverfahren nach dem Gentechnikrecht*

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

302 So stehen Anzeige-, Anmelde- und Genehmigungspflichten nebeneinander. Zum Teil ist die Abwägung als wertender Vergleich ausgestaltet (Bsp.: Sicherheitsstufen im GenTR), z.T. ist eine allein an Zielvorgaben orientierte Einzelfallentscheidung vorgesehen (Bsp.: Zulassung nach § 15 PflSchG). Sowohl das Chemikalienrecht als auch das Gentechnikrecht beziehen beratende Kommissionen in das Risikoverfahren ein. Während der Gefahrstoffausschuß im Chemikalienrecht gem. § 20b ChemG und § 52 GefStoffV jedoch von sachverständigen Mitgliedern aus Administration und Wirtschaft dominiert wird, bilden Vertreter einschlägiger wissenschaftlicher Bereiche als Expertenkreis die Mehrheit in der »Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit« nach § 4 GenTG.

303 Zu Recht weist *D. Murswiek*, Bewältigung (Fn. 298), S. 222, auf das Erfordernis eines projekt- oder sogar technologieübergreifenden Konzeptes zur Risikooptimierung hin. Diese Koordinierung ist nur mit Hilfe einer vorweggenommenen abstrakten Bewertung der Risikopotentiale möglich.

304 So etwa die differenzierte verfahrensrechtliche Behandlung von gentechnischen Arbeiten und Anlagen einerseits sowie von Freisetzung und Inverkehrbringen gentechnisch veränderter Organismen andererseits.

305 Die unterschiedliche Behandlung chemischer Alt- und Neustoffe ist beispielsweise darauf zurückzuführen, daß bei Einführung des Anmeldeverfahrens für Neustoffe bereits ca. 100 000 Altstoffe auf dem Markt waren, deren Überprüfung für die Verwaltung praktisch unmöglich war.

306 *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 117.

307 Schwierigkeit und Notwendigkeit der Ausrichtung des Verwaltungsverfahrens an naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten, also biologischen Vorgängen im Bereich der Gentechnik, deckt ein vom OVG Münster entschiedener Fall auf, vgl. Beschl. v. 31.8.2000, NVwZ 2001, S. 110, mit krit. Besprechung von *R. Müller-Terpitz*, Genraps-Bauer wider Willen, NVwZ 2001, S. 46 ff., in dessen Mittelpunkt die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 14 Abs. 1 Nr. 2 GenTG von durch Zufallskreuzungen genetisch veränderten Raps stand. In seiner Replik auf die Besprechung führt *J. Friedrich*, Die Markteinführung gentechnisch veränderter Lebensmittel durch Pollenflug, NVwZ 2001, S. 1129 f. hierzu aus: »Im Gentechnikrecht ist für die Markteinführung von GVO ein gestuftes Verfahren vorge-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 331 Zur unterschiedlichen Bedeutung der beiden Wendungen vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 126. Zu dieser Form der Einbeziehung generalisierender technischer oder wissenschaftlicher Regelungen allgemein *F. Ossenbühl*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: HdbStR III, 2. Aufl. 1996, § 65, Rn. 7 ff.; *W. Brohm*, Sachverständige Beratung des Staates, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HdbStR Bd. II, 2. Aufl. 1998, § 36, insbes. Rn. 26 ff.
- 332 Hier wird noch einmal die janusköpfige Schutzrichtung des GenTG deutlich: Neben dem Rechtsgüterschutz soll der Betrieb gentechnischer Industrieanlagen ermöglicht werden.
- 333 Vgl. Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2001/18/EG, die bis zum 17.10.2002 in das nationale Recht umzusetzen ist. – Zusammen mit der in Art. 18 vorgesehenen Erweiterung der Kennzeichnungspflichten soll diese Regelung die auf massive Proteste von Umweltverbänden zurückzuführende faktische Blockade neuer Zulassungen von GVO seit 1998 beheben und ein Wiederankurbeln der gentechnischen Industrie ermöglichen, vgl. SZ vom 17.10.2001, S. 7: »EU dringt auf schnellere Genehmigung von Gen-Produkten«.
- 334 Im Gegensatz zum Auftrag des Normvollzugs, vgl. *U. Di Fabio*, Risikoentscheidungen (Fn. 291), S. 136. Zur Funktionsverlagerung zugunsten der Exekutive (von der subsumtionsmäßigen Anwendung festliegender Bewertungsmaßstäbe zu gestaltender Konkretisierung) vgl. *C. Degenhart*, Bewältigung (Fn. 294), S. 2441.

3. Strukturelemente

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

a) Sachverhaltsaufbereitung durch den Risikoproduzenten

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

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

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

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

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

mit den Dokumentations- und Ermittlungslasten korrespondierenden Beratung verpflichtet.³³⁹

b) *Entscheidungsdominanz kollegialen externen Sachverständs*

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

c) *Reversibilität der Entscheidung*

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

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

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

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

nen, sowie mittels dynamischer Verweise auf außerrechtliche Entwicklungen.³⁴²

d) *Kontinuierliche Risikokommunikation*

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

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

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

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

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

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

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

e) Zentrales Informationsmanagement

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

E. Übergreifende Entwicklungstendenzen

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

I. *Prozeduralisierung, Verfahrensprivatisierung und Verantwortungsteilung*

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

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

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

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

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

II. *Ausdifferenzierung des Verwaltungsverfahrens*

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

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

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

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

352 Vgl. z.B. §§ 49 ff. LBO BW.

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

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

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

356 § 71c VwVfG.

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

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

IV. *Verfahrensperpetuierung*

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

358 § 71e VwVfG.

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

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

361 Vgl. z.B. § 29 BNatSchG.

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

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

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

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

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

V. Optionalisierung

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

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

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

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

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

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

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

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

F. *Ausblick*

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

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

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

Inwieweit veranlasst das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensgesetzes?

Jan Ziekow

Inhaltsübersicht

I.	Organisation und Verfahren als Steuerungsansätze	349
1.	Organisation	350
2.	Verfahren	353
II.	Das Neue Steuerungsmodell als Leitbild der Verwaltungsmodernisierung	356
1.	Verantwortungstrennung und -dezentralisierung	357
2.	Das Produkt als Kern der Outputsteuerung	358
3.	Kontraktmanagement	359
4.	Controlling	362
5.	Qualitätsmanagement	363
III.	Auswirkungen des Neuen Steuerungsmodells auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens	364
1.	Innen- und Außenperspektive der Verwaltungsmodernisierung	364
2.	Vernetzte Verantwortungskreise als Impulsgeber für das Verwaltungsverfahren	366
3.	Wandlungen des materiellen Verwaltungsrechts und Prozessdualisierung	369
4.	Dezentralisierung	370
5.	Outputorientierung	371
6.	Kontraktmanagement	373
7.	Controlling	374
8.	Qualitätsmanagement	375
IV.	Rechtliche Regelungen	376
1.	Verwaltungsverfahrensrecht	376
2.	Veränderungen des Rechtsschutzes	383
V.	Schlussbetrachtung	385

I. Organisation und Verfahren als Steuerungsansätze

Führt man die Frage nach den Einwirkungen einer Einführung des Neuen Steuerungsmodells auf das Verwaltungsverfahren zurück auf die Kategorien

»Organisation« und »Verfahren« als Steuerungsansätze, so werden charakteristische Bewertungsunterschiede deutlich. Während *Rüdiger Voigt* der Verfahrenssteuerung bescheinigte »der bislang ›modernste‹ rechtliche Steuerungstyp« zu sein¹, verstehen sich als die Ansätze des New Public Management und seiner deutschen Variante, des Neuen Steuerungsmodells, gerade als Abkehr vom »Überkommenen«, zu dem insbesondere die Steuerung über Verfahren gehören soll.² Charakteristisch sind diese Bewertungsunterschiede insofern, als es *Voigt* allein um die Bewertung *rechtlicher*, mithin instrumentell homogener, Steuerungstypen geht, während das Neue Steuerungsmodell gerade »auf die Abkehr von direkter Steuerung durch festgelegte Regeln und Verfahren« setzt.³ Der Ansatz ist also ein anderer: Dem Neuen Steuerungsmodell ist es nicht um die Optimierung regulativer Steuerung, sondern deren Ersetzung – oder besser Überwölbung – durch ein Modell ganzheitlicher, managerialistischer Steuerung mittels eines Instrumentenmixes zu tun. Das Verfahren kommt hierdurch als Steuerungsmedium nicht in Fortfall, wird aber integriert. Primäres Steuerungsmedium wird die Organisation – nicht im Sinne einer gegliederten Struktur, sondern einer vernetzten Wirkungseinheit. Nach der Steuerungslogik des Neuen Steuerungsmodells schirmt der ganzheitliche Ansatz den Durchgriff auf einzelne Steuerungsmedien weitgehend ab. Organisation und Verfahren sind nicht mehr nebeneinander stehende – wenngleich nicht unverbundene – Steuerungsoptionen, sondern nur in ihrer gegenseitigen Verflechtung und weitergehend der Verkoppelung mit anderen Faktoren erfassbar.

1. Organisation

Die Beschreibung von Organisation als Steuerungsmedium greift den von *Schuppert*⁴ formulierten Gedanken der *strukturellen Steuerung* durch (Verwaltungs-)Organisation auf. Dieser Gedanke knüpft an die Einsicht in die Eigenständigkeit der Organisation an. Versteht man Organisationen »als korporative Akteure . . ., als Handlungs- bzw. Kommunikationszusammenhänge, die aufgrund sinnhaft aufeinander bezogener Kommunikationen und Hand-

1 *Rüdiger Voigt*, Grenzen rechtlicher Steuerung. Zur Brauchbarkeit des Rechts als Steuerungsinstrument, HiMon-DB 72/1986, S. 14.

2 Vgl. *Werner Jann*, Neues Steuerungsmodell, in: *Blanken/von Bandemer/Nullmeier/Wewer* (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 2. Aufl. 2001, S. 82 (87); *Eckhard Schröter/Hellmut Wollmann*, New Public Management, in: a.a.O., S. 71 (77).

3 *Jann* (Anm. 2) S. 87.

4 *Gunnar Folke Schuppert*, Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 217 (233).

lungen sich bilden und erhalten«⁵, so verändert steuerndes Einwirken auf die Organisation den Rahmen, in dem jene Zusammenhänge arrangiert sind⁶. Solches Einwirken zeitigt daher nicht notwendig die Konsequenz einer Veränderung der Inhalte von Entscheidungen der Organisation. Beeinflusst wird vielmehr der Zusammenhang, innerhalb dessen die Entscheidung zustande kommt.⁷

Entsprechend multidimensional stellt sich die Perspektive der Organisationssteuerung dar. Der verfasste Kommunikations- und Handlungszusammenhang bietet eine Vielzahl von Ansatzpunkten, an denen isoliert oder kombiniert steuerndes Einwirken ansetzen kann.⁸ Der Wahl der Organisationsform kommt dabei weichenstellende Bedeutung zu, determiniert sie doch die mögliche Steuerungsleistung der steuernden Instanz.⁹ Sie wird geleitet durch Kriterienbündel¹⁰, die durch Ebenen-, Sektoren- und Organisationstypwahlentscheidungen umzusetzen sind¹¹. Soweit die Diskussion über eine Staats- und Verwaltungsmodernisierung in der jüngeren Zeit an organisatorischen Bezügen ansetzte, wurde deutlich, dass der Sektorenverschränkungen einbeziehenden Sektorenwahl eine Scharnierfunktion zukommt.¹² Die Entscheidung, in welcher Leistungstiefe eine öffentliche Leistung und ob sie mit anderen Organisationen gemeinsam, durch eine aus der bisherigen Organisation verselbstständigend ausgegliederte Einheit oder durch einen vollständig nichtstaatlichen Aufgabenträger erbracht werden soll,¹³ bestimmt maßgebend die Bedingungen künftiger Organisationssteuerung¹⁴. Der diese Bedingungen vor der Folie öffentlicher Aufgaben kennzeichnende Begriff ist der der Verantwortung. Der Steuerungshorizont, vor dem die Organisationswahlentscheidung zu treffen ist, wird nicht zuletzt durch das Maß staatlicher Verantwortung für die tatsächliche Erbringung des durch die Aufgabe Geforderten bestimmt. In der Diskussion zu den Erscheinungsformen von Verantwortungsteilung ist

5 Hans-Heinrich Trute, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 249 (254).

6 Gunnar Folke Schuppert, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 582 f.

7 Trute (Anm. 5) S. 256 ff.

8 Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problemskizze*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 9 (19).

9 Vgl. Roman Loeser, *System des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 1994, S. 77.

10 Dazu etwa Schuppert (Anm. 6) S. 616 ff. m. N.

11 Gunnar Folke Schuppert, *Institutional Choice im öffentlichen Sektor*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 647 ff.

12 Schuppert (Anm. 6) S. 612 ff.

13 Christoph Reichard, *Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung*, in: Budäus (Hrsg.), *Organisationswandel öffentlicher Aufgabenwahrnehmung*, 1998, S. 121.

14 Nikolaus Müller, *Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Institutional choice)*, 1993, S. 308.

jenes Maß in die Typen der Erfüllungs-, der Gewährleistungs- und der Auf-
fangverantwortung gestuft worden, denen entsprechend dichte Steuerungs-
vorbehalte korrespondieren.¹⁵

Organisationsbezogene Modernisierungsansätze der jüngeren Zeit waren in
einem Schwerpunkt an einer Neujustierung der Verteilung von Verantwort-
tung orientiert. Stichworte sind hier verschiedene Beispiele materieller Priva-
tisierungen¹⁶, gemischtwirtschaftlicher Unternehmen¹⁷ und anderer Formen
organisatorisch verfestigter Public Private Partnerships¹⁸ bzw. anderer For-
men funktionaler Privatisierung¹⁹. Als andere – durchaus verschieden ge-
wichtige – Schwerpunkte können die Schaffung privatrechtsförmig organi-
sierter Verwaltungstrabanten durch formale Privatisierungen²⁰ oder die Reor-
ganisation der unmittelbaren Staatsverwaltung durch die Reduzierung von
Behörden, die Zusammenlegung von Sonderbehörden oder die aufgabenbezo-
gene Neuorganisation von Mittelinstanzen²¹ bezeichnet werden.

- 15 Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433 (442); *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Staat und Steuern. FS für Klaus Vogel zum 70. Geb., 2000, S. 47 (52 ff.); *Schuppert* (Anm. 6) S. 404 ff. Zur Diskussion um den Prozess der Verantwortungsteilung vgl. u. III 1.
- 16 Zum Begriff *Christoph Gusy*, Privatisierung und parlamentarische Kontrolle, ZRP 1998, S. 265 (267); *Jörn Axel Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 22 ff.; *Lerke Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (210); *Franz-Joseph Peine*, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353 (354 ff.); *Reiner Schmidt*, Privatisierung und Gemeinschaftsrecht, Verw. 1995, S. 281 (283); *Friedrich Schoch*, Der Beitrag des kommunalen Wirtschaftsrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1993, S. 377 (378).
- 17 *Ralph Becker*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, 1997; *Thomas Posch*, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; *Günter Püttner*, in: *ders.* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. 1984, S. 125 ff.; *Rupert Scholz*, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, in: Pfister/Will (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, 1991, S. 213 ff.
- 18 *Bettina Böhm*, Öffentlich-private Partnerschaften in der kommunalen Stadtentwicklung, 1999; *Rolf Stober* (Hrsg.), Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2000; *Peter J. Tettinger* (Hrsg.), Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung, 1994; *Werner Heinz/Carola Scholz*, Public Private Partnership im Städtebau, 1996; *Rolf Kyrein*, Baulandentwicklung in Public Private Partnership, 2000.
- 19 *Martin Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; *Udo Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 585 (588 f.); *Christoph Gröpl*, Privatisierung von Messen, Märkten und Volksfesten, GewArch 1995, S. 368 (371).
- 20 *Schoch* (Anm. 16) S. 380 ff.; *Thomas Vollmöller*, Formelle Privatisierung als eigenverantwortliche Entscheidung der Gemeinden, ThürVBl 1996, S. 193 ff.; *Christoph Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 110 ff.
- 21 S. dazu *Götz Konzendorf* (Hrsg.), Neuorganisation der Mittelinstanzen – Konzeption und Umsetzung, 2000; Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz, Die Reform und Neuorganisation der Landesverwaltung, 2000.

2. Verfahren

Mit der Steuerung durch Organisation teilt die Steuerung durch Verfahren die Qualität als strukturelle Steuerung.²² Wie das organisatorische wirkt das Verfahrensarrangement nicht auf den Inhalt, sondern den Entstehungskontext der Verwaltungsentscheidung ein. Von seiner Grundstruktur her lässt sich das Verfahren als soziales System zur Reduzierung von Komplexität begreifen. Typologisch ist es durch die Ungewissheit seines Ausgangs charakterisiert, die in Form von abzuarbeitenden Verhaltensalternativen den Handlungszusammenhang prägt.²³ Die Beendigung der Ungewissheit ist Ziel des Verfahrens. Das Verfahren ist zwar konzeptionell ergebnis-, nicht jedoch zieloffen. Verfahren sind nicht zweckfrei, sondern dienen der Erstellung einer Entscheidung.²⁴ Insoweit ist das Verfahren ein Prozess der Selektion unter vorhandenen Alternativen, ein Prozess permanenter Informationsgewinnung und -verarbeitung.²⁵ Verfahren kann daher verstanden werden als Strukturierung eines Kommunikationsprozesses zwischen mehreren Beteiligten zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels, nämlich der Findung einer Entscheidung.²⁶

Allerdings ist das Verfahren der öffentlichen Verwaltung nicht lediglich Entscheidungsfindungsmodus, sondern zuvörderst Formung staatlicher Herrschaftsausübung²⁷, ist Vermittler zwischen Verfassungsvorgaben und Verwaltungsrealität²⁸ und notwendige Schaltstelle für die soziale Realität des materiellen Verwaltungsrechts. Das Verwaltungsverfahren ist deshalb Verwirklichungsmodus des Verwaltungsrechts,²⁹ Handlungsgefüge zwischen Verwaltung und Bürger oder zwischen einzelnen Verwaltungseinheiten. Die in diesem Handlungsgefüge von der Verwaltung zu erbringende Bewältigungsleistung hat *Rainer Wahl* plastisch in das Bild des magischen Vielecks gefasst.³⁰ Entsprechend der Multifunktionalität des Verfahrens sieht sich die

22 *Schuppert* (Anm. 6) S. 560.

23 *Niklas Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, S. 38 ff.

24 Vgl. *Rudolf Fisch*, Administrative Entscheidungen bei Vorhaben für technische Großanlagen, in: *Fisch/Beck* (Hrsg.), Abfallnotstand als Herausforderung für die Öffentliche Verwaltung, 1995, S. 59 (62 ff.); *Hermann Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 210.

25 *Hill* (Anm. 24) S. 210 f.; *Friedrich Schoch*, Der Verfahrensgedanke im allgemeinen Verwaltungsrecht, Verw. 1992, S. 21 (23).

26 Vgl. *Hill* (Anm. 24) S. 211.

27 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: *Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann*, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 1 (8 f.).

28 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 24 Rn. 75.

29 *Rainer Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), S. 151 (153 f.).

30 *Wahl* (Anm. 29) S. 157.

Verwaltung bei ihrem Handeln einer Vielzahl von Anforderungen gegenüber. Wenngleich nicht zu verkennen ist, dass das Verständnis des Verfahrens der öffentlichen Verwaltung – selbst wenn es aus der Enge des § 9 VwVfG befreit wird – im Kern auf einen die Grenzen der Organisation überschreitenden Kommunikationszusammenhang mit Organisationsexternen hinweist,³¹ so ist unter der Steuerungsperspektive an den Gedanken des Verfahrens als soziales System anzuknüpfen. Wenn die Einwirkung auf dieses System, die Steuerung durch Verfahren, als strukturelle Steuerung zu begreifen ist, so korrespondiert damit die Erfassung des gesamten Sets von Verhaltensarrangements als Verfahren. Auf die Nähe zum schließlich zu erstellenden Verfahrensprodukt kann es für die Frage der Einwirkung auf den Entstehungskontext nicht ankommen. Der Steuerungsgehalt des Verfahrens erschließt sich nur bei einem weiten Verfahrensbegriff, der im wesentlichen dem des Leistungsprozesses entspricht.

Unter Leistungs- oder Geschäftsprozessen versteht man Abfolgen von Tätigkeiten zur Schaffung von Produkten und Dienstleistungen, die in einem direkten Beziehungszusammenhang stehen und in ihrer Summe den Erfolg des Unternehmens bewirken.³² Leistungsprozesse sind dabei nicht nur die Produkterstellungsprozesse, die die Erbringung von Produkten für einen Kunden außerhalb der Verwaltung betreffen. Einbezogen sind auch die Serviceprozesse als die Produkterstellungsprozesse laufend unterstützende indirekte Funktionen und Dienstleistungen für interne Kunden in der Verwaltung sowie die Steuerungsprozesse, d.h. die gesamte Verwaltung betreffenden zukunftsgerichteten Leistungsprozesse.³³ Bestandteile der Leistungsprozesse sind daher nicht allein auslösende Ereignisse wie z.B. Anträge, die bearbeitenden Tätigkeiten und das Produkt für den Kunden, sondern ebenso Eingangsgrößen wie Budgets oder Informationen, Zielvereinbarungen und das Controlling.³⁴

Einwirkungen auf das in diesem Sinne verstandene Verwaltungsverfahren finden sich an zahlreichen Stellen. Genannt seien nur die verschiedenen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren³⁵, welche bis in Abläufe ohne unmittelbaren Bürgerbezug wie die Zusam-

31 Vgl. *Ferdinand O. Kopp/Ulrich Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000, § 9 Rn. 4; *Magnus Riedl*, in: Obermayer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1999, § 9 Rn. 3 ff.; *Paul Stelkens/Heribert Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 9 Rn. 103.

32 *Thomas Gross/Roland Traunmüller*, Office Automation, Workflow Management und Groupware: Bürounterstützung im Wandel, in: Traunmüller (Hrsg.), Geschäftsprozesse in öffentlichen Verwaltungen, 1995, S. 1 (2); KGSt-Bericht 8/1998, Geschäftsprozessoptimierung: Eine Wegbeschreibung, S. 10 f.

33 *Felix Schiedner*, Organisationsstrukturen und Arbeitsprozesse, 1998, S. 75 f.

34 *Schiedner* (Anm. 33) S. 72, 76.

35 Gesetz zur Erleichterung des Wohnungsbaus im Planungs- und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 17.5.1990, BGBl 1990 I S. 926 ff.; Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Ber-

menarbeit zwischen verschiedenen Behörden hineinreichten³⁶, die Ausgliederung von Verfahrensvorschriften zur Erledigung durch Private³⁷, projektbezogene Verfahrensmaßnahmen wie Projektmanagement³⁸ oder Mediation³⁹ sowie umfassendere Ansätze von Leistungsprozessoptimierung wie Lean Management, Total Quality Management oder Business Process Reengineering⁴⁰.

Der Steuerungsansatz des Neuen Steuerungsmodells geht über eine strukturelle Organisations- oder Verfahrenssteuerung hinaus und verkoppelt eine Vielzahl von auch isoliert zu steuernden Ansätzen zu einem ganzheitlichen Managementansatz.

- lin vom 16.12.1991, BGBl 1991 I S. 2174 ff.; Gesetz zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland vom 22.4.1993, BGBl 1993 I S. 466 ff.; Gesetz zur Vereinfachung der Planungsverfahren für Verkehrswege vom 17.12.1993, BGBl 1993 I S. 2123 ff.; Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren vom 12.9.1996, BGBl 1996 I S. 1354 ff.; Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 9.10.1996, BGBl 1996 I S. 1498 ff.; Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze vom 1.11.1996, BGBl 1996 I S. 1626 ff. Dazu insbes. *Annette Guckelberger*, Maßnahmen zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren – eine Zwischenbilanz, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 17 ff.
- 36 Vgl. *Thorsten Siegel*, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001; *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, Gesetzliche Regelungen der Verfahrenskooperation von Behörden und anderen Träger öffentlicher Belange, 2001.
- 37 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.; *ders./Schneider* (Hrsg.), Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996; *Olaf Reidt*, § 4b BauGB – Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, S. 592 f.; *Gerd Schmidt-Eichstaedt*, Die Einschaltung Dritter in das Bauleitplanverfahren, in: Ziekow (Hrsg.), Bauplanungsrecht vor neuen Herausforderungen, 1999, S. 131 ff.; *Frank Stollmann*, Die Einschaltung Dritter im neuen Städtebaurecht, NuR 1998, S. 578 ff.
- 38 *Martin Böckel*, Projektmanagement im Verwaltungsverfahren, DÖV 1995, S. 102 ff.
- 39 *Jan Gerrit Buddäus*, Funktion mittlerunterstützter Aushandlungsprozesse für die Lösung der typischen Interessenkonflikte bei raumbezogenen Planungen, 2000; *Matthias Hellriegel*, Mediation im Umweltrecht, 2002; *Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990; *Bernd Holznagel*, Die Einschaltung Dritter in Verwaltungsverfahren, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 279 ff.; *Bernd Köster*, Mediation in der Bauleitplanung?, DVBl. 2002, S. 229 ff.; *Ulrich Ramsauer*, Mediation im Umweltrecht, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 161 ff.; *Heike Schiller*, Mediation im Verwaltungsrecht – Instrument neuer Behördenkultur?, VBilBW 2001, S. 396 ff.; *Thorsten Siegel*, Mediation in der luftverkehrsrechtlichen Planfeststellung, in: Ziekow (Hrsg.), Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002, S. 77 ff.; *Volkmar Wagner/Matthias Engelhardt*, Mediation im Umwelt- und Planungsrecht als Alternative zur behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung, NVwZ 2001, S. 370 ff.
- 40 *Lothar Beyer*, Reengineering, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 118 ff.; *August-Wilhelm Scheer/Marcus Nüttgens/Volker Zimmermann*, Business Process Reengineering in der Verwaltung, in: Scheer/Friederichs (Hrsg.), Innovative Verwaltung 2000, 1996, S. 11 ff.; *Ulrich Nießen*, Business Process Reengineering und Total Quality Management in der öffentlichen Verwaltung, 2000; *Frieder Naschold/Jörg Bogumil*, Modernisierung des Staates, 2. Aufl. 2000, S. 182 ff., 194 ff.

II. Das Neue Steuerungsmodell als Leitbild der Verwaltungsmodernisierung

Wenn es um die Untersuchung der Folgewirkungen des Neuen Steuerungsmodells für Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensrecht geht, so ist zunächst zu konstatieren, dass es *das* Neue Steuerungsmodell in der Verwaltungspraxis nicht gibt. Unter dem Label »Neues Steuerungsmodell« firmiert vielmehr eine Vielzahl verschiedener Reforminitiativen, die aus dem ganzheitlichen Ansatz einzelne Instrumente herauslösen und zu individuell-pragmatischen Sets zusammenstellen.⁴¹ Dabei sind die einzelnen Elemente zu Recht »als bloße – ideale – Gegenentwürfe zu den eklatanten oder behaupteten Mängeln der derzeitigen Steuerungspraxis« bezeichnet worden.⁴² Das Neue Steuerungsmodell ist – jedenfalls im Entwurf der KGSt – kein Steuerungsvorbild mit universalistischem Anspruch, sondern nur eine »Skizze der unverzichtbaren Mindestbedingungen . . . für das Entstehen des Dienstleistungsunternehmens Kommunalverwaltung und des Zusammenwirkens dieser Bedingungen«⁴³. Allein im Sinne eines solchen leitbildhaften Bedingungs-zusammenhangs können die Elemente des Neuen Steuerungsmodells gewürdigt werden.

Das Modell ist schon häufig dargestellt worden und soll deshalb hier nur in den Grundzügen skizziert werden. Grundlegender Ansatz des Neuen Steuerungsmodells ist die Verbesserung der Steuerung der Verwaltung durch Entzerrung der Verantwortungsbereiche von Politik und Verwaltung⁴⁴, der Übergang von der Detail- zur Globalsteuerung. Wesentliche Gesichtspunkte sind der Wechsel von einer input- zu einer outputorientierten Betrachtungsweise in Form der Produktorientierung, des Qualitätsmanagements, die Erstellung eines an den Produktkatalog angelehnten Budgets sowie die Kongruenz von Sach- und Ressourcenverantwortung. Die Verantwortung für das Budget wird dezentralisiert und dem für die Erreichung des Sachziels Verantwortlichen übertragen. Dem entspricht eine dezentrale Organisationsstruktur mit abgeflachten Hierarchieebenen, wobei die Koordination der dezentralisierten Einheiten nicht mehr im Wege einseitig-hierarchischer Anordnungen, sondern primär über Zielvereinbarungen erfolgt. Sie werden zunächst zwischen Politik und Verwaltung über die zukunftsgerichteten Zielvorgaben getroffen, wobei der Verwaltung das »Wie« der Zielverwirklichung überlassen bleibt. Die Zielformulierung und -evaluation wird durch Einrichtung eines Controlling-

41 Jann (Anm. 2) S. 88 f.

42 Jann (Anm. 2) S. 83.

43 KGSt-Bericht 5/1993, Das Neue Steuerungsmodell: Begründung, Konturen, Umsetzung, S. 15.

44 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 16 f.

systems mit einem zielbezogenen Berichtswesen gestützt. Den gewandelten Anforderungen an das Personal soll ein umfassendes Personalmanagement Rechnung tragen, das im Wege der Personalentwicklung den Einsatz der Personalressourcen optimiert, einen kooperativen Führungsstil verwirklicht und Strategien der Mitarbeitermotivation entwickelt.⁴⁵

Versteht man in diesem Sinne das Neue Steuerungsmodell als kooperative Verantwortungsordnung, die sich auf den Säulen Dezentralisierung, Kooperation, Kommunikation und Transparenz aufbaut, so wird es im folgenden darum gehen, die für das Redesign der Leistungsprozesse besonders relevanten, vielfältig miteinander vernetzten Elemente näher zu erfassen. Es sind dies:

1. die Dezentralisierung von Verantwortung nach dem AKV-Prinzip;
2. die produktorientierte Outputsteuerung;
3. das Kontraktmanagement;
4. das Controlling;
5. das Qualitätsmanagement.

1. Verantwortungstrennung und -dezentralisierung

Ausgangspunkt der Verantwortungsorganisation durch das Neue Steuerungsmodell ist die Steigerung des Steuerungsvermögens der jeweiligen politischen Führung gegenüber der die politischen Vorgaben vollziehenden Verwaltung. Die Politik werde durch eine Detailsteuerung der Verwaltungstätigkeit zwangsläufig überfordert und von ihrer Hauptaufgabe, der Setzung politischer Ziele, abgelenkt.⁴⁶ Im Kern soll sich die Politik auf die Bestimmung des »Was« öffentlicher Leistungen konzentrieren, während die Festlegung des »Wie« der Leistungserbringung durch die Verwaltung erfolgt. Bestandteile der Festlegung des »Was« der Leistungen sind vor allem die grundlegenden Entscheidungen über die Leistungstiefe etc., die Erteilung von Aufträgen zur Erbringung von definierten Produkten an die Verwaltung sowie die laufende

45 Vgl. in diesem Zusammenhang *Helmut Klages*, Leistungsmotivation durch Anreize?, in: ders., *Verwaltungsmodernisierung: »harte« und »weiche« Aspekte*, 3. Aufl. 1999, S. 143 ff.; ders., *Modernisierung der Personalentwicklung*, in: ders., a.a.O., S. 125 ff.; *ders./Thomas Gensicke*, Anreize als Instrument der Motivierung von Mitarbeitern, *Die innovative Verwaltung* 5/1997, S. 30 ff.; *dies.*, Führungsstil der Verwaltung im Wandel, *VOP* 8/1996, S. 34 ff.; *Rainer Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung im Gegenlicht der rechtsstaatlich-demokratischen Amts- und Dienstverfassung, *VM* 1998, S. 324 ff.; *Rudolf Fisch/Hermann Hill* (Hrsg.), *Personalmanagement der Zukunft, Person-Team-Organisation*, 2. Aufl. 2001; *Werner Korintenberg*, Strategisches Personalmanagement für die öffentliche Verwaltung, 1997, S. 69 ff.; *Rainer Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung, Dienstrechtsreform und neues Personalmanagement, *Verw.* 1999, S. 1 (10 ff.); *Christoph Reichard*, Personalmanagement, in: *Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer* (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 2. Aufl. 2001, S. 180 (183 ff.).

46 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 16.

Kontrolle der Erfüllung dieser Aufträge und die Übertragung von Produktbudgets und Handlungsspielräumen.⁴⁷ Instrumentell erfolgen diese »Was«-Vorgaben in Form von Zielvereinbarungen im Rahmen des Kontraktmanagements (u. II. 3.).

Innerhalb der Verwaltung setzt sich dieser Ansatz insofern fort, als sich die Verwaltungsspitze weitestgehend auf eine mit den jeweiligen Facheinheiten im Kontraktmanagement abgesicherte Globalsteuerung zurückzieht. Prinzip ist es dabei, die Managementverantwortung möglichst weit nach unten, d.h. bis auf einzelne Mitarbeiter zu verlagern. Die Verantwortung für das Leistungsergebnis soll das Motivations- und Kreativitätspotential der Mitarbeiter aktivieren sowie deren besondere Problemnähe und Sachkenntnis nutzen. Zu der Kompetenz und der Verantwortung für die zu erfüllende Aufgabe hinzutreten muss die Ressourcenverantwortung. Die Bewirtschaftung der Ressourcen durch die jeweils fachlich verantwortliche Einheit stärkt das Kostenbewusstsein.⁴⁸ Das entsprechende Informationsbedürfnis wird durch ein die entsprechenden Daten berücksichtigendes Haushalts- und Rechnungswesen befriedigt.⁴⁹

2. Das Produkt als Kern der Outputsteuerung

Die Globalsteuerung der und innerhalb der Verwaltung soll vor allem als Outputsteuerung erfolgen. Die Steuerung über den Input, d.h. die Zuweisung von Ressourcen ohne Festlegung der damit zu erbringenden Leistungen, soll durch eine produktbezogene Budgetierung abgelöst werden. Auch die Outputsteuerung kommt nicht ohne Input aus, bliebe doch die Festlegung zu erreichender Leistungsziele ohne Zurverfügungstellung der hierfür benötigten Ressourcen sinnlos. Der Ansatz der Outputsteuerung besteht vielmehr darin, eine Zuordnung von Inputs zu Outputs herzustellen.⁵⁰ Ermöglicht wird diese Zuordnung durch die Bestimmung von Produkten, worunter die KGSt die entsprechend den Abnehmererwartungen zu Steuerungszwecken zusammengefassten und nach festgelegten Kriterien beschriebenen Leistungen der Verwaltung versteht.⁵¹ Das Produkt wird gleichsam zum archimedischen Punkt

47 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 16.

48 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 17 ff.

49 Vgl. dazu nur *Klaus Lüder*, Konzeptionelle Grundlagen des Neuen Kommunalen Rechnungswesens, 2. Aufl. 1999; *ders.*, Neues öffentliches Haushalts- und Rechnungswesen, 2001.

50 *Sybille Stöbe-Blossey*, Output-Steuerung des Verwaltungshandelns, in: *Blanke/von Bandermer/Nullmeier/Wewer*, Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 367 (368 f.).

51 KGSt-Bericht 10/1995, Das Neue Steuerungsmodell, S. 14; KGSt-Bericht 1/1996, Produktpläne und Produktbeschreibungen für die Kommunalverwaltung; s. noch *Andreas Hoffman/Carsten Junga*, Produkte als Kernelemente im Neuen Steuerungsmodell, VM 1996, S. 43 ff.; *Andreas Osner*, Ist das Produkt das Maß aller Dinge im Neuen Steuerungsmodell?, Die neue Verwaltung 4/1996, S. 22 ff.

des Neuen Steuerungsmodells, verknüpfe es doch alle relevanten Informationen und mache die Verwaltung transparent und steuerbar: »Art, Menge, Qualität und Kosten der Produkte entscheiden über Bürgernähe, Leistungskraft und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung. Effektivität und Effizienz der Verwaltung lassen sich am Produkt dingfest machen.«⁵² Durch die Zuordnung der Produktkosten und weiterer Produktinformationen entstehen Produktbudgets.⁵³ Der durch das Produkt verkoppelte Zusammenhang von Ressourcen- und Ergebnisverantwortung zielt auf eine Effizienzsteigerung durch Optimierung der produktbezogenen zugewiesenen Ressourcen.⁵⁴

Geht man davon aus, dass Leitlinien der Produktdefinition sowohl die Steuerungsinteressen von Politik und Verwaltungsführung als auch die Kundeninteressen der Bürger unter Berücksichtigung der Spezifika des Produkts, das beispielsweise bei sozialen oder kulturellen Dienstleistungen je nach personellem Kontext inhaltlich variiert,⁵⁵ so hat eine darüber hinausgehende Berücksichtigung von Impacts und Outcomes im Rahmen der Outputsteuerung keinen Platz.⁵⁶ Produktsteuerung ist im Kern output-, nicht outcomeorientiert.⁵⁷ Outcomes können jedoch in Zielvereinbarungen benannt, dadurch auch Maßstab für die Leistungserbringung durch die Verwaltung und im Rahmen eines strategischen Ziel-Controllings evaluiert werden.⁵⁸ Eine weitergehende Outcomeorientierung würde jedoch dem Prinzip einer klaren Zuordnung von Ergebnisverantwortung widersprechen.⁵⁹

3. Kontraktmanagement

Die Steuerung der Verwaltung erfolgt über die Definition von Zielen und die dialogische Konkretisierung im Wege von Zielvereinbarungen⁶⁰, die sowohl die zu erbringenden Leistungen und Produkte als auch die hierfür zur Verfügung zu stellenden Budgets umfassen.⁶¹ Das Kontraktmanagement beruht auf

52 KGSt-Bericht 10/1995 (Anm. 51) S. 14.

53 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 21.

54 Stöbe-Blossey (Anm. 50) S. 369.

55 Hermann Hill, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 65 (78).

56 Anders wohl Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung (Anm. 15), S. 60.

57 Vgl. Malte Spitzer, Produkte als Informationsträger, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 376 (382).

58 Klaus Lüder, Verwaltungskontrolle aus sozial- und verwaltungswissenschaftlicher Perspektive, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 45 (56).

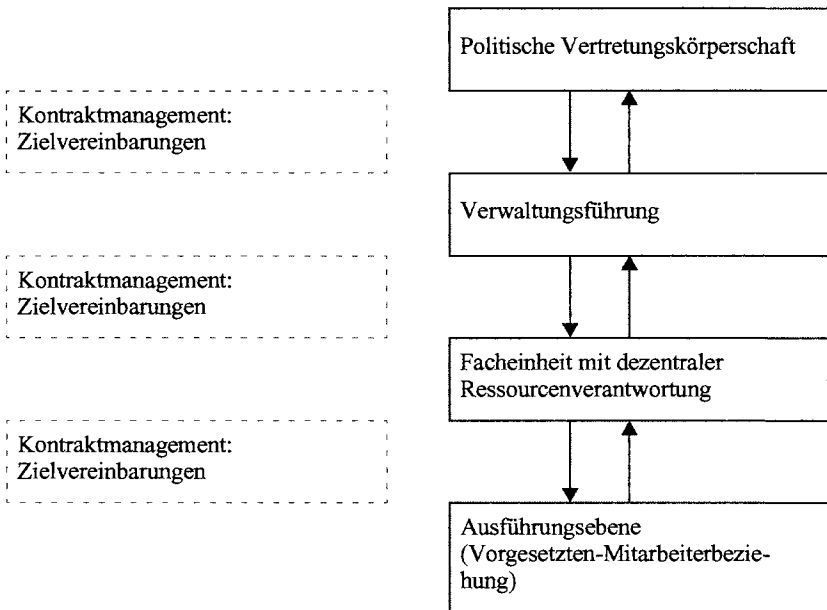
59 Stöbe-Blossey (Anm. 50) S. 374 f. Ebenso Lüder (Anm. 58) S. 56.

60 Hermann Hill, Potentiale und Perspektiven der Verwaltungsmodernisierung, in: Morlok/Windisch/Müller (Hrsg.), Rechts- und Organisationsprobleme der Verwaltungsmodernisierung, 1997, S. 18 (46).

61 Vgl. KGSt-Bericht 4/1998, Kontraktmanagement: Steuerung über Zielvereinbarungen, S. 10; sowie Anita Guth, Zielvereinbarungen, VM 1999, S. 96 ff.; Hermann Hill, Zur Verände-

dem Gedanken aufeinander aufbauender Steuerungskreise zwischen Politik und Verwaltung und innerhalb der Verwaltung, die zwar in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, jedoch auf allen Ebenen Verantwortungsspielräume offen halten:⁶²

Mehrebenensystem des Kontraktmanagements⁶³



In diesem Sinne ist Kontraktmanagement »eine Aufeinanderfolge von Zielvereinbarungen zwischen den politischen Entscheidungsträgern und der Verwaltung, in welche die Ergebnisse verwaltungsinterner Zielerreichungskontrollen sukzessive eingehen können, so dass Lernprozesse, die sich in der Verwaltung vollziehen, unmittelbar in die Politik rückgekoppelt werden. Die

zung von Handlungsspielräumen durch kommunales Kontraktmanagement, in: Ziekow (Hrsg.), *Handlungsspielräume der Verwaltung*, 1999, S. 139 ff.; *Gunnar Robert Schwarting*, Die Veränderung von Handlungsspielräumen durch kommunales Kontraktmanagement, in: Ziekow (Hrsg.), a.a.O., S. 131 ff.; *Maximilian Wallerath*, Kontraktmanagement und Zielvereinbarungen als Instrumente der Verwaltungsmodernisierung, DÖV 1997, S. 57 ff.

62 Reinhard Bahn Müller/Karin Tondorf, Zielvereinbarungen als Instrument der Verwaltungsreform – Erfolgsvoraussetzungen von zielorientierten Leistungsabsprachen im öffentlichen Dienst –, unveröff. Projektbericht 2001, S. 8.

63 Bahn Müller/Tondorf (Anm. 62) S. 7.

Politik nimmt damit am Lernprozess der Verwaltung teil. Deren Wissen kann politisch wirksam werden und dazu beitragen, dass der politische Entscheidungsprozess ›intelligenter‹ wird. Umgekehrt kommt der Verwaltung mit der Möglichkeit selbständiger Reaktionen auf die Ergebnisse von Zielerreichungskontrollen ein eigenständiger Verantwortungsspielraum zu. Sie kann dann ungeachtet der weiterbestehenden Letztverantwortung der Politik von einem unselbständigen, nur ›mechanisch‹ operierenden Erfüllungsgehilfen zu einem ›Mitspieler‹ werden, der im Rahmen seiner Ausführungsverpflichtungen seine Eigenkenntnisse und -kräfte in den Dienst des allgemeinen Wohls aktiv und eigenverantwortlich zum Einsatz bringen kann.«⁶⁴ Das Kontraktmanagement richtet mithin durch seine kaskadenförmige Stufung von der politischen bis hin zur ausführenden Ebene die Kontraktpartner jeder Stufe auf die vereinbarten Ziele hin aus, die auch als Outcome-Ziele formuliert sein können.⁶⁵ Die Verpflichtung auf Output-(oder Outcome-)Ziele ermöglicht es, die Erfüllung der Zielvorgaben an außerhalb der Verwaltungsorganisation stehende private Vertragspartner weiterzureichen und diese damit in das Kontraktmanagement einzubinden.⁶⁶ Dies macht deutlich, dass das System des Kontraktmanagements mehr ist als eine Abfolge inhaltlich mit den Adressaten abgestimmter, auf gegenseitiger Information beruhender Weisungen⁶⁷. Entscheidend ist die Erfassung des Kontraktmanagements als permanente, auf Kommunikation und konsensuale Weiterentwicklung angelegte Prozessstruktur. Die Aufnahme von Gründen, Motiven und Abwägungsbelangen für die Zielverwirklichung in die Zielvereinbarung eröffnet die Chance einer regelmäßigen aufgabenkritischen Überprüfung. Die Berichterstattung über die erfolgte Zielverwirklichung führt zu einer Diskussion und ggf. Reformulierung der Zielvereinbarung.⁶⁸

Empirische Untersuchungen zeigen allerdings, dass die Umsetzungspraxis hinter dem Reformmodell weit zurück ist: Die zentrale Schnittstelle zwischen Politik und Verwaltung wird in aller Regel nicht durch eine Zielvereinbarung besetzt, so dass es an einer Formulierung der strategischen Ziele der Verwaltung fehlt. Innerhalb der Verwaltungen werden Zielvereinbarungen ganz überwiegend nicht auf das Alltagsgeschäft der Verwaltung, sondern nur auf Schwerpunktziele bezogen. Verwaltungsinterne Zielvereinbarungen bleiben meist mündlich und vertraulich und können deshalb keinerlei Steuerungsfunktion für die Gesamtverwaltung erfüllen.⁶⁹ Hier wird nochmals besonders augenfällig, dass die realen Auswirkungen des Neuen Steuerungsmodells auf

64 *Bahn Müller/Tondorf* (Anm. 62) S. 6 f.

65 *Jann* (Anm. 2) S. 87.

66 *Jann* (Anm. 2) S. 86 f.

67 So aber *Hill* (Anm. 61) S. 142.

68 *Hill* (Anm. 61) S. 142 ff.

69 *Bahn Müller/Tondorf* (Anm. 62) S. 139 ff.

das Verwaltungsverfahren – selbst im o. I 2 beschriebenen Sinne – gering sind und sich die Überlegungen der vorliegenden Untersuchung allein am *Modell* orientieren können.

4. Controlling

Integraler Bestandteil eines auf Dezentralisierung basierenden Steuerungsansatzes wie des Neuen Steuerungsmodells ist die Generierung, Bereitstellung und Vermittlung steuerungsrelevanter Informationen für die verschiedenen Führungsebenen.⁷⁰ In diesem Sinne ist das Controlling in der öffentlichen Verwaltung ein System der Führungsunterstützung⁷¹, das nicht allein Vorgänge, Ergebnisse, Zahlen und Daten berichtet, sondern diese Informationen in einer Bewertungen ermöglichenden Weise aufbereitet.⁷² Mit Blick auf die outputorientierte Steuerung ist die Erfüllung der Zielvereinbarungen ebenso wie die Überwachung des Budgets vom Controlling umschlossen. Während das Ziel-Controlling sich auf die *Effektivität* der Zielerreichung unter Einschluss von Outcome-Zielen bezieht, hat das Budget-Controlling die Input-Output-Relation, d.h. die *Effizienz* im Blick.⁷³ Wesentlich dabei ist die Zukunftsgerichtetheit des Controllings. Zwar ist die verwaltungsinterne Kontrolle der Rechts- und Fachaufsicht keineswegs auf eine retrospektive Korrektur beschränkt, sondern kann ebenso prozessbegleitend und -stützend verstanden werden.⁷⁴ Jedoch unterscheidet sich das Controlling insofern von der Kontrolle, als es sich nicht auf einen Soll/Ist-Vergleich einzelner Verwaltungshandlungen bezieht, sondern ein umfassendes Informationsmanagementsystem installiert, das dezentrale Verantwortlichkeit koordiniert und die Steuerung der Gesamtorganisation erleichtert.⁷⁵

Obwohl der Ansatz des Controllings im Grundsatz ein ganzheitlicher ist, lässt sich zwischen strategischem und operativem Controlling unterscheiden: Wäh-

70 *Walter Richter*, Controlling und Berichtswesen, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 392 (394). Vgl. zum Controlling noch *Uwe Bähr*, Controlling in der öffentlichen Verwaltung, 2002; *Hermann Hill*, Strategisches Controlling in der Kommunalverwaltung, Controlling 1996, S. 232 ff.; *ders./Helmut Klages*, Controlling im Neuen Steuerungsmodell, 1996; *Herbert König*, Controlling in der öffentlichen Verwaltung, VOP 1994, S. 158 ff.; *Klaus Lüder*, Verwaltungscontrolling, DÖV 1993, S. 265 ff.; *Ralph-Peter Rembor*, Controlling in der Kommunalverwaltung, 1997; *Thomas R. Wolf*, Politisches Controlling im kommunalen Kontraktmanagement, VR 1999, S. 131 ff.

71 *Wulf Damkowski/Claus Precht*, Public Management, 1995, S. 153.

72 *Richter* (Anm. 70) S. 394.

73 *Stöbe-Blossey* (Anm. 50) S. 372.

74 *Rainer Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, S. 907 (908 ff.).

75 Vgl. *Kurt Promberger*, Verwaltungscontrolling, in: *Strehl* (Hrsg.), Managementkonzepte für die öffentliche Verwaltung, 1993, S. 89 (91).

rend das strategische Controlling langfristig auf die Weiterentwicklung des Handlungsrahmens der Verwaltung hin ausgerichtet ist, also den Fokus darauf richtet, ob »die richtigen Dinge« getan werden, bewegt sich das operative Controlling in einem vorgegebenen Ziel-, Ressourcen- und Handlungsrahmen, innerhalb dessen die Leistungserstellung der Verwaltung verbessert werden soll; es fragt danach, ob »die Dinge richtig« getan werden. Im Mittelpunkt des strategischen Controlling steht die Steigerung der Effektivität, wohingegen das operative Controlling im Kern Effizienzkontrolle ist.⁷⁶ Zentrales Instrument des Controlling im Sinne eines Informationsmanagementsystems ist eine Einrichtung eines Berichtswesens, durch das in einem formalisierten Verfahren die steuerungsrelevanten Informationen für die Führungsebene aufbereitet und bereitgestellt werden. Flankierend werden eventuelle Handlungsbedarfe erzeugende Einzelinformationen weitergeleitet.⁷⁷

5. Qualitätsmanagement

Die KGSt versteht das Qualitätsmanagement, das auf einer laufenden systematischen Ermittlung der Erwartungen der Bürger und der Wirtschaft an die behördlichen Dienstleistungen beruht und auf eine Umgestaltung der Leistungsprozesse mit dem Ziel direkter Abnehmerorientierung abzielt, als Unterfall der Outputsteuerung.⁷⁸ Orientiert man sich an den Gedanken des »Total Quality Managements«, so geht es nicht um die Einhaltung selbstdefinierter Qualitätsstandards. Im Mittelpunkt steht vielmehr die Initiierung eines kontinuierlichen Verbesserungsprozesses, der durch verschiedene Instrumente des aktiven und systematischen Beschwerdemanagements vom Bürger als Kunden Orientierungspunkte für die Qualität öffentlichen Handelns gewinnen soll.⁷⁹ Im Unterschied zum internen Controlling setzen die Instrumente des Qualitätsmanagements auf eine Bewertung der Leistungserbringung aus Kundensicht.⁸⁰

76 Richter (Anm. 70) S. 395 ff. Dazu auch Klaus Gohlke/Horst Meyer, Strategisches Controlling als Instrument zur Führungsunterstützung des Rates, VR 1997, S. 189 ff.

77 Richter (Anm. 70) S. 397 f.

78 KGSt-Bericht 5/1993 (Anm. 43) S. 22. Zum Qualitätsmanagement vgl. auch KGSt-Bericht 6/1995, Qualitätsmanagement; Hermann Hill, Qualität in der öffentlichen Verwaltung, in: Hill/Klages (Hrsg.), Spitzenverwaltungen im Wettbewerb, 1993, S. 13 ff.; Maria Oppen, Qualitätsmanagement, 1995; Martin Raulf, Qualitätsmanagement in der öffentlichen Verwaltung, VOP 1995, S. 389 ff.

79 Vgl. Stephan von Bandemer, Qualitätsmanagement, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 414 (416 ff.). Vgl. noch Josef Bernhart, Erfahrungen mit Total Quality Management, VOP 1-2/1996, S. 58 ff.; Raimund Hirschfelder/Edgar Lessel, Steuerung durch Qualität: Das Saarbrücker Total Quality Management-Programm, VOP 1994, S. 352 ff.

80 Malte Spitzer, Bürgeraktivierung und Verwaltungsmodernisierung, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 144 (146).

III. Auswirkungen des Neuen Steuerungsmodells auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens

1. Innen- und Außenperspektive der Verwaltungsmodernisierung

Soweit die Auswirkungen des Neuen Steuerungsmodells auf die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens in Rede stehen, gebietet es bereits der o. 1 2 beschriebene umfassende Begriff des Verwaltungsverfahrens, sich nicht auf die Binnenperspektive der Verwaltung zu beschränken, sondern die Außenbeziehungen zum Bürger einzubeziehen. Dies ist schon deshalb notwendig, um der notwendigen Erweiterung des New Public Management-Ansatzes um die Governance-Perspektive gerecht werden zu können.

Was die Governance-Perspektive meint, verdeutlicht wohl am besten die Entwicklung des häufig als Kronzeuge für ein geglücktes New Public Management zitierte »Tilburger Modell«⁸¹. In Tilburg hat man die Konsequenz aus den negativen Folgen der Introversion des New Public Management-Ansatzes gezogen und einen Umschwung hin zu einem an externer Kommunikation orientierten Ansatz vollzogen. Die zunehmende Diskrepanz zwischen einer beträchtlichen Zufriedenheit mit der Qualität der kommunalen Dienstleistungen und einer deutlich geringeren Zufriedenheit mit der Qualität der lokalen Demokratie soll in Tilburg durch eine verstärkte Hinwendung zu einer bürgerbezogenen Nachfrage- und Problemorientierung überbrückt werden.⁸² Governance meint in diesem Sinne eines Gegenbegriffs zu New Public Management »ein Konzept . . ., das die Umweltbeziehungen öffentlicher Verwaltung thematisiert, also die Verbindungslinien zu Bürger und Zivilgesellschaft, zu Unternehmen und Marktwirtschaft, zu Politik und Demokratie«⁸³.

Im Kern ist die Erfassung des Governance-Ansatzes als »Gegenbegriff« zum New Public Management-Zugang nicht als alternierendes Steuerungskonzept zu verstehen, sondern als konzeptionelle Abgrenzungen bezeichnende Ergänzung des New Public Management.⁸⁴ Insbesondere hat die Konzentration des

81 Zum Tilburger Modell *Rolf Krämer*, Das Tilburger Modell der Verwaltungsorganisation und Verwaltungsführung, 1992.

82 *Frank Hendriks/Pieter Tops*, Der Wind des Wandels: New Public Management in der niederländischen Gemeindeverwaltung, *VerwArch* 92 (2001), S. 560 (571 ff.).

83 *Klaus König*, Öffentliches Management und Governance als Verwaltungskonzepte, *DÖV* 2001, S. 617 (621 f.). Vgl. noch Kommission der Europäischen Gemeinschaften KOM (2001) 428 endgültig vom 25.7.2001, Europäisches Regieren, Ein Weissbuch; *Beate Kohler-Koch/Rainer Eising*, The Transformation of Governance in the European Union, 1999; *Klaus König/Markus Adam* (Hrsg.), Governance als entwicklungspolitischer Ansatz, 2001; OECD, Governance im 21. Jahrhundert, 2001; *Christian Theobald*, Zur Ökonomik des Staates: good governance und die Perzeption der Weltbank, 2000.

84 *Elke Löffler*, Governance – die neue Generation von Staats- und Verwaltungsmodernisierung, *VM* 2001, S. 212 (214).

New Public Management auf die Reform öffentlicher Bürokratien nicht zwangsläufig zu einer Steigerung der Steuerungsfähigkeit der Politik geführt. Die Institutionalisierung eines ökonomischen Modellen folgenden Informationstransfers läuft nicht gleichsinnig zu der politischen Meinungs- und Entscheidungsbildung. Die Governance-Perspektive fordert der Verwaltung Kooperationsfähigkeit, die Optimierung der Außenbeziehungen ab.⁸⁵ Nichts anderes gilt für den Gedanken der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft, der Ausdruck einer Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger ist. Der vom Grundgesetz verfasste Staat steht in einer Gesamtverantwortung mit der Gesellschaft zur Erfüllung der zu bewältigenden Aufgaben.⁸⁶ Insoweit lässt sich von einer Verantwortungsgemeinschaft von Staat und Bürgern sprechen.⁸⁷ Verantwortungsteilung beinhaltet mithin ein Zweifaches: eine Arbeitsteilung zwischen staatlichen, halbstaatlichen und privaten Akteuren bei der Erledigung von im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben sowie die Organisation von Kooperationsarenen zur Realisierung dieser Arbeitsteilung.⁸⁸ Verantwortungsteilung ist daher nicht statisch auf die einmalige Zuweisung von Aufgaben, sondern dynamisch auf Koordinierung von durch unterschiedliche Handlungsrationalitäten geprägte Rollen angelegt,⁸⁹ ist kein Rückzug des Staates von der Aufgabenerfüllung, vielmehr ein »Formwandel staatlicher Machtausübung«, der durch »das Zusammenwirken, die Kombination von gesellschaftlicher Selbstregulierung und politischer Steuerung« bestimmt ist.⁹⁰ Modus zur Verwirklichung dieses Formwandels ist die Kooperation zwischen selbstregulativen Potentialen und Steuerungsinstanzen, zwischen Privaten und Verwaltung. Ohne eine solche Kooperation ist eine steuernde Beeinflussung von gesellschaftlicher Selbstregulierung kaum möglich.⁹¹ Verantwortungsteilung und Kooperation zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren sind unmittelbar aufeinander bezogen. Neben die Steuerung durch hoheitliches Gebot tritt die Steuer-

85 Löffler (Anm. 84) S. 213 f.

86 Rainer Pitschas, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, S. 237 f.; Peter Saladin, *Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, S. 161; Jan Ziekow, *Über Freizügigkeit und Aufenthalt*, 1997, S. 386 ff.

87 Pitschas (Anm. 86) S. 237 f.

88 Hoffmann-Riem, *Verantwortungsteilung* (Anm. 15), S. 52; Hans-Heinrich Trute, *Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlanke« Staat*, 1999, S. 13.

89 Trute (Anm. 88) S. 13 f.

90 Renate Mayntz, *Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie*, in: von Beyme/Offe (Hrsg.), *Politische Theorien in der Ära der Transformation*, 1996, S. 148 (163). Vgl. hierzu noch Udo Di Fabio, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 235 ff.; Matthias Schmidt-Preuß, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff.

91 Hoffmann-Riem, *Verantwortungsteilung* (Anm. 15), S. 50.

rung durch Kooperation.⁹² Diese Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft steht in einem Bezug zur Implementation eines wirkungsorientierten Verwaltungsmanagements.⁹³

2. Vernetzte Verantwortungskreise als Impulsgeber für das Verwaltungsverfahren

Die Dezentralisierung von Verantwortungseinheiten und Abflachung von Hierarchieebenen verabschiedet nicht inneradministrative hierarchische Zuordnungen, sondern setzt auf die Abkehr von einem Detailzugriff der höheren Hierarchieebene auf die Entscheidung der nachgeordneten, und zwar sowohl hinsichtlich der Ressource Information als auch bezüglich der Festlegung von Entscheidungsinhalten.⁹⁴ Der Übergang von der Detail- zur Globalsteuerung verteilt Verantwortung: Die dezentralisierten Verantwortungseinheiten konzentrieren Aufgabe, Erledigungskompetenz sowie Ressourcen- und Ergebnisverantwortung.⁹⁵ Wolfgang Hoffmann-Riem hat zu Recht hervorgehoben, dass dieser Wandel eine wechselseitige Verhaltenssicherheit der verschiedenen Hierarchieebenen voraussetzt.⁹⁶ Die Neuverteilung der Verantwortung zwischen zentraler und dezentralisierter Verwaltungsebene weist der letzteren ein hohes Maß selbstregulativer Verantwortung zu, das einer Einbettung in eine auf Kooperation und Koordination setzende Organisation von Verantwortungswahrnehmung bedarf. Eine solche Kooperation in der Verantwortung vermag die notwendige Vertrauenskultur zu erzeugen und zu stabilisieren.⁹⁷

Versucht man, diese Überlegungen mit den früheren zur Verantwortungsteilung zwischen Verwaltung und Gesellschaft (o. III 1) zusammenzuführen, so ließe sich von zwei miteinander vernetzten Verantwortungskreisen sprechen. Den einen Kreis bildet die durch das Neue Steuerungsmodell eingerichtete dezentralisierte Verantwortungsordnung. Deren prägende Elemente sind Kooperation, Kommunikation und Transparenz.⁹⁸ Sie beherrschen auch den

92 Vgl. aus der umfangreichen Literatur nur Peter Arnold, *Kooperatives Handeln der nicht-hoheitlichen Verwaltung*, in: Dose/Voigt (Hrsg.), *Kooperatives Recht*, 1995, S. 211 ff.; Arthur Benz, *Kooperative Verwaltung*, 1994; Nicolai Dose, *Die verhandelnde Verwaltung*, 1997; Helge Rossen, *Vollzug und Verhandlung*, 1999.

93 Rainer Pitschas, *Dienstleistungsverwaltung und serviceorientierte Rechtskonkretisierung*, BayVBl. 2000, S. 97 (99).

94 Wolfgang Hoffmann-Riem, *Verwaltungskontrolle – Perspektiven*, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001, S. 325 (344).

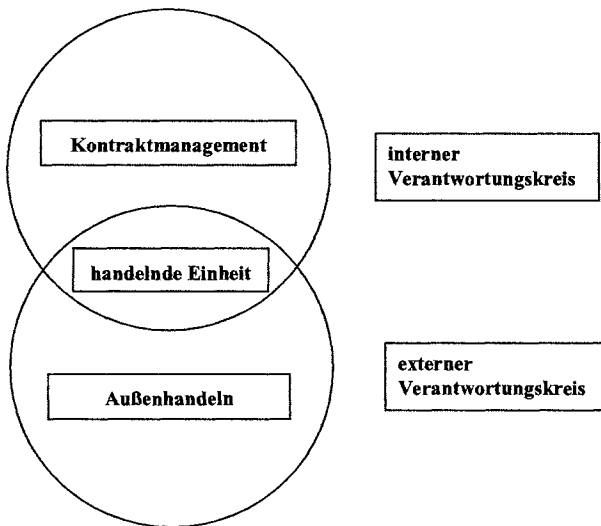
95 Hoffmann-Riem, *Verantwortungsteilung* (Anm. 15), S. 56.

96 Hoffmann-Riem (Anm. 94) S. 364.

97 Hoffmann-Riem, *Verantwortungsteilung* (Anm. 15), S. 57 ff.

98 Jan Ziekow, *Modernisierung des Verfahrensrechts*, in: König/Merten (Hrsg.), *Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 2000, S. 69 (76).

zweiten Verantwortungskreis, der die Beziehungen der Verwaltung zu ihrer Umwelt, insbesondere zum Bürger umfasst. Schnittstelle dieser Verantwortungskreise ist die nach dem AKV-Prinzip verantwortliche dezentralisierte Einheit. Ihre Aufgabe ist es, die Steuerungsmodi des einen Schaltkreises für das Handeln im anderen Schaltkreis operabel zu machen:



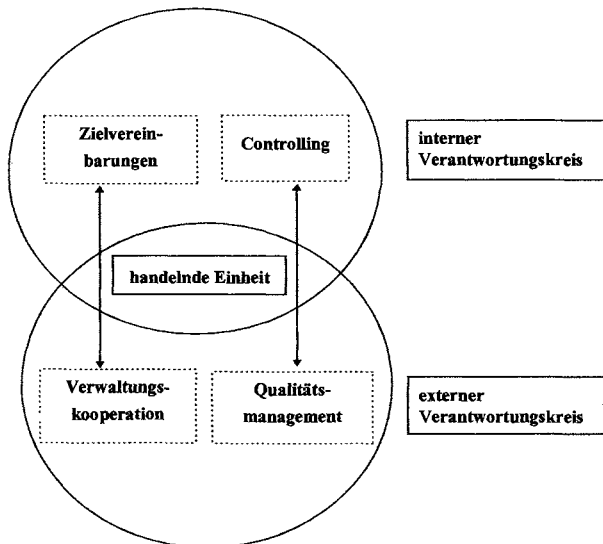
Als Verantwortungskreise lassen sich diese beiden miteinander vernetzten Schaltkreise deshalb bezeichnen, weil es in beiden Kreisen um die Verteilung von Verantwortung geht: zum einen zwischen Politik und Verwaltung und innerhalb der Verwaltung auf dezentralisierte Einheiten, zum anderen zwischen Verwaltung und Bürgern bei der Wahrnehmung von im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben. Allerdings darf die Gliederung in zwei Verantwortungskreise nicht dahingehend missverstanden werden, dass hierdurch die tradierte Unterteilung in Innenrecht und Außenrecht⁹⁹ aufgegriffen würde. Dies würde dem o. I 2 dargelegten ganzheitlichen Verständnis des Verwaltungsverfahrens zuwiderlaufen. Das Modell vernetzter Verantwortungskreise soll vielmehr den Blick darauf lenken, dass jenes Verständnis des Verwaltungsverfahrens

99 Dazu *Hans-Uwe Erichsen*, Der Innenrechtsstreit, in: ders./Hoppe/von Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 211 (213 ff.); *Walter Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 1996, § 69 Rn. 26 ff.; *Klaus Lange*, Innenrecht und Außenrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 307 ff.

die Restrukturierung des administrativen Binnenbereichs mit der Reformulierung der Außenbeziehungen der Verwaltung zusammenführt. Gerade der umfassende Verfahrensbegriff lässt es als sinnvoll erscheinen, Anforderungen, die aus den beiden Verantwortungskreisen auf das Verfahren einwirken, in das ganzheitliche Modell zu integrieren.

Beispiel für eine hiermit in Bezug genommene instrumentelle Korrelation sind das Qualitätsmanagement im externen und das Controlling im internen Verantwortungskreis. *Hermann Hill* hat dies auf den Punkt gebracht, indem er die Instrumente des Qualitätsmanagements als »bürgergesteuertes Verwaltungscontrolling« bezeichnet hat¹⁰⁰. In der Tat macht ein in Permanenz durchzuführendes Qualitätsmanagement nur dann Sinn, wenn es mit dem Controlling der Verwaltung verbunden wird.

Entsprechendes gilt für das Verhältnis von Kontraktmanagement und Verwaltungskooperation: Wesentliches Mittel zur Implementation des Neuen Steuerungsmodells als kooperative Verantwortungsordnung ist das Kontraktmanagement. Konsentiierte Zielvereinbarungen grenzen Verantwortung ab und schaffen einen »kooperativen Verantwortungsverbund«¹⁰¹. Im externen Verantwortungskreis entspricht dem die Verwaltungskooperation zwischen Verwaltung und Privaten (s. dazu o. III 1).



100 Zitiert nach *Spitzer* (Anm. 80) S. 146.

101 *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung (Anm. 15), S. 61.

3. Wandlungen des materiellen Verwaltungsrechts und Prozeduralisierung

Ein wesentlicher Ausgangspunkt für Änderungen des Verwaltungsverfahrens sind die in der Konsequenz des Neuen Steuerungsmodells liegenden Änderungen des materiellen Verwaltungsrechts. Insoweit fordert das Neue Steuerungsmodell einen Paradigmenwechsel. Der Steuerung durch Zielvereinbarungen entspricht auf normativer Ebene ein Übergang von der Konditional- zur Aufgaben- oder Konzeptsteuerung.¹⁰² Die gesetzgeberische Formulierung von Zielen wird im Wege von Zielvereinbarungen konkretisiert. Der Wechsel von der legislativen Handlungsprogrammierung zu einem von der Verwaltung auszufüllenden offenen Konkretisierungsrahmen führt zur Offenheit der Lösungsmodi im Einzelfall. Gegenüber der Wahl einer Handlungsform tritt die situationsgerechte und dialogisch angelegte Erreichung des gesteckten Ziels in den Vordergrund.¹⁰³

Nimmt man auch hier das Modell vernetzter Verantwortungskreise in den Blick (o. III 2), so müssen die durch die Verantwortungsdezentralisierung im internen Verantwortungskreis entstandenen, einer Detailsteuerung entzogenen Handlungsspielräume einerseits und die durch den Wandel der normativen Programmierung im externen Handlungskreis angelegte Konkretisierungsoffenheit andererseits instrumentell verarbeitet werden. Insoweit kann dem Ansatz von *Rainer Pitschas* gefolgt werden, der für die zu leistende Institutionalisierung von Subjektivität die Anerkennung einer individualisierten Maßstabsbildungskompetenz eingefordert hat.¹⁰⁴ Diese Maßstabsbildungskompetenz konstituiert sowohl verwaltungsintern als auch im Außenverhältnis Handlungsfreiräume, die einer individualisierten Konkretisierung bedürfen.¹⁰⁵

Mit der Rücknahme der materiellen legislatorischen Determinierung der Verwaltungsentscheidung einher gehen muss eine prozedurale Regulierung.¹⁰⁶ Sie öffnet Flexibilitätsspielräume¹⁰⁷, indem sie Entscheidungsverfahren konstituiert und Kommunikationsarenen organisiert¹⁰⁸. In dieser spezifischen In-

102 *Daniel Kettiger*, Wirkungsorientierte Gesetzgebung, VM 2001, S. 226 (230). Vgl. zur Typologie *Reiner Schmidt*, Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 67 ff.

103 Vgl. *Hill* (Anm. 61) S. 140.

104 *Pitschas* (Anm. 93) S. 102.

105 *Pitschas* (Anm. 93) S. 102.

106 Zum Gedanken der Prozeduralisierung vgl. etwa *Gralf-Peter Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999; *Thomas Vesting*, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997.

107 Vgl. *Karl-Heinz Ladeur*, Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 187 (203).

108 Vgl. *Klaus Eder*, *Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 155 (156); *Evelyn Hagenah*, *Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994, S. 487 (492).

bezugnahme der Kompetenzen aller Beteiligten begegnet das Prozeduralisierungskonzept sowohl den sich aus der Verantwortungstrennung und -dezentralisierung (dazu u. III 4) im Neuen Steuerungsmodell als auch den sich durch den Ansatz des Qualitätsmanagements (dazu u. III 8) ergebenden Folgerungen.

Allerdings ist zu beachten, dass die Interessen der Beteiligten nicht selten zu einer konditionalen Programmierung tendieren. Sie ermöglicht es der Politik, eine gleichbleibende Produktqualität weitgehend zu präformieren,¹⁰⁹ ermöglicht der Verwaltung insbesondere bei routinisierten Vorgängen eine schnelle und kostengünstige Verfahrensdurchführung¹¹⁰ und erzeugt gegenüber dem Kunden Erwartungssicherheit. Notwendig ist daher eine Differenzierung der legislativen Programmierungsdichte nach der Aufgaben- und Entscheidungsstruktur.¹¹¹

4. Dezentralisierung

Durch die Dezentralisierung werden für den Bürger als Kunden die Verantwortlichkeiten transparent. Es werden Spielräume für ein auf Kommunikation aufbauendes konsensorientiertes Verwaltungshandeln eröffnet, das dem traditionellen öffentlich-rechtlichen Denken in Kategorien der Subordination nicht mehr in vollem Umfang entspricht. Der Übergang zur Konzeptsteuerung verlangt die Organisation von Kommunikationsarenen mit dem Bürger als Kunden, die einen Dialog über die situationsgerechte Zielerreichung ermöglichen.

Der Dezentralisierungsansatz konkretisiert sich in der integrierten Sachbearbeitung, bei dem *ein* Ansprechpartner für die komplette Betreuung eines Anliegens des Bürgers bereitsteht.¹¹² Vorbilder sind einerseits die Bürgerbüros, wie sie in vielen Kommunen eingerichtet sind,¹¹³ andererseits das behördliche Projektmanagement bei der Verwirklichung von Großvorhaben. Notwendig ist der Übergang von der Art- zur Mengenteilung bei der Gestaltung der Arbeitsabläufe im größtmöglichen Umfang. Während bei der Arteilung ein Bearbeiter nur einen spezifizierten Schritt eines mehrteiligen Ablaufs ausführt,

109 Maximilian Wallerath, Die Änderung der Verwaltungskultur als Reformziel, Verw. 2000, S. 351 (375).

110 Andreas Voßkuhle, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 349 (393 f.).

111 Wallerath (Anm. 109) S. 375.

112 Schiedner (Anm. 33) S. 75.

113 S. nur Gudrun Klee-Kruse, BürgerBüros als innovative kommunale Serviceagenturen, 1995; Dieter Kraemer/Harald Kaufung, Bürgerämter sind nur der Anfang, VR 2000, S. 200 ff.; Gerd B. Müller, Einrichtung von Bürgerbüros/Verbesserung der Dienstleistungsorientierung, DÖD 2000, S. 16 ff.

liegt bei der Mengenteilung der gesamte Arbeitsablauf gleichsam in einer Hand.¹¹⁴ Hierdurch werden zum einen die Leistungsprozesse durch Reduzierung der Transport-, Liege- und bei jedem weiteren Bearbeiter desselben Vorgangs jeweils neu anfallenden Einarbeitungszeiten prozessorientiert optimiert.¹¹⁵ Zum anderen ermöglicht die Konzentration der Bearbeitung einen kompetenten Dialog des Bearbeiters mit dem Kunden über dessen Anliegen. Soweit sich jedenfalls partiell eine Beibehaltung der Arteilung als notwendig erweist, könnte dem Konzentrationsgedanken dadurch Rechnung getragen werden, dass der nach außen allein zuständige »Verfahrensmanager« ggf. erforderliche weitere Schritte wie die Einholung verschiedener Genehmigungen organisiert und produktorientierte Bearbeitungsteams¹¹⁶ gebildet werden. Hierdurch wird gleichzeitig die Produktorientierung gestärkt, indem sich die Produktverantwortung in einer gesamtheitlichen Produktbearbeitung fokussiert.¹¹⁷ Konsequenz dessen ist eine selbstregulative und situative Verfahrensgestaltung der dezentralisierten Einheiten,¹¹⁸ die lediglich über das Controlling und die ggf. anschließende kooperativ veranlasste Korrektur in Zielvereinbarungen an übergeordnete Gesamtstrategien rückgekoppelt wird.

5. Outputorientierung

Soweit sie das Verwaltungsverfahren betrifft bedeutet Outputorientierung vor allem die Ziel- und Ergebnisorientierung der Ablauforganisation, ihre Ausrichtung auf das erreichbare Optimum. Outputorientierung beinhaltet mithin ein Gebot zur Optimierung des Verfahrens. Dabei ist zu beachten, dass der Faktor »Zeit« im Verwaltungsverfahren¹¹⁹ nur einer unter mehreren optimierbaren Parametern ist¹²⁰. Die Erzielung einer möglichst kurzen Durchlaufzeit ist keineswegs der für die Qualität des Produkts allein beherrschende Gesichtspunkt.¹²¹ Hinzu tritt vielmehr der Gesichtspunkt der Kosten für Verwaltung und Kunden.

114 Klaus Deckert/Ferdinand Wind, Das Neue Steuerungsmodell, 1996, S. 113.

115 Deckert/Wind (Anm. 114) S. 115 ff.

116 Ausführlich Schiedner (Anm. 33) S. 150 ff.

117 Vgl. Schiedner (Anm. 33) S. 134.

118 Arno Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung als informationelle Organisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 195 (204 f.).

119 Dazu Sandra Stefanie Eversberg, Der Zeitfaktor im bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1999; Paul Kirchhof, Verwalten und Zeit, 1975; Clemens Oertel, Der Zeitfaktor im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1992; Paul Rombach, Der Faktor Zeit im umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1994.

120 Darstellung einiger der zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren in Betracht kommenden Maßnahmen bei Jan Ziekow, Zügige Verwaltungsverfahren, in ders. (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, 1998, S. 51 (67 ff.).

121 A. A. Deckert/Wind (Anm. 114) S. 99.

Die Zusammenführung von Fach- und Ressourcenverantwortung in dezentralisierten Bearbeitungseinheiten setzt den Kern der Outputorientierung in der Optimierung des Ressourceneinsatzes (vgl. schon o. II 2). Effizienz im Sinne der Zielerreichung bei einem bestimmten Wirksamkeitsgrad unter Einsatz der minimal dafür erforderlichen Ressourcen¹²² ist eines der zentralen Leitmotive des Neuen Steuerungsmodells. In Verbindung mit der Öffnung der Konkretisierungsmaßstäbe für die handelnden Verwaltungseinheiten (o. III 3) stehen effizienzorientiertes Handeln ermöglichende Optionen zur Verfügung. Das im Neuen Steuerungsmodell vorgesehene Verbleiben nicht in Anspruch genommener Ressourcen bei den Betriebseinheiten setzt Anreize, die Optionswahl unter Effizienzgesichtspunkten auszuüben.¹²³ Die Bewertung der Effizienz steht im Mittelpunkt des operativen (Budget-) Controllings (s. o. II 4). Gleichwohl ist auch die Effizienz nur eines der zu optimierenden Elemente. Das einseitige Abstellen auf Effizienz würde die umfassend zu denkende Optimierungsaufgabe verfehlen.¹²⁴ Die Effizienzgesichtspunkte sind vielmehr ins Verhältnis zu anderen Aspekten wie beispielsweise der durch das Qualitätsmanagement ermittelten Interessenrelationen (u. III 8) zu setzen. Je mehr diese anderen Gesichtspunkte bereits bei der Produktdefinition berücksichtigt wurden, desto mehr tritt bei der Leistungserbringung deren Effizienz in den Vordergrund. Diese Notwendigkeit, Effizienzkriterien flexibel handhaben zu können, weist auf eine eingeschränkte Möglichkeit der verbindlichen Definition von Effizienzanforderungen hin (dazu u. IV 1). Für die Ausfüllung dieses Optimierungsgebots stehen verschiedene Verfahren wie das top down ansetzende Process Reengineering¹²⁵ oder das der bottom up-Perspektive verpflichtete Kaizen-Prinzip zur Verfügung. Ihr Ziel muss es sein, die eine situationsgerechte Bewältigungsleistung erleichternde »Verfahrenssouveränität« der Behörde zu erhöhen.¹²⁶

122 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11 (17). Eingehend zur Begrifflichkeit *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung –, in: ebda., S. 245 (246 ff.).

123 S. zu diesem Zusammenhang *Hoffmann-Riem* (Anm. 122) S. 51.

124 Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Organisationsrecht als Steuerungsressource – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 355 (389); *Rainer Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung und Verwaltungsrecht im »schlanken Staat«, VM 1996, S. 163 (165).

125 Vgl. dazu Anm. 40 und *Klaus Lenk*, »Business Process Re-Engineering«: Sind die Ansätze der Privatwirtschaft auf die öffentliche Verwaltung übertragbar?, in: Traummüller (Hrsg.), *Geschäftsprozesse in öffentlichen Verwaltungen*, 1995, S. 27 ff.

126 *Hill* (Anm. 55) S. 88.

6. Kontraktmanagement

Konkretisieren Zielvereinbarungen dialogisch die im legislatorischen Programm offen gelassenen Handlungsspielräume (o. III 3), so bleibt daneben für hierarchisch determinierte Verwaltungsvorschriften klassischen Typs kaum noch Raum. Einseitig-hierarchische Steuerung, die die Autonomiespielräume der dezentralisierten Einheiten verengt, liegt quer zu den Grundbedingungen des Neuen Steuerungsmodells. Das von der politischen bis auf die Sachbearbeiterebene heruntergezonte Kontraktmanagement lässt kein Bedürfnis für den Erlass von Verwaltungsvorschriften offen. Eine Ausnahme kann lediglich für solche Verwaltungsvorschriften gelten, deren Erlass in einem besonderen Verfahren ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist (vgl. § 48 BImSchG) oder die als allgemeine Verwaltungsvorschriften koordinierende Wirkung für mehrere Verwaltungen eröffnen sollen.¹²⁷

Der Vorschlag, aus einer Typisierung der unterschiedlichen Arten und Inhalte von Zielvereinbarungen ein Rechtsregime für Innenrechtsverträge zu entwickeln,¹²⁸ schließt an die Vorgehensweise nach Referenzgebieten¹²⁹ an. Doch ist davon auszugehen, dass sich im politischen Prozess klare und messbare Zielsetzungen kaum entwickeln lassen. Wegen der Notwendigkeit der Berücksichtigung einer Vielzahl von Referenzsystemen lässt sich eine klare Managementsteuerung nach Zielvorgaben und Outputs nicht herstellen.¹³⁰ Das Kontraktmanagement ist insbesondere der Ort, die Leistungen nicht nur über Output-, sondern auch über Outcome-Ziele in Zielvereinbarungen zu definieren.¹³¹

Als Beispiel kann der für das Neue Steuerungsmodell zentrale Gesichtspunkt der Effizienz (s. o. III 5) dienen. Effizienzvorgaben lassen sich in Zielvereinbarungen nicht in einer für die dezentralisierte Einheit verbindlichen Weise konkretisieren. Das Neue Steuerungsmodell setzt auf Selbstregulierung der Aufgabenwahrnehmung durch diese Einheiten innerhalb des im Haushaltsplan ausgewiesenen Budgets. Der mit der Einheit von Aufgaben- und Ressourcenverantwortung eröffnete Rahmen situativer Konkretisierung würde

127 Vgl. für den Erlass von »Globalrichtlinien« Hoffmann-Riem (Anm. 124) S. 385.

128 So Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9 (43).

129 Dazu Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11 (14 f.); ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 1998, S. 8 ff.

130 Jörg Bogumil, Die Umgestaltung des Verhältnisses zwischen Rat und Verwaltung – das Grundproblem der Verwaltungsmodernisierung, VerwArch 93 (2002), S. 129 (131).

131 Frank Nullmeier, Input, Output, Outcome, Effektivität und Effizienz, in: Blanke/von Baudemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, S. 357 (361 f.).

konterkariert, wenn die Bearbeitungseinheit die Effizienzbewertung nicht in vollem Umfang selbst zu leisten hätte. Ob sie ihr Budget ausschöpft oder versucht, über Effizienzsteigerungen Einsparungen zu erzielen, die ihr verbleiben, liegt in ihrer Einschätzung. Die zur Beurteilung der Angemessenheit des ausgewiesenen Budgets für die Erfüllung der jeweiligen Aufgaben erforderlichen Informationen werden im Controlling transportiert und können zu budgetbezogenen Reaktionen führen. Innerhalb des Budgetrahmens aber sind spezifizierte Effizienzvorgaben systemfremd.

Die Leistungspflichten der dezentralisierten Verwaltungseinheiten lassen sich kaum in einem Maße spezifizieren und operationalisieren, dass eine sanktionsauslösende Beurteilung der Zielerreichung möglich wäre.¹³² Kontraktmanagement ist in diesem Sinne eine »weiche« Steuerung, die sich zwar als Verfahren der Zielformulierung verstetigen, jedoch nicht in einer Dichte systematisieren lässt, die einen Anknüpfungspunkt für ein generalisiertes Verfahrenskonzept darstellen könnte. Als kontraktmanagementadäquate Sanktionen kommen insbesondere Berichtspflichten, qualifizierte Begründungslasten sowie Revisionsklauseln in Betracht.¹³³

7. Controlling

Das Neue Steuerungsmodell führt zu neuen Akzentsetzungen gegenüber dem tradierten Kanon von Verwaltungskontrollen. Mechanismen der Selbstkontrolle innerhalb der dezentralisierten Einheiten gewinnen gegenüber hierarchisch verorteten Kontrollen an Bedeutung.¹³⁴ Selbst wenn man davon ausgeht, dass die klassische Rechtsaufsicht auch für eine entlang des Neuen Steuerungsmodells restrukturierte Verwaltung unverzichtbar bleibt,¹³⁵ führt die notwendige Abkehr von der Konditionalsteuerung (o. III 3) zu einer Rücknahme der inhaltlichen Maßstäbe der Rechtsaufsicht. Eine detailscharfe fachaufsichtliche Einflussnahme auf die Einzelentscheidungen lässt sich mit dem Gedanken einer Globalsteuerung der verantwortlichen Einheiten nicht vereinbaren.¹³⁶ Die Instrumente inneradministrativer Kontrollen sind unter diesen Bedingungen einem Redesign zu unterziehen, das die Bereitstellung und Aufbereitung von Informationen durch das Controlling in eine Beaufsichtigung der Strukturbedingungen des Verwaltungshandelns einbezieht.¹³⁷

132 Trute (Anm. 5) S. 279.

133 Schmidt-Aßmann (Anm. 128) S. 43.

134 Schmidt-Aßmann (Anm. 128) S. 27 f.

135 So Schmidt-Aßmann (Anm. 128) S. 43.

136 Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Finanzkontrolle der Verwaltung durch Rechnungshof und Parlament, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, S. 73 (78); Schmidt-Aßmann (Anm. 128) S. 43.

137 Pitschas (Anm. 74) S. 913 ff.; Schmidt-Aßmann (Anm. 128) S. 43.

Der Verantwortungsteilung im Neuen Steuerungsmodell (o. III 2) entspricht es, von einem Vorrang der Selbstkorrektur bei der operativen Kontrolle auszugehen.¹³⁸ Das Lernen aus Fehlern muss in den definierten Verantwortungsstrukturen erfolgen.¹³⁹ Instrumentell kann für diesen Lernprozess auf die Elemente des Qualitätsmanagements (u. III 8) zurückgegriffen werden. Erst dann wenn ein Fehler strategische Relevanz erlangen kann, verdichtet sich die Struktur- zu einer operativen Aufsicht. Entsprechende kommunikationsbasierte Abgrenzungsverfahren lassen sich im Rahmen des Kontraktmanagements entwickeln.

8. Qualitätsmanagement

Qualitätsmanagement kristallisiert sich vor allem im Zugang der durch die bürgerschaftliche Öffentlichkeit bestimmte Kundenseite zur Gestaltung der Leistungsprozesse. Nicht allein die Leistungserbringer stehen in einer besonderen Qualitätsverantwortung, denn Qualität kann nicht als ausschließlich durch die Verwaltung definierte Eigenschaft der Produkte verstanden werden. Vor der Folie einer Rücknahme punktgenauer Fachkontrollen und eines Übergangs zu einer controllingunterstützten Globalsteuerung kann Qualitätsmanagement auch eine – ergänzende – Kontrolle durch die Empfänger von Verwaltungsleistungen sicherstellen, soweit es um die – mit den öffentlichen Interessen an der Leistungserbringung nicht notwendig identischen – Kundeninteressen geht.¹⁴⁰ Das Bestreben um Qualität bezieht sowohl die öffentlichen Interessen als auch die Bedarfe, Interessen und Wertvorstellungen der Bürger mit ein und verlangt die systematische Ermittlung von Kundeninteressen, beispielsweise durch Bürger- und Kundenbefragungen. Im weiteren sind Verfahren vorzusehen, die die Implementation dialogisch mit den Kunden entwickelter Entscheidungsparameter sicherstellen.¹⁴¹ Beispiele sind die Einführung periodischer Berichtspflichten gegenüber der allgemeinen oder einer näher spezifizierten Öffentlichkeit und die hierauf fußende gemeinsame Erarbeitung von Qualitätsstandards,¹⁴² beispielsweise in Diskussionsforen.

Während die Etablierung solcher allgemeiner Foren insbesondere für eine strategische Überprüfung der Verwaltungsaufgaben¹⁴³ und ihrer Erfüllungs-

138 Vgl. Sybille Stöbe-Blossey, *Schlanke Verwaltung (Lean Administration)*, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hrsg.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 2. Aufl. 2001, S. 262 (269). Die Korrelation von Verantwortung und Kontrolle betont zu Recht Hoffmann-Riem (Anm. 94) S. 338 ff.

139 Hoffmann-Riem, *Verantwortungsteilung* (Anm. 15), S. 59.

140 Trute (Anm. 5) S. 282 f.

141 Pitschas (Anm. 93) S. 100.

142 Trute (Anm. 5) S. 283.

143 Vgl. zum Gesichtspunkt der Aufgabenkritik in diesem Zusammenhang Hill (Anm. 55) S. 80. Allgemein zur Aufgabenkritik Hans Peter Bull, *Wiedergewinnung von Handlungsspiel-*

modalitäten genutzt werden können, setzt ein aktives Beschwerdemanagement eher operativ an. Ziel ist die lernende Organisation.¹⁴⁴ Beschwerden von Bürgern werden systematisch in einen Prozess der permanenten Weiterentwicklung und Verbesserung integriert. Eine externalisierte Verhaltenssicherheit kann dabei durch die Fixierung erreichter Fortschritte durch verbindliche Verfahrensvorgaben erreicht werden. Beispielsweise können bestimmte Bearbeitungsstandards wie z. B. Bearbeitungsfristen garantiert werden,¹⁴⁵ solange sichergestellt ist, dass hierdurch nur erreichte Stufen im fortgeführten Verbesserungsprozess gesichert werden sollen¹⁴⁶.

Begreift man Qualitätsmanagement als dialogische Begleit- und Folgebetrachtung von Verwaltungshandeln, so ist es als umfassendes System der planvollen Ermittlung und Verarbeitung von Kundeninteressen, Fehlern und Qualitätsmängeln zu verstehen. Die Verarbeitungsaufgabe fordert dabei zum einen eine fehlerfreundliche Gestaltung von Organisation und Verfahren. Fehler dürfen nicht als pathologisches Extrem, sondern müssen als in Rechnung zu stellender Normalfall der täglichen Abläufe begriffen werden. Wesentlich ist, dass auch tatsächlich die Möglichkeit besteht, aus Fehlern zu lernen. Zum anderen können informationstechnische Lösungen genutzt werden, um seitens der Verwaltung Kundeninteressen kennenzulernen und auf das eigene Leistungsangebot rückzubeziehen sowie Kundenpflege zu betreiben. Die Einrichtung eines Citizen Relationship Management vermag eine entsprechende Verstetigung der Beziehungspflege zu unterstützen.¹⁴⁷

IV. *Rechtliche Regelungen*

1. *Verwaltungsverfahrensrecht*

Für die Frage nach den verwaltungsverfahrenrechtlichen Aufnahmebedarfen des Neuen Steuerungsmodells ist der o. I. skizzierte Steuerungsansatz des Modells zu beachten, der gerade auf die Abkehr von regulativer Verfahrenssteuerung setzt. Die normative Verfestigung einzelner Instrumente liegt durchaus

räumen durch Aufgabenkritik?, in: Ziekow (Hrsg.), Handlungsspielräume der Verwaltung, 1999, S. 33 ff.; Gisela Färber, Instrumente und Bedingungen für eine wirksame Aufgabenkritik, in: Jann/König/Landfried/Wordelmann (Hrsg.), Politik und Verwaltung auf dem Weg in die transindustrielle Gesellschaft. Carl Böhrer zum 65. Geb., 1998, S. 189 ff.

144 Rainer Pitschas, Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozialverwaltung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 151 (161).

145 Hill (Anm. 55) S. 81.

146 Vgl. für Berlin Andreas Chmel, Das Neue Berliner Verwaltungsmanagement, 1999, S. 110.

147 Vgl. Hinrich Bonin, Citizen Relationship Management, VM 2001, S. 216 ff.

quer zum ganzheitlichen Ansatz des Neuen Steuerungsmodells. Das Verfahrensrecht wird daher im wesentlichen nur öffnend und Optionen anbietend wirken können.

Ob es wirklich einer rechtlichen Verarbeitung des Kontraktmanagements hinsichtlich der Einordnung, der Verbindlichkeit und des Leistungsstörungenregimes bedarf, darf bezweifelt werden.¹⁴⁸ Andere europäische Staaten, die ihre Bürokratien nach den Ansätzen des New Public Management restrukturiert haben, interpretieren Kontraktmanagement als organisierte Verhandlungskultur ohne Sanktionsmechanismen. Zielvereinbarungen sind in diesem Verständnis Mittel der *Kontakt*-, nicht der Kontraktsteuerung.¹⁴⁹ Die Vorstellung einer Justitiabilität von Zielvereinbarungen¹⁵⁰ wird deren kooperativem Anliegen nicht gerecht. Innerhalb eines ganzheitlichen Steuerungskreislaufs kann eine Fehlerfolgenregelung nur in einer kooperativen Bilanzierung und Korrektur bestehen.¹⁵¹ Entsprechende Korrektur- und Sanktionsmöglichkeiten sind in der Zielvereinbarung selbst vorzusehen.¹⁵² Mindestfolge muss eine gemeinsame Ursachenanalyse sein, deren Ergebnisse in die folgende Zielvereinbarung einfließen müssen.¹⁵³ Umgekehrt muss auch die Erreichung der vereinbarten Ziele festgehalten und materiell oder immateriell honoriert werden.¹⁵⁴ Sinnvoll zu regeln – nicht im Verwaltungsverfahrensgesetz, sondern in den jeweiligen Fachgesetzen – wären allenfalls die Grundelemente von Zielvereinbarungen und deren Fehlerfolgenkorrektur im Sinne der Zurverfügungstellung eines Handlungsrahmens, d. h. ohne die Eröffnung einer gerichtlichen Kontrollmöglichkeit.

Wie die Entwicklung der Dogmatik zur Wirkung von Verwaltungsvorschriften¹⁵⁵ zeigt, sind die aus Zielvereinbarungen im Verhältnis zu Verwaltungs-

148 Für die rechtliche Verbindlichkeit der Kontrakte etwa *Janbernd Oebbecke*, Verwaltungssteuerung im Spannungsfeld von Rat und Verwaltung, DÖV 1998, S. 853 (858 f.) Dagegen *Hermann Pünder*, Zur Verbindlichkeit der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells, DÖV 1998, S. 63 ff.; *Olaf Otting*, Kontraktmanagement in der Kommunalverwaltung, VR 1997, S. 361 (362 f.); *Thomas R. Wolf*, Die Verbindlichkeit im kommunalen Kontraktmanagement, NordÖR 1999, S. 131 ff.

149 *Werner Jann*, Verwaltungskulturen im internationalen Vergleich, Verw. 2000, S. 325 (346).

150 So etwa *Oebbecke* (Anm. 148) S. 859.

151 *Hill* (Anm. 61) S. 146 f.

152 *Jens-Peter Schneider*, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 (131 f.).

153 *Bahn Müller/Tondorf* (Anm. 62) S. 155.

154 *Bahn Müller/Tondorf* (Anm. 62) S. 155.

155 *Annette Guckelberger*, Zum methodischen Umgang mit Verwaltungsvorschriften, Verw. 2002, S. 61 (65 ff.); *Hans Jarass*, Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, JuS 1999, S. 105 (107 ff.); *Steffen Kautz*, Verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften und ihre unterschiedliche Bindungswirkung, GewArch 2000, S. 230 (231 ff.); *Anna Leisner*, Verwaltungsgesetzgebung durch Erlasse, JZ 2002, S. 219 (221 ff.); *Fritz Ossenbühl*, Autonome Rechtssetzung der Verwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Aufl. 1996, S. 65 Rn. 44 ff.; *Achim Rogmann*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften, 1998.

externen entspringenden Wirkungen ohne weitere Regelungsnotwendigkeit dogmatisch verarbeitbar. Beispiele sind Zielvereinbarungen, die die Konkretisierung von Rechtspositionen des Bürgers betreffen. Es bestehen keine größeren Schwierigkeiten, die zur Behandlung von Verwaltungsvorschriften entwickelten Ansätze für die Zielvereinbarungen mit Außenrechtsbezug fortzudenken.¹⁵⁶

Dem Gedanken der Dezentralisierung von Verwaltungseinheiten, die über Zielvereinbarungen und nicht über detaillierte Weisungen im Einzelfall gesteuert werden, könnte in anderer Weise im Verwaltungsverfahrensgesetz Rechnung getragen werden. Zum einen könnte der bereits in mehreren Vorschriften (etwa den §§ 71d, 71e und 78 VwVfG) anklingende Ansatz eines für ein Begehren des Bürgers nach außen einheitlich zuständigen behördlichen Ansprechpartners mit Blick auf das Dezentralisierungskonzept des Neuen Steuerungsmodells aufgegriffen werden (s. dazu o. III 4). Regelungsstandort einer solchen Zielvorstellung könnte beispielsweise der § 10 VwVfG sein.

Zum anderen könnte dem Gedanken einer dezentralisierten Verantwortung durch Unterbreitung einer Angebotsordnung Rechnung getragen werden, die eine Umsetzung der intern eröffneten Handlungsspielräume nach außen erleichtert. Kooperatives Zusammenwirken zwischen der Verwaltung und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ermöglicht situationsgerechte und flexible Lösungen im Einzelfall¹⁵⁷ und kann als die Verlängerung des Kontraktmanagements über die Verwaltungsorganisation hinaus verstanden werden (vgl. o. II 3). Die für eine solche Öffnung des Verwaltungsverfahrensgesetzes für die Etablierung kooperativer Routinen in Betracht kommenden Maßnahmen sind an anderer Stelle entwickelt worden¹⁵⁸ und seien hier nur kurz zusammengefasst. Im wesentlichen handelt es sich um folgendes:

- Erstens die Aufnahme strukturierender, aber nicht verbindlicher Regelungen für informale Kooperationen – unabhängig davon, ob diese in verbindliche Handlungsformen münden sollen oder nicht. Diese Regelungen gelten unabhängig von der Zuordnung des Kooperationsgegenstandes zum privaten oder zum öffentlichen Recht. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens (*hier*) im Sinne des § 9 VwVfG, für dessen Beibehaltung im übrigen wegen des Zusammenhangs der darauf aufbauenden Regelungen gewichtige Gründe sprechen,¹⁵⁹ wird dadurch von Erweiterungsdruck entlastet.

156 Vgl. Hill (Anm. 61) S. 148: »... nach Art einer Ermessens- oder Abwägungskontrolle«.

157 Zur Indienstellung kooperativen Verwaltungshandelns für die Ziele des Neuen Steuerungsmodells Rüdiger Nolte, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Instrument der Grundwassersanierung, 2001, S. 99.

158 Jan Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, in: ders. (Hrsg.), Public Private Partnership, Bd. 2, 2002.

159 Kritisch hingegen Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft: Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 405 (420).

- Zweitens eine deutliche Flexibilisierung und Reduzierung der Fehleranfälligkeit des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Tendenz ist hier eine Rücknahme der Regelungsdichte auf das verfassungsrechtlich zwingend Gebotene und eine stärkere Akzentuierung der für die Kooperationspartner gegebenen Notwendigkeit, adäquate Lösungen in der Kooperation selbst zu entwickeln.
- Drittens die Zurverfügungstellung eines Rechts des Verwaltungskooperationsvertrags, die Kooperation unabhängig von der Zuordnung des Vertragsgegenstands zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht erleichtern und gestalten soll. Ein wesentliches Instrument ist hier die Verantwortungsbilanz, durch die die Behörde vor Abschluss eines Verwaltungskooperationsvertrags ihre in der Verwaltungskooperation bestehende Verantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe im Verhältnis zu dem privaten Kooperationspartner bewertet.

Mehrere der im Rahmen eines solchen Verwaltungskooperationsrechts umzusetzenden Regelungsansätze enthalten mit Blick auf den internen Verantwortungsbereich des Neuen Steuerungsmodells verallgemeinerungsfähiges Potential.

Beispiel ist die Anknüpfung an den von *Jens-Peter Schneider* so bezeichneten Gedanken der nachvollziehenden Amtsermittlung. Im Verwaltungsrecht finden sich mehr und mehr Regelungen, die den Privaten verstärkt in die Konkretisierung des Sachverhalts einbinden. Bekanntestes Beispiel ist die in § 6 UVPG statuierte Pflicht des Trägers des Vorhabens, der Behörde zu Verfahrensbeginn die entscheidungserheblichen Unterlagen über die Umweltauswirkungen des Vorhabens vorzulegen. Die für die Erfüllung dieser Vorlagepflicht erforderlichen tatsächlichen Grundlagen hat der Vorhabenträger selbstständig zu ermitteln. Die Beschäftigung der Behörde mit dem Tatsachenmaterial setzt erst ein, wenn der Vorhabenträger das von ihm zusammengestellte Material vorgelegt hat. Nunmehr hat die Behörde in sog. nachvollziehender Amtsermittlung die Angaben des Antragstellers zu prüfen: Sie darf sich dabei nicht auf eine reine Plausibilitätskontrolle anhand der vorgelegten Unterlagen und damit auf eine im Wesentlichen ungeprüfte Übernahme der Angaben beschränken, sondern muss diese kritisch würdigen und zumindest stichprobenartig Kontrollermittlungen vornehmen.¹⁶⁰

Zahlreiche Vorschriften sehen vor, dass ein Anlagenbetreiber auf seine Kosten Messungen, Prüfungen oder Sachverständigengutachten veranlassen muss (vgl. §§ 26, 28 ff. BImSchG, § 40 Abs. 3 KrW-/AbfG, § 19i Abs. 2

¹⁶⁰ *Jens-Peter Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 126 ff.; *ders.*, Kooperative Verwaltungsverfahren, *VerwArch* 1996, S. 38 (55 f.).

WHG, § 3 Abs. 1 Nr. 2 PfSchG). Darüber hinaus sind Pflichten zur Dokumentation und Mitteilung bestimmter Vorgänge an die Behörde vorgesehen (vgl. § 27 BImSchG, §§ 42, 43 KrW-/AbfG, § 12 Abs. 1 Nr. 5 AbfG, §§ 7 ff. StörfallVO). Diese Regelungen beruhen auf dem Charakter des Verwaltungsverfahrens als Prozess der Informationsgewinnung und -verarbeitung (o. I 2). Sie sind im wesentlichen Reaktion auf die »Informationskrise« der Verwaltung vor der Realität komplexer Wissensgenerierung.¹⁶¹ Als »Einbruchstelle für Subjektivität« ist die Rekonstruktion des Sachverhalts in besonderem Maße auf Kommunikation und Informationsaustausch zwischen den Beteiligten angewiesen.¹⁶² Durch kommunikative Interaktion vermittelte Intersubjektivität ist insoweit der Versuch der Herstellung von Objektivität. Kooperative Sachverhaltskonkretisierung ist daher Ausdruck einer Verantwortungsteilung (dazu o. III 1), indem sie den Privaten in die behördliche Verantwortung für die Ermittlung des Tatsachenmaterials einbezieht.

Gleichwohl können in der rechtlichen Bewertung behördlicher und privater Beitrag zur Sachverhaltsermittlung nicht vollständig gleichgewichtig sein. Der Untersuchungsgrundsatz ist im rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verankert¹⁶³ und daher nicht aufgebbar. Die Verwaltung kann sich aus der Verantwortung für die Erstellung einer entscheidungstragenden Tatsachengrundlage nicht zurückziehen. Die Behörde darf sich nicht auf die ungeprüfte Übernahme des informationellen Kooperationsbeitrags des Privaten beschränken, sondern muss nach den Grundsätzen der nachvollziehenden Amtsermittlung eine Kontrolle der privaten Konkretisierungsleistung durchführen.

Für die Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen für die Gestaltung von vertraglichen Beziehungen zwischen der Verwaltung und Privaten ist vorgeschlagen worden¹⁶⁴, die Zusammenarbeit der Vertragspartner bei der Sachverhaltsermittlung im Gesetz zu verankern. Die Partner sollen so früh wie möglich erörtern, welche Tatsachen von dem Vertragspartner der Behörde zu ermitteln und welche Methoden und Dokumentationsmöglichkeiten dabei zu verwenden sind sowie welche Nachweise und Unterlagen von ihm erbracht werden. Die Behörde überprüft den von ihrem Vertragspartner ermittelten Sachverhalt und stellt, soweit dies erforderlich ist, eigene Ermittlungen an. Es

161 S. Voßkuhle (Anm. 110) S. 352 ff.

162 Rainer Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 219 (287); vgl. auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 9 (35 ff.); Voßkuhle (Anm. 110) S. 369.

163 Carl Hermann Ule/Hans-Werner Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. 1998, § 1 Rn. 9.

164 Ziekow (Anm. 158).

ließe sich daran denken, diese Verstärkung des Prinzips der kooperativen Sachverhaltskonkretisierung in § 24 VwVfG zum Grundsatz zu erheben. Dies gilt über den Abschluss von Verträgen und der Beantragung begünstigender Verwaltungsakte hinaus auch für die Eingriffsverwaltung. Dass der dem Bürger über Rechtspositionen gewährleistete Rechtsschutz durch die ihm eingeräumte Möglichkeit, möglichst frühzeitig kommunikativ eingebunden zu werden, verstärkt wird, ist wiederholt herausgestellt worden.¹⁶⁵

Ein weiteres anschlussfähiges Element des Verwaltungskooperationsrechts ist der Versuch, Zukunftsoffenheit der vereinbarten Regelung mit der weitestmöglichen Aufrechterhaltung der Kooperation zu vereinbaren. Wenn das Neue Steuerungsmodell die Verwaltung als lernende Organisation etablieren will (o. III 8), so lässt sich dies verwaltungsverfahrensmäßig insbesondere an zwei Punkten implementieren:

Der erste ist die Weiterentwicklung der Beziehungen zwischen Behörde und Kunde von einem punktuellen Kontakt zu einer dialogischen Struktur. Es ließe sich beispielsweise daran denken, das Fehlerfolgenregime für Verwaltungsakte als Optionenmodell auszugestalten. Die kooperative Beseitigung von Fehlern sollte grundsätzlich in die Kommunikationsstruktur einbezogen werden. Dem Privaten könnten Anreize dafür offeriert werden, sich an der Fehlerbeseitigung zu beteiligen. Zu denken wäre beispielsweise an Mitwirkungsmöglichkeiten in Aufhebungsverfahren nach §§ 48, 49 VwVfG, eine reale Chance zur Einflussnahme auf den Inhalt der Entscheidung bei einer nachgeholten Anhörung oder eine eingeschränkte Aufhebbarkeit begünstigender Verwaltungsakte. In letzter Konsequenz liegt es in der Logik einer solchen dialogischen Struktur, auf die Bestandskraft des Verwaltungsakts zu verzichten.

Dies ergibt sich auch aus einer anderen Überlegung: Der mit dem Übergang zur Konzeptsteuerung (o. III 3) verbundene Verlust der Bedeutung der Wahl einer Handlungsform bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Rolle des konditional programmierten Verwaltungsakts. Ganzheitliche Modelle, wie sie bisher schon in der planerischen Abwägung¹⁶⁶ bekannt waren, fordern von der Verwaltung komplexe Zielintegrationen. Entsprechend der kooperativ offenen Struktur der von der Verwaltung in Zusammenarbeit mit dem Bürger zu erbringenden Konkretisierungsleistung muss das Verfahren auch zukunfts-

165 *Helmuth Schulze-Fielitz*, Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, DVBl. 1994, S. 657 (664); *Stelkens/Schmitz* (Anm. 31) § 9 Rn. 21.

166 Zur planerischen Abwägung *Johannes Dreier*, Die normative Steuerung der planerischen Abwägung, 1995; *Christian Heinze*, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot, NVwZ 1986, S. 87 ff.; *Martin Ibler*, Die behördlichen Abwägungsspielräume bei Bauleitplanung und Planfeststellung, JuS 1990, S. 7 ff.; *Jan-Dirk Just*, Ermittlung und Einstellung von Belangen bei der planerischen Abwägung, 1996; *Ulf Sieg*, Abwägung bei der straßenrechtlichen Planfeststellung, ZUR 1994, S. 84 ff.

fen für Wandlungen der Verhältnisse und neue Lösungen sein. Die mit der Handlungsform des Verwaltungsakts auf das engste verknüpfte Bestandskraftlehre steht damit auf dem Prüfstand.¹⁶⁷

Allerdings dürfte nicht für alle Bereiche des Verwaltungshandelns ein Verzicht auf die Bestandskraft empfehlenswert sein. Es bedarf einer exakten Analyse, in welchen Bereichen die durch die Bestandskraft vermittelte Verhaltenssicherheit sowohl für die Verwaltung als auch für deren Kunden gegen eine Flexibilisierung spricht.¹⁶⁸ Jedoch lässt sich aus den obigen Ausführungen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis dahingehend entwickeln, dass die flexible und zukunfts offene Gestaltung der Beziehungen zwischen Verwaltung und Kunde die Regel, die Möglichkeit der Berufung auf die Bestandskraft die Ausnahme ist.

Der zweite Punkt, an dem der Gedanke der lernenden Organisation verwaltungsverfahrenrechtlich aufgegriffen werden kann, ist der gesetzliche Hinweis auf ein Qualitätsmanagement im Sinne einer dialogischen Begleit- und Folgenbetrachtung von Verwaltungshandeln. Die skizzierte kooperative Fehlerbeseitigung im Einzelfall könnte zu einem System der planvollen Ermittlung und Verarbeitung von Fehlern und Qualitätsmängeln fortentwickelt werden. Doch ist es wenig sinnvoll, einzelne Instrumente des Qualitätsmanagements im Verwaltungsverfahrensgesetz als verbindlich vorzugeben. Ein – etwa in § 10 VwVfG verankerter – Hinweis auf die Notwendigkeit der Etablierung eines Qualitätsmanagements unter beispielhafter Anführung einzelner Elemente ist insoweit ausreichend. In welcher Weise die einzelne Behörde ein Qualitätsmanagementsystem installiert, kann in den Details ihr überlassen bleiben. Wesentlich ist vor allem, dass das Ziel des Qualitätsmanagements, einen kontinuierlichen Prozess der Sicherung und Verbesserung der Qualität von Verwaltungsleistungen unter Einbeziehung der Bürger-/Kunden- sowie der öffentlichen Interessen zu entfalten, zum Ausdruck kommt.

Eine solche qualitätsmanagementbezogene Regelung böte auch Gelegenheit, die dem Neuen Steuerungsmodell inhärenten Effizienzgesichtspunkte aufzu-

167 Zur Reversibilität von Verwaltungsentscheidungen vgl. *Udo Di Fabio*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im künftigen Umweltrecht*, in: *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im Wandel der Staatsfunktionen*, 1997, S. 199 (208 f.); *Arndt Schmehl*, *Genehmigungen unter Änderungsvorbehalt zwischen Stabilität und Flexibilität*, 1998. Zur Bedeutung der Bestandskraftlehre für die Figur des Verwaltungsakts vgl. u. a. *Friedrich Schoch*, *Der Verwaltungsakt zwischen Stabilität und Flexibilität*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 199 ff.

168 Vgl. *Jan Ziekow*, *Handlungsspielräume der Verwaltung und Investitionssicherheit*, in: ders. (Hrsg.), *Handlungsspielräume der Verwaltung*, 1999, S. 67 ff.; s. auch *Christoph Gusy*, *Der Wandel präventiver Schutzgewährung in der staatlichen Finanzkrise*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 175 (180).

nehmen und ggf. zu akzentuieren. Die Effizienzorientierung erfolgt dadurch, dass die zuständige Organisationseinheit ihren Produktionsprozess hinsichtlich der Input-Output-Relation optimiert (o. III 5). An dieser Prozessoptimierung müssen effizienzbezogene Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz ansetzen. Der aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen abgeleitete und der Verfahrensgestaltung bereits de lege lata zugrunde liegende Grundsatz der Verfahrenseffizienz¹⁶⁹ greift insoweit zu weit, enthält er doch eine weiter gefasste Zweck-Mittel-Relation¹⁷⁰. Die Berücksichtigung ressourcenbezogener Effizienzgesichtspunkte könnte durch eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetzestext erleichtert und gestärkt werden.

Eine weitgehende Abkoppelung des Verwaltungshandelns von materiellen gesetzlichen Standards und Hinwendung zu einer Prozeduralisierung muss durch die Setzung und strikte Beachtung von Verfahrensstandards kompensiert werden. Die dialogische Maßstabsbildung und Rechtskonkretisierung bedarf schon aus grundrechtlicher Perspektive der Umhegung durch Verfahrensarrangements. Schutzstandards zugunsten des durchaus nicht immer freiwillig in den Dialog mit der Verwaltung tretenden Bürgers oder von Dritt Betroffenen bleiben unverzichtbar.

2. *Veränderungen des Rechtsschutzes*

Wenn die Vorstellung richtig ist, dass der breitflächige Übergang von der Konditional- zur Aufgaben- bzw. Konzeptprogrammierung in der Logik des Neuen Steuerungsmodells liegt (o.III 3), so ist darauf zu achten, dass hiermit kein Abbau des Rechtsschutzes des Einzelnen einhergeht.¹⁷¹ Aus der Sicht des Rechtsschutzes stellt sich insbesondere das Problem der Überprüfbarkeit der offenen Zielkonkretisierung. Die Einhaltung der innerorganisatorischen Zielvereinbarungen ist durch den Bürger nicht erzwingbar. Die administrative Konkretisierung konzeptueller normativer Vorgaben wird sich von den Gerichten nur auf die Einhaltung des Konzeptrahmens kontrollieren lassen. Soweit die Konzeptsteuerung auf die Einräumung (materieller) subjektiver öffentlicher Rechte verzichtet und nur objektiv zu verwirklichende Ziele formuliert, stellt sich das Problem der fehlenden Klagebefugnis, sofern nicht grundrechtliche Positionen in Rede stehen. Die Kompensation erweiterter Handlungsspielräume der Verwaltung könnte in der Erweiterung der Elemente objektiver Rechtskontrolle durch die Verwaltungsgerichte bestehen.

169 *Stelkens/Schmitz* (Anm. 31) § 9 Rn. 76 ff.

170 Vgl. *Stelkens/Schmitz* (Anm. 31) § 9 Rn. 79.

171 *Voßkuhle* (Anm. 110) S. 400.

Gedacht werden könnte beispielsweise an eine Zielerreichungsklage, die das »Ob« des Konkretisierungserfolgs justiziabel macht und hinsichtlich des »Wie« die Verwaltung zu einer Überprüfung im Dialog mit dem Bürger unter gerichtlicher Mediation veranlasst.¹⁷²

Insoweit anschlussfähig ist die Regelung des § 113 Abs. 3 VwGO¹⁷³, nach der das Verwaltungsgericht den angefochtenen Verwaltungsakt aufhebt und die erforderliche weitere Sachaufklärung von der Behörde vorgenommen wird. Liegt § 113 Abs. 3 VwGO der Gedanke fehlender Spruchreife, die wegen besonderer Gründe besser durch die Behörde hergestellt werden kann, zugrunde,¹⁷⁴ so lässt sich dies auf die nur im Dialog zwischen Behörde und Bürger zu entfaltende Zielkonkretisierung übertragen. Das Gericht verweist die Beteiligten entweder auf eine autonome Rekonstruktion des Dialogs oder übernimmt selbst die Rolle des neutralen Mittlers, der den bereits einmal gescheiterten Dialog organisiert. Gegebenenfalls könnte diese organisatorische Funktion auch einer anderen Stelle in der Verwaltung als derjenigen, die zunächst entschieden hat, übertragen werden.¹⁷⁵

Schließlich muss der verstärkten Prozeduralisierung eine wirksame gerichtliche Verfahrenskontrolle korrespondieren. Die durch verfahrensrechtliche Rahmensetzung sicherzustellende, integrierende und konfliktlösende, rechtschöpfende Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens zur akzeptanzfähigen Optimierung der Entscheidung innerhalb des rechtlichen Gestaltungsspielraums¹⁷⁶ muss einfordern sein. Die bloß tatsächliche Möglichkeit des Bürgers, sich gegenüber der Verwaltung kommunikativ einzubringen, reicht insoweit nicht aus.¹⁷⁷ Subjektiv-rechtlich unterfütterte Verfahrenspositionen bedürfen der Erweiterung und müssen prozessual durchgesetzt werden können.¹⁷⁸ Die dem entgegenstehende Bestimmung des § 44a VwGO ist aufzuheben.

172 Vgl. zum Gedanken der Mediation durch gerichtliche Verhandlung *Karsten-Michael Ortloff*, Rechtspsychologie und Verwaltungsgerichtsbarkeit: das Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung, NVwZ 1995, S. 28 (29).

173 S. in diesem Zusammenhang *Thomas Groß*, Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit des Verwaltungsprozessrechts, Verw. 2001, S. 371 (392).

174 *Michael Gerhardt*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, Verwaltungsgerichtsordnung, 2001, § 113 Rn. 46.

175 Dazu *Ziekow* (Anm. 98) S. 78.

176 So treffend *Thomas Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), S. 139 (166 f.).

177 *A. A. Gerhard Hofe*, Grundfragen zur Ökonomisierung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß im schlanken Staat, VM 1998, S. 4 (7).

178 *Kettiger* (Anm. 102) S. 230; *Voßkuhle* (Anm. 110) S. 402.

V. *Schlussbetrachtung*

Hält man die Prämisse für zutreffend, dass die Einführung von New Public Management-Ansätzen in Deutschland – anders als in anderen europäischen Staaten – auf die Etablierung eines nachhaltigen Systems gerichtet ist¹⁷⁹, so formuliert das Neue Steuerungsmodell Änderungsbedarfe an das Verwaltungsverfahren. Die bisherigen Implementationserfahrungen deuten allerdings darauf hin, dass Verwaltung und Verwaltungsrecht mit der Umsetzung der in der Logik des Modells liegenden Folgerungen überfordert sein könnten. Es darf skeptisch beurteilt werden, ob sich der angedeutete Wandel zu einer weitgehenden Prozeduralisierung tatsächlich vollziehen wird. Gleiches gilt für das Gebot konsequenter Verfahrensoptimierung unter Effizienzgesichtspunkten oder die vollständige Verwirklichung eines herabgezogenen Kontraktmanagements. Es steht deshalb zu befürchten, dass Neues Steuerungsmodell und legalistische Steuerung wechselseitig beträchtlichen Reibungsverlusten ausgesetzt sein werden. Das Verwaltungsverfahrenswert wird hier wenig bewirken können, sondern sich auf das Angebot öffnender Optionen beschränken müssen. Ob und inwieweit die Verwaltung diese Optionen im Sinne des Neuen Steuerungsmodells nutzt, bleibt eine Frage der Kulturgebundenheit der Verwaltung.

179 So *Hendrik/Tops* (Anm. 82) S. 578.

Das Verwaltungsverfahrenswert in Spiegel der Kommentarliteratur

Ulrich Ramsauer

I. Problemstellung

Die Reform des Verwaltungsverfahrenswerts ist nicht nur eine Angelegenheit des Gesetzgebers, sondern sämtlicher Akteure auf den Gebieten der Verwaltung und des Verwaltungsrechts. Für manche Reformschritte ist das Tätigwerden des Gesetzgebers nicht hinreichend, für manche nicht einmal notwendig, weil sie sich durchaus im Rahmen des geltenden Rechts verwirklichen lassen. Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder lassen der Verwaltung weite Spielräume für eine effiziente Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. In welchem Umfang die Verwaltung Vorschläge und Ideen der Reformdiskussion aufgreift und im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts in ihre tägliche Praxis übernimmt, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es gelingt, die im Zuge der Diskussion entwickelten Vorschläge und Handlungskonzepte den maßgeblichen Akteuren »in gebrauchsfähiger Form« zu vermitteln. Der Kommentarliteratur zum Verwaltungsverfahrensgesetz kommt hierbei eine wichtige Rolle zu. In den Kommentierungen spiegelt sich nicht nur die Praxis des Verwaltungsverfahrens und ihre rechtliche Bewältigung wieder, sondern auch der Stand der Rezeption innovativer Vorschläge aus der Reformdiskussion. Die nachfolgende Untersuchung geht der Frage nach, welche Vermittlungsleistungen die Kommentarliteratur zum VwVfG im Hinblick auf die Innovationsdiskussion der letzten 10 Jahre¹ erbringt. Weiter soll untersucht werden, worin die Ursachen für die eher zögerliche Rezeption innovativer Vorschläge liegen, die in der Kommentarliteratur festzustellen ist. Schließlich sollen an einigen Beispielfällen Rezeptionsmöglichkeiten aufgezeigt werden, die bisher nicht oder nur begrenzt genutzt wurden.

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

1. *Kommentare als Ebene der Vermittlung von Verwaltungsinnovation*

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

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

2. *Die Kommentierungen des VwVfG*

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

digen die Nachfrage aus Verwaltung, Gerichten, Anwaltschaft, Ausbildung und Wissenschaft. Die umfangreichste Kommentierung bietet der Kommentar von *Stelkens/Bonk/Sachs*, der derzeit in der 6. Auflage (2001)² vorliegt und neben den Namensgebern noch von *Dieter Kallerhoff*, *Werner Neumann*, *Heribert Schmitz* und *Ulrich Stelkens* bearbeitet wird, gefolgt von *Knack*, der im Jahr 2000 in der 7. Auflage erschienen ist³ und von *Jost-Dietrich Busch*, *Wolfgang Clausen*, *Hansjochen Dürr*, *Hans-Günter Henneke* und *Hubert Meyer* bearbeitet wird. Im Jahr 1999 ist nach einer Karenzzeit von fast 10 Jahren die 3. Auflage des von *Obermayer* begründeten Kommentars neu erschienen⁴; die Neuauflage wurde von einem Team von insgesamt 15 Praktikern aus der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit erstellt. Weiter ist der 1988 begründete »*Eichler*«, der einzige Loseblatt-Kommentar zum VwVfG mit einer Sammlung von verwaltungsverfahrenrechtlichen Vorschriften zu nennen; ein zweibändiges Werk von *Friedrich Eichler*, *Ernst Oestreicher* und *Andreas Decker*. Nach wie vor der kleinste ist der Kommentar von *Kopp/Ramsauer*, der seit der 7. Auflage vom Verf. bearbeitet wird⁵. Nicht über die 2. Aufl. 1982 hinaus weitergeführt worden ist der Kommentar von *Hans Meyer* und *Hermann Borgs-Maciejewski*. Auch nicht weiter fortgeführt wurde das ambitionierte Projekt eines großen Kommentar-Werkes von *Klaus Finkelburg* und *Curt Lässig*, von dem nur die erste Lieferung (§§ 1 – 10 VwVfG) im Jahre 1979 erschienen ist. Zu den Kommentierungen im weiteren Sinne lässt sich ferner das Werk von *Carl-Hermann Ule* und *Hans Werner Laubinger* zum Verwaltungsverfahrenrecht rechnen, das mit der 4. Auflage auf dem Stand von 1995 steht⁶. Andere systematische Darstellungen, insbesondere in Lehrbüchern⁷, passen dagegen nicht in diesen Zusammenhang. Sie sind entweder nicht auf das Verfahrensrecht beschränkt, sondern behandeln das allgemeine Verwaltungsrecht unter Einschluss des Verfahrensrechts, oder sie beziehen sich auf bestimmte Aspekte des Verfahrens bzw. nehmen bestimmte Perspektiven ein.

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

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

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

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

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

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

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

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

Weiter könnte bei der Analyse der Kommentarlanschaft an die Kommentierungen zum SGB X und zur AO gedacht werden⁸. Sie betreffen zwar nicht das VwVfG, wohl aber Gesetze, die über weite Strecken ähnliche, teilweise sogar identische Regelungen enthalten. Bedauerlicherweise hat sich aber der Diskurs über die Grenzen der Verfahrensordnungen hinweg nicht sehr ausgeprägt entwickelt; die Diskussion von Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes greift nicht im wünschenswerten Umfang auf Argumente und Positionen zurück, die zu den anderen Verfahrensordnungen entwickelt worden sind. Für die vorliegende Untersuchung sollen die Kommentierungen zum SGB X und zur AO deshalb außer Betracht bleiben.

3. *Probleme bei der Stoffselektion*

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

a. *Handlungs- und Kontrollperspektive*

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

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

scheidungen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt zwar das auf den Erlass eines Verwaltungsakts bzw. den Abschluss eines Verwaltungsvertrages gerichtete Verfahren (vgl. § 9 VwVfG) und betrifft damit den Herstellungsprozess, seine Vorschriften sind aber sehr stark aus der Kontrollperspektive formuliert. Dies lässt sich an einer Fülle von Beispielen zeigen. So ist etwa die Regelung in § 40 VwVfG über das Verwaltungsermessen weitgehend derjenigen in § 114 Satz 1 VwGO nachgebildet, obwohl letztere nur den Rahmen für die gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung beschreibt. Eine Regelung, die den eigentlichen Herstellungsprozess einer Ermessensentscheidung steuern könnte, fehlt dagegen im Verwaltungsverfahrensgesetz⁹. Die Hinzuziehung weiterer Beteiligten im Verwaltungsverfahren nach § 13 Abs. 2 VwVfG ist ebenfalls weitgehend der Bestimmung über die Beiladung gem. § 65 VwGO nachgebildet, ohne dass der Unterschied zwischen den Funktionen von Hinzuziehung einerseits und Beiladung andererseits in der Formulierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes einen Niederschlag gefunden hätte¹⁰.

Die Ursache für die starke Betonung der Kontrollperspektive in den Bestimmungen des VwVfG ist vordergründig darin zu sehen, dass die bereits im Jahr 1960 erlassene VwGO¹¹ das ältere Gesetz ist und sich der Gesetzgeber auf gesichertem Terrain bewegen konnte, als er bei Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf Formulierungen der VwGO zurückgriff. Die tiefere Ursache liegt indessen darin, dass für den Gesetzgeber bei Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahre 1976 die Kontrollperspektive auch der Sache nach leitend war¹². Es ging in erster Linie um die Determinierung des Verwaltungshandelns in rechtlicher Hinsicht, also im Hinblick auf eine spätere Kontrolle. Die Ausfüllung der bestehenden rechtlichen Spielräume im Binnenbereich sollten der Verwaltung dagegen überlassen bleiben. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt nur bestimmte Mindeststandards des Herstellungsprozesses, zumeist aus rechtstaatlichen Gründen. Im übrigen bleibt der Herstellungsprozess weitgehend ungeregt; hier beschränkt sich das Verwaltungsverfahrensgesetz auf einige wenige Stichworte, wie sie etwa in § 10 Satz 2 VwVfG zum Ausdruck kommen. Es erstaunt deshalb wenig, dass auch das eigentliche Binnenrecht der Verwaltung, also das Recht der Verwaltungsvorschriften und innerdienstlichen Anweisungen, keinen Eingang in das Verwaltungsverfahrensgesetz gefunden hat.

- 9 Eine solche Regelung müsste ähnlich strukturiert sein wie das von der Rechtsprechung entwickelte Abwägungsgebot im Planungsrecht, in dem jedenfalls idealtypisch verschiedene Phasen wie Zusammenstellung des Abwägungsmaterials, Bewertung der Belange usw. unterschieden werden.
- 10 Zu den Unterschieden ansatzweise Stelkens/Bonk/Sachs § 13 Rn. 29.
- 11 VwGO v. 21.1.1960 (BGBl. I. 17).
- 12 Vgl. zu den Motiven ausführlich Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Einleitung Rn. 36 ff.

Auch die Kommentierungen zum VwVfG nehmen in erster Linie die Kontrollperspektive ein. Das zu den einzelnen Vorschriften gebotene Material wird vornehmlich unter dem Aspekt ausgewählt und aufbereitet, ob es der nachträglichen Kontrolle von bereits verfertigten Verwaltungsentscheidungen dienlich ist. Demgegenüber tritt die Frage nach der Binnensteuerung der Akteure in der Verwaltung im Stadium der Entscheidungsvorbereitung und der Entscheidungsfindung in den Hintergrund. Diese Feststellung ist für die Kommentierungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes deshalb kritisch, weil gerade im Verwaltungsverfahren diese Perspektiven deutlich auseinanderfallen. So macht es beispielsweise auch für die Kommentierung einen Unterschied, ob Regeln dafür angegeben werden, unter welchen Voraussetzungen nach § 21 Abs.1 Satz 1 VwVfG eine Anordnung wegen Besorgnis der Befangenheit eines Bediensteten ergehen sollte, oder ob eine später getroffene Verwaltungsentscheidung wegen der Mitwirkung eines möglicherweise befangenen Bediensteten an einem rechtlichen Fehler leidet, der zur Aufhebung der Entscheidung führen muss¹³. Besonders deutlich wird diese Diskrepanz bei der Kommentierung der Vorschrift über das Ermessen. Das zu § 40 VwVfG gebotene Material betrifft weitestgehend Kontrollperspektive, also die Frage, wo die Grenzen des Ermessens liegen und wann Ermessensfehler anzunehmen sind¹⁴, während die Frage nach denjenigen Regeln, die Ermessensentscheidung rechtlich konstituieren, also nach den eigentlich handlungsleitenden Regeln, nur selten behandelt wird¹⁵. Wegen der immer strenger praktizierten Beschränkung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf Fälle der Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte¹⁶ besteht zudem die Gefahr, dass der objektiv-rechtliche Gehalt der verfahrensrechtlichen Vorschriften vernachlässigt wird, weil etwaige Verstöße außerhalb der Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte zumeist folgenlos bleiben.

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

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

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

15 Vgl. Kopp/Ramsauer § 40 Rn. 48.

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

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

b) *Beschränkung oder Öffnung für speziellere Verfahrensnormen*

Trotz der zentralen Bedeutung des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Verwaltungsverfahrenrecht richten sich die einzelnen Verwaltungsverfahren in der Praxis zumeist nach anderen Rechtsnormen, die entweder übereinstimmende oder abweichende speziellere Regelungen treffen. Wenig Probleme bereitet in diesem Zusammenhang der Umstand, dass nach § 1 Abs. 3 VwVfG das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes für die Länderverwaltungen keine Anwendung findet, wenn deren Verwaltungstätigkeit landesrechtlich durch eigene Verwaltungsverfahrensgesetze geregelt ist. Schwieriger ist demgegenüber schon der Umgang mit den Einschränkungen des Anwendungsbereichs in § 2 Abs. 2 VwVfG¹⁷. So stellt sich bei der Kommentierung stets die Frage, in welchem Umfang auf parallele Regelungen in der für Verfahren der Bundes- oder Landesfinanzbehörden geltenden Abgabenordnung oder in Verfahren nach dem Zehnten Buch Sozialgesetzbuch einzugehen ist. Die größten Schwierigkeiten bereitet aber das Subsidiaritätsprinzip des § 1 Abs. 2 VwVfG. Danach gelten die Bestimmungen des VwVfG nur, wenn nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Verfahrensrechtliche Bestimmungen, die den Vorschriften des VwVfG vorgehen, sind in ihrer Fülle und ihren vielfältigen Erscheinungsformen kaum überschaubar. Dabei reicht das Spektrum von singulären Abweichungen, wie etwa in den Landesbauordnungen¹⁸, bis hin zu umfassenden

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

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

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

Die Kommentare suchen in diesem Dilemma nach pragmatischen Lösungen. Auf Parallelbestimmungen und abweichende Spezialvorschriften wird an den einschlägigen Stellen hingewiesen, gelegentlich finden sich sogar ausführliche Erläuterungen. Verzichtet wird weitgehend auf eine vertiefte Behandlung verfahrensrechtlicher Teilkodifikationen, für die es regelmäßig selbständige Kommentarwerke gibt. Eine Sonderstellung nehmen insoweit die Bestimmungen zur Umweltverträglichkeitsprüfung ein; hierauf ist an späterer Stelle noch näher einzugehen¹⁹.

II. *Der Befund*

1. *Bisherige Einflüsse der Reformdiskussion auf die Kommentierungen*

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

a) *Rezeption bei bestehender Zuordnungsmöglichkeit*

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

19 Siehe II. 1. B) bb).

schriften des VwVfG zuordnen lassen. Hier wird bereits die Reformdiskussion zumeist mit Blick auf einzelne Vorschriften geführt, weshalb sich insoweit eine Berücksichtigung in der Kommentierung geradezu aufdrängt. Einige Beispiele mögen dies illustrieren. So sind etwa aus dem Bereich der Diskussion um über die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts die europarechtlichen Modifizierungen der Bestimmungen über Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten, mit denen Beihilfen gewährt werden oder die Grundlage von Beihilfen sind, in den Erläuterungen der §§ 48 ff. VwVfG weitgehend rezipiert²⁰. Die Wiedergabe der entsprechenden Ergebnisse aus Rechtsprechung und Literatur ist hier allerdings auch ein nahezu zwingendes Gebot. Wegen ihrer unmittelbaren Auswirkungen auf die praktische Behandlung konkreter Konfliktsfälle müsste sich eine Kommentierung den Vorwurf der Unvollständigkeit gefallen lassen, wenn sie die Rechtsprechung des EuGH zur Rückforderung europarechtswidriger Beihilfen nach den Regelungen der §§ 48 ff. VwVfG nicht berücksichtigte.

Ähnliches gilt für die Rezeption der sog. Beschleunigungsdebatte, die vor allem im Vorfeld des 2. VwVfG-Änderungsgesetzes²¹ geführt wurde, die sich aber keineswegs erledigt hat. Sie knüpft unmittelbar an die Beschleunigungs- und Fehlerfolgenregelungen in den §§ 10, 45, 46, 71 a ff. VwVfG an. Die Kommentierungen der diese Vorschriften betreffenden Novellierungen insbesondere durch das 2. VwVfG-Änderungsgesetz mussten notwendigerweise die gesetzgeberischen Zielsetzungen und deren kritische Reflexion in der Literatur aufnehmen. Die Kommentare beschränken sich dabei nicht auf die Wiedergabe und Verarbeitung verfassungsrechtlicher Bedenken gegen einzelne Bestimmungen, sondern befassen sich auch mit ihrer rechtspolitischen Sinnhaftigkeit²². In diesem Zusammenhang finden jedenfalls ansatzweise auch Gesichtspunkte der Reformdiskussion wie Ökonomisierung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens Beachtung²³.

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

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

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

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

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

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

die Erläuterungen zu § 22 VwVfG in Bezug auf Probleme schriftlicher Antragstellung²⁵, seltener zu § 37 VwVfG für schriftlich zu erlassende Verwaltungsakte²⁶ und zu § 57 VwVfG für den Abschluss schriftlicher verwaltungsrechtlicher Verträge. Allerdings lässt sich in diesem Themenbereich eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick darauf feststellen, dass insoweit weitere klärende Regelungen des Gesetzgebers erwartet werden²⁷.

b) *Rezeption bei problematischer Zuordnung*

aa) *Informelle Absprachen*

Ein wesentlicher Teil der Reformdiskussion betrifft Fragen, die sich nur schwer einzelnen Normen des VwVfG zuordnen lassen. Teilweise handelt es sich um Vorschläge und Überlegungen, die sich auf Entwicklungen außerhalb des eigentlichen Verwaltungsverfahrens beziehen, wie etwa informelle Absprachen oder die Einschaltung von Konfliktmittlern (Mediation)²⁸. Teilweise geht es aber auch um die angemessene Integration von neuen gesetzlichen Regelungen, die mittelbare und/oder unmittelbare Rückwirkungen auf das Verwaltungsverfahren haben, wie etwa die Regelungen zum Umweltaudit und die Umweltverträglichkeitsprüfung²⁹. Schließlich gehört die Bewältigung allgemeiner europarechtlicher Einflüsse auf nationale Verwaltungsverfahren hierher³⁰. Für die Kommentierungen des VwVfG stellt sich in diesen Problemzusammenhängen zunächst die Frage nach der richtigen Allokation in einem nicht systematisch, sondern nach Vorschriften gegliederten Kontext. Um die Bedeutung derartiger Neuerungen nicht auf den Anwendungsbereich einzelner Vorschriften des VwVfG zu verkürzen, bedienen sich einige Kommentierungen des Instruments der Einführung, die entweder der Gesamtkommentierung oder ihren einzelnen Abschnitten vorangestellt wird.

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

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

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

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

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

29 Siehe hierzu unten bb).

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

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

bb) *Umweltverträglichkeitsprüfung*

Eine große Herausforderung für die Kommentierungen stellen die Regelungen über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) dar. Das UVPG, welches zur Erfüllung der Umsetzungspflichten in Bezug auf die UVP-Richtlinie erlassen und erst kürzlich novelliert wurde, unterwirft eine Fülle von Vorhaben der UVP-Pflicht, deren Genehmigungsverfahren sich im übrigen nach dem VwVfG bzw. den entsprechenden Landesgesetzen richten. Für die Kommentare stellt sich die Aufgabe, die damit zwingend verbundenen Modifizierungen des Verwaltungsverfahrens angemessen wiederzugeben, ohne sich auf eine vollständige Kommentierung des UVPG einzulassen. Der bisherige Umgang der Kommentarliteratur mit dieser Aufgabe offenbart eine gewisse Ratlosigkeit. So finden sich Darstellungen zu den Regelungen der UVP teilweise bei § 63 VwVfG³¹, teilweise bei § 72 VwVfG³², teilweise auch in einem systematischen Überblick vor § 63 VwVfG³³. Die Bedeutung der Umweltverträglichkeitsprüfung für den Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 VwVfG wird dagegen in den meisten Kommentierungen nicht hinreichend deutlich³⁴.

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

32 So Kopp/Ramsauer § 72 Rn. 33 ff.

33 So Knack, vor § 63 Rn. 17 ff.

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

cc) *Europarechtliche Einflüsse*

Eine weitere Herausforderung, vor der die Kommentierungen des VwVfG stehen, liegt in der angemessenen Berücksichtigung der europarechtlichen Verfahrensgrundsätze, deren Bedeutung für das nationale Verwaltungsverfahrensrecht bisher noch nicht geklärt ist. Die Bewältigung dieser Problematik steckt noch in den Anfängen. Deshalb lässt sich insoweit nicht von einem Defizit sprechen, weil über die Einflüsse europarechtlicher Verfahrensgrundsätze auf das nationale Verfahrensrecht bisher nur wenig gesicherte Erkenntnisse vorliegen. So gehen die Kommentierungen im Prinzip zu Recht vom Grundsatz der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten aus, der nur im Einzelfall durch das Erfordernis der wirkungsvollen Umsetzung gem. Art. 10 EG (effet utile) von materiellen Vorgaben des EG-Rechts durchbrochen wird³⁵. Derartige Durchbrechungen sind etwa in dem bereits erwähnten EG-Beihilferecht anerkannt. Sie kommen aber auch in Betracht, soweit es um die effektive Durchsetzung von sonstigem EG-Primärrecht, etwa den Grundfreiheiten des EG-Vertrages geht. Hierzu müssten konsequenterweise an sich auch diejenigen grundrechtlichen Gewährleistungen zählen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung aus einer vergleichenden Gesamtschau der nationalen Rechtsordnungen gewonnen hat und die inzwischen ihren Niederschlag in der Europäischen Grundrechtecharta gefunden haben. Ausserdem hat der EuGH – zunächst allerdings für den direkten Vollzug von EG-Recht – Grundsätze auch verfahrensrechtlichen Charakters entwickelt, die zumeist dem Primärrecht zugerechnet werden³⁶. Welchen Einfluss diese auf das nationale Verfahrensrecht beim indirekten Vollzug durch die Mitgliedstaaten haben können, ist nach wie vor nicht geklärt. Dementsprechend unsicher ist auch die Grundlage für die Berücksichtigung derartiger Grundsätze in den Kommentaren³⁷.

c) *Rezeptionsausfall bei Perspektivenwechsel und Methodenkritik*

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

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

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

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

bei handelt es sich zumeist um Ansätze, die nicht speziell auf Vorschriften des herkömmlichen Verfahrensrechts, ja nicht einmal allgemein auf das im VwVfG geregelte Verwaltungsverfahren bezogen sind, sondern weit darüber hinaus greifen und teilweise bereits bei den Staatsaufgaben und Staatsfunktionen (Privatisierung, Public Private Partnership)³⁸, den Möglichkeiten der Beschaffung, Verarbeitung, Verbreitung und Vermarktung von Informationen sowie allgemein bei der Möglichkeit staatlicher Steuerung gesellschaftlicher Abläufe ansetzen³⁹. Diese teilweise sehr grundsätzlichen Ansätze der Innovationsdiskussion sind in der Kommentarliteratur bisher praktisch nicht aufgegriffen worden, obwohl sie in der verwaltungswissenschaftlichen Diskussion inzwischen breiten Raum einnehmen. Einige Beispiele hierfür seien ohne Anspruch auf Vollständigkeit stichwortartig aufgeführt: So wird man in der Kommentarliteratur eine Behandlung der Probleme der abweichenden Funktionslogik des europäischen Gemeinschaftsrechts ebenso vergeblich suchen, wie die Verarbeitung von Untersuchungen über die Krise der herkömmlichen Steuerungsinstrumente, die Forderungen nach einer stärkeren Dienstleistungsorientierung der Verwaltung sowie nach einer verfahrensrechtlichen »Umhegung« bisher nicht geregelter administrativer Binnenabläufe im Sinne einer neuen Form von Ergebnisrichtigkeit. Auch die ökonomische Perspektive mit dem Ziel einer effizienten Steigerung herkömmlicher Verwaltungsverfahren wird in der Kommentarliteratur kaum behandelt; insoweit finden sich allenfalls Randnotizen.

2. Gründe für die begrenzte Rezeption

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

a) Problem der Rezeptionseignung

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

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

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

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

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

aa) *Bereichsspezifische Innovationen*

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

40 Vgl. Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 407, 408.

41 Vgl. Schmidt-Aßmann, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektive des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 9, 16.

sie zumindest partiell auf andere Gebiete des Besonderen Verwaltungsrechts übertragbar sein könnten, sei es, dass sie einen Erkenntnisgewinn auch für andere Bereiche versprechen. So lässt sich etwa feststellen, dass bereichsspezifische Regelungen über die Bereitstellung von Information für Verwaltungsverfahren, wie etwa das UVP-Gesetz oder das Arzneimittelgesetz, in Bezug auf einschlägige Genehmigungsverfahren zu einer Modifizierung Amtsermittlungsgrundsatzes des § 24 VwVfG führen⁴². Außerhalb der von diesen Vorschriften erfassten Bereiche des Besonderen Verwaltungsrechts bleibt es indessen bei den Grundregeln des § 24 VwVfG, wonach die Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen erfolgt und vollständig im Verantwortungsbe- reich der federführenden Behörde liegt. Verallgemeinerbar ist die bereichs- spezifisch geregelte Einschränkung der Behördenverantwortlichkeit für die Ermittlung des Sachverhalts nämlich nicht. Hier können die Kommentierungen zum VwVfG lediglich deutlich machen, dass der Amtsermittlungsgrund- satz auf bestimmten Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts nur in stark modifizierter Form gilt und mit Blick auf einzelne Referenzbereiche die Un- terschiede für die Praxis herausarbeiten⁴³.

bb) *Begrenzter Kommentierungsrahmen*

Eine begrenzte Rezeptionseignung ergibt sich auch für Vorschläge, die den im VwVfG nicht geregelten Innenbereich der Verwaltung betreffen. Wie bereits dargelegt, regelt das VwVfG selbst die Entscheidungen der Verwaltung in erster Linie aus der Kontrollperspektive; der Prozess der Entscheidungsfindung, der eigentliche Herstellungsprozess, wird nur Regelungen unterworfen, die der Sicherung rechtstaatlicher Mindeststandards dienen. Handlungsanweisungen im Hinblick auf eine schnelle, effiziente und transparente Aufgabenerle- digung finden sich, von wenigen allgemeinen Grundsätzen einmal abgesehen – kaum. Damit bleiben viele Überlegungen und Vorschläge etwa zur Effizienz des Verwaltungshandelns, zur Informationsbeschaffung und -bearbeitung so- wie zum informalen Verwaltungshandeln außerhalb des engeren Kommentie- rungsrahmens. Sie sind damit nur begrenzt zur Rezeption geeignet, nämlich nur insoweit, als es entweder um die Kommentierung der allgemeinen Grund- sätze etwa des § 10 VwVfG geht oder um Rückwirkungen derartiger Vor- schläge auf die auch gerichtlich kontrollierbare Rechtmäßigkeit und Zweck- mäßigkeit des Verwaltungshandelns.

Die zuletzt genannten Wirkungen können für die Kommentierung eine wesentliche Bedeutung erlangen. Voraussetzung ist, dass die erwarteten bzw.

42 Siehe hierzu zutreffend Obermayer § 24 Rn. 96 ff. m.w.N.

43 S. hierzu Stelkens/Bonk/Sachs § 24 Rn. 3 ff.

feststellbaren Rückwirkungen der in der Innovationsdiskussion unterbreiteten Vorschläge zur Auslegung und Anwendung von Bestimmungen des VwVfG identifiziert und benannt werden. Dies erfordert ein »Herunterbrechen« bzw. ein »Kleinarbeiten« dieser Vorschläge zur Aufdeckung und Bewertung von Wirkungszusammenhängen. Rezeption in die Kommentarliteratur setzt daher Umsetzungs- bzw. Übersetzungsleistungen voraus, die zumeist nicht mitgeliefert werden. Wenn sie erbracht sind, eröffnen sich für die Kommentierungen erhebliche Erkenntnisgewinne. Diese können auch darin bestehen, dass das begriffliche Instrumentarium geschärft wird, wie etwa wenn es um die Abgrenzung der Begriffe »Effizienz« und »Effektivität« geht.

Auch beim Umgang mit Phänomenen informalen Verwaltungshandelns bestehen die Schwierigkeiten weniger darin, die Erscheinungsformen informalen Verwaltungshandelns zu beschreiben. Hierfür gibt es inzwischen eine Fülle von Darstellungen und Anleitungen, in denen ausländische und inländische Erfahrungen mit diesen Instrumenten wiedergegeben und verarbeitet worden sind. Es fehlt aber nach wie vor an Darlegungen zu der Frage, welche Schranken die Bestimmungen des VwVfG dem informalen Verwaltungshandeln und deren Übernahme seiner Ergebnisse in das förmliche Verwaltungungsverfahren ziehen, bzw. welche Anforderungen informales Verwaltungshandeln erfüllen muss, damit es später im förmlichen Verwaltungungsverfahren rechtmäßigerweise umgesetzt werden kann.

cc) Reform allgemeiner Steuerungs- und Kontrollstrukturen

Manche Vorschläge aus der Innovationsdiskussion betreffen übergreifende Steuerungs- und Kontrollstrukturen. Als Beispiele seien hier die Überlegungen zur Finanz- und Haushaltskontrolle sowie zu anderen verwaltungsinternen Kontrollsystemen genannt⁴⁴. Diese erlauben es zwar, die rechtliche Kontrolle durch Widerspruchs- und gerichtliches Verfahren in ein allgemeines System von Verwaltungskontrollen einzuordnen, werden aber für ersteres nicht unmittelbar handlungsleitend. Der Hinweis in Kommentierungen auf das Bestehen weiterer Kontrollsysteme außerhalb des im VwVfG und in der VwGO geregelten Rechtskontrollsystems bleibt weitgehend ohne praktische Relevanz. Insbesondere kann die Existenz weiterer Kontrollsysteme hier zu keiner Entlastung führen.

44 Vgl. hierzu die Beiträge in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, 2001.

b) *Problem des Rezeptionsbedürfnisses*

aa) *Beharrungsvermögen von Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht*

Obwohl heute die Notwendigkeit einer dynamischen Entwicklung von Verwaltung und Verwaltungsrecht kaum bestritten wird und die Fülle von gesetzlichen Neuerungen in unterschiedlichsten Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts diesem dynamischen Verständnis Recht zu geben scheint, weisen das Allgemeine Verwaltungsrecht und das Verwaltungsverfahrenrecht eine erstaunliche Konstanz auf. Das VwVfG, welches selbst eine Kodifikation von überkommenen, teilweise gewohnheitsrechtlich fundierten Grundstrukturen des Verwaltungsverfahrens darstellt, hat sich in den letzten Jahrzehnten im Vergleich zum sonstigen Besonderen Verwaltungsrecht kaum verändert. Selbst das 2.VwVfG Änderungsgesetz hat lediglich Randkorrekturen gebracht.

Bei dieser relativen Konstanz verwundert es nicht, dass auch die Kommentierungen zum VwVfG ein gewisses Beharrungsvermögen aufweisen. Einen allgemeinen Konsens über einen Bedarf für die Rezeption innovativer Vorschläge gibt es nur dort, wo sie ersichtlich forensische Relevanz haben. Überlegungen und Vorschläge, die sich auf die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsentscheidungen und damit auch auf ihre Angreifbarkeit auswirken können, werden in den Kommentierungen regelmäßig zeitnah aufgegriffen. Ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung des EuGH zu den europarechtlich gebotenen Modifizierungen von Widerruf und Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte im Subventionswesen. Auch wenn die rechtspolitischen und rechtsstrukturellen Hintergründe dieser EuGH-Rechtsprechung zumeist nicht näher gewürdigt werden, so fehlt doch in keiner Kommentierung eine ausführliche Befassung mit den Modifizierungen der §§ 48 ff. VwVfG. Wenn rechtliche Konflikte und vor allem einschlägige Gerichtsentscheidungen fehlen, dann fehlt es dagegen zumeist auch an einem Konsens über den Rezeptionsbedarf. Die Notwendigkeit für Neuorientierungen wird nicht überall in gleicher Weise gesehen. Teilweise werden Zweifel an der innovativen Substanz der Vorschläge (neuer Wein in alten Schläuchen), teilweise auch an einer sinnvollen konkreten Umsetzbarkeit gehegt, teilweise werden die Vorschläge auch in den Bereich von Verwaltungshandbüchern verwiesen.

bb) *Probleme der Begriffswahl*

Ernst zu nehmen und kritisch zu prüfen ist der nicht selten gehörte Vorwurf, die in der Reformdiskussion erarbeiteten Vorschläge und Einsichten seien in Wahrheit nicht neu, sie würden nur in neuen Begrifflichkeiten präsentiert. Es

lässt sich nicht leugnen, dass in der Reformdiskussion oft mit Begriffen operiert wird, die nicht der klassischen Rechtswissenschaft entstammen, sondern vielmehr zumeist in den Nachbarwissenschaften wie etwa den Sozialwissenschaften oder der Ökonomie. Gerade deshalb lassen sie sich aber auch nicht ohne weiteres durch rechtswissenschaftliche Begriffe ersetzen. Zwar haben juristische Begriffe ihren Bedeutungsgehalt auch schon in der Vergangenheit nicht selten aus Nachbardisziplinen bezogen, wie man leicht an dem Begriff der Wirtschaftlichkeit oder an dem Begriff der Erforderlichkeit zeigen kann. Die Verwendung neuer Begriffe in der Reformdiskussion ist aber nicht nur Ausdruck eines »modernen« Sprachgebrauchs; sie signalisiert eine neue Perspektive auf die Dinge ebenso wie die Bezugnahme auf einen anderen wissenschaftlichen Kontext. Dies zeigt, dass sich die Kommentierungen des VwVfG nicht ohne weiteres der neuen Begrifflichkeiten bedienen können. Vielmehr bedarf es auch hier einer Transformationsleistung, sofern nicht die Kommentierung die innovative Perspektive einschl. ihres wissenschaftlichen Kontextes vollständig übernehmen will⁴⁵. Die Aufgabe besteht darin, die in ungewohnten Begrifflichkeiten formulierten Gedankengänge so aufzunehmen und zu verarbeiten, dass sie im herkömmlichen deduktiven Begründungsmodell der Jurisprudenz verarbeitet werden können. Diese Transformationsleistung wird in der Reformdiskussion selbst nicht immer im wünschenswerten Umfang erbracht.

c) *Problem der kommentartechnischen Bewältigung*

Neben den bereits behandelten begrifflichen Schwierigkeiten ergeben sich für die Rezeptionsarbeit der Kommentatoren vor allem Zuordnungsprobleme. Dabei geht es zum einen um die Zuordnung zu bestimmten Einzelvorschriften, die ja die Grundgliederung einer jeden Kommentierung vorgeben, zum anderen aber auch um die Einpassung in die jeder Kommentierung eigene innere Struktur der Einzelkommentierung. Dabei handelt es sich aber nicht um ein spezifisches Problem der Übernahme von Gedanken aus der Innovationsdiskussion. Will der Kommentar der reinen Kompilation entgehen, so bleibt nichts anderes übrig, als im Zuge der Rezeption neuer Gedanken den bereits vorhandenen Text zu verändern und damit insgesamt etwas Neues zu schaffen. Gerade die innovativen Vorschläge stellen aber für jede Kommentierung eine besondere Herausforderung dar, weil sie nicht die Fortschreibung bereits bestehenden Gedankenguts verlangen, sondern größere gedankliche Strukturen und damit nicht selten ganze Kommentierungskomplexe in Frage stellen und dazu zwingen, Fragen von Grund auf neu zu durchdenken, für die Antworten bisher gesichert erschienen.

45 Gelegentlich werden Schlüsselbegriffe ohne besondere Reflexionsleistungen übernommen, was allerdings der Rezeption innovativer Vorschläge auch wenig nützt, vgl. Obermayer § 10 Rn. 16.

III. *Beispiele für Rezeptionsmöglichkeiten*

Im folgenden sollen einige Beispiele für einen weiterführenden Umgang mit Elementen der Reformdiskussion gegeben werden. Dabei wird sich zeigen, dass dies nicht nur analytische Bemühungen erfordert, sondern jeweils auch spezielle Transformationsleistungen, die vielleicht nicht selten erst am Ende eines längeren fachlichen Diskussionsprozesses stehen werden.

1. *Beispiel Informationsmanagement*

a) *Amtsermittlungsprinzip nach dem VwVfG*

Das Verwaltungsverfahrensgesetz enthält nur relativ wenige Bestimmungen über die Erhebung und Verarbeitung von Informationen. Der Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG verpflichtet die Behörde, von Amts wegen und in eigener Verantwortung den Sachverhalt zu ermitteln. Diese Regelung wird ergänzt durch einige wenige Bestimmungen zur Beweiserhebung in § 26 VwVfG, die im wesentlichen klarstellender Natur sind. Die Rolle der Beteiligten bei der »Aufklärung des Sachverhalts«, also der Erhebung und Verarbeitung der zur Entscheidung erforderlichen Informationen, ist in §§ 28 – 30 VwVfG in Bezug auf Anhörung und Akteneinsicht sowie in § 26 Abs. 2 VwVfG hinsichtlich der sonstigen Mitwirkung geregelt. Eine Rechtspflicht, an der Aufklärung des Sachverhalts und der Beschaffung der dafür erforderlichen Informationen mitzuwirken, kennt das Verwaltungsverfahrensgesetz erstaunlicherweise nicht und zwar selbst dann nicht, wenn es sich um Antragsverfahren handelt⁴⁶. Nach § 26 Abs. 2 »sollen« die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken; weitergehende Pflichten bestehen, wie § 26 Abs. 2 Satz 3 VwVfG klarstellt, nur kraft besonderer Rechtsvorschriften.

Diese Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes gehen im Grunde von einem bestimmten Typus des Verwaltungsverfahrens aus, nämlich von einem, das in den Erlass einer Polizeiverfügung mündet. Sie werden den praktischen Bedürfnissen einer auf schnelle und effiziente Sachverhaltsermittlung gerichteten Verwaltung nicht mehr gerecht und entsprechen auch nicht mehr voll der Realität. Das Verwaltungsverfahrensgesetz macht hinsichtlich der Informationsgewinnung weder einen Unterschied zwischen den sog. amtswegigen Verfahren und Antragsverfahren, noch berücksichtigt es hinreichend den Umstand, dass ein Großteil der Informationen sinnvollerweise nur von den Betei-

46 Vgl. Kopp/Ramsauer, § 26 Rn. 40; Stelkens/Bonk/Sachs, § 26 Rn. 46.

lichten selbst beigesteuert werden kann. Diesen Umständen trägt zum einen das Besondere Verwaltungsrecht in einer Vielzahl von weitergehenden Regelungen Rechnung, zum anderen die Rechtsprechung, die für den Fall einer Verletzung der aus § 26 Abs. 2 VwVfG folgenden Obliegenheiten Beschränkungen der Amtsermittlungspflichten annimmt⁴⁷ und dadurch die Regelungen erst praktisch handhabbar gemacht hat.

b) *Speziellere Regelungen*

Eine Vielzahl von spezielleren Regelungen des Verwaltungsrechts sieht eine stärkere Einbindung von Beteiligten und Öffentlichkeit in den Prozess der Informationsbeschaffung und der Informationsverarbeitung vor. Die Kommentierungen zum VwVfG gehen auf wichtige Sonderbestimmungen ein und machen ihren bereichsspezifischen Vorrang vor den allgemeinen Regelungen des VwVfG deutlich⁴⁸. Weitergehende Folgerungen werden aus diesem Befund indessen nicht gezogen. Hier kann sich im Zuge der Kommentierung die Frage stellen, ob aus einer Gesamtschau der Spezialvorschriften über Mitwirkungspflichten im Besonderen Verwaltungsrecht auf einen Wandel der Rolle der Beteiligten bei Informationserhebung und -verarbeitung geschlossen werden kann oder muss und ob innerhalb des Konzepts der Sachverhaltsermittlung gem. §§ 24 ff. VwVfG das überkommene Verhältnis von Amtsermittlung und Mitwirkungslasten der Beteiligten zugunsten einer differenzierenden Betrachtungsweise einer Modifikation bedarf. Die Regelungen der §§ 24 ff. VwVfG zementieren überkommene Vorstellungen nicht; sie sind vielmehr in einer Weise formuliert, die eine Weiterentwicklung der Aufgabenzuweisungen im Interesse effizienter Informationsbeschaffung unter stärkerer Heranziehung der Beteiligten nicht ausschließt.

c) *Nachvollziehende Amtsermittlung*

Eine wichtige Aufgabe der Kommentierungen insbesondere des § 24 VwVfG besteht darin, Art und Umfang der Amtsermittlung für diejenigen Fälle zu beschreiben, in denen ein wesentlicher Teil der Beschaffung der für die Entscheidung benötigten Informationen spezialgesetzlich auf die Beteiligten übertragen worden ist. Derartige Pflichten zur Informationsbeschaffung begründet nicht nur das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung, sondern eine ganze Reihe von weiteren Gesetzen des Besonderen Verwaltungsrechts⁴⁹. Für diese Fälle wandeln sich Aufgaben und Funktionen der zuständi-

47 Vgl. BVerwGE 26, 30; 74, 223, 242.

48 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, § 26 Rn. 47 f.

49 Vgl. zum Medizinrecht Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1993, S. 185 ff.

gen Behörden bei Erfüllung ihrer Pflicht zur Amtsermittlung. Für die gewandelte Ermittlungsaufgabe wurde der Begriff der nachvollziehenden Amtsermittlung geprägt.⁵⁰ Hier wäre es Sache der Kommentare zum VwVfG, Hinweise für die praktische Handhabung der nachvollziehenden Amtsermittlung zu geben und ihre Bedeutung für die Verantwortung der zuständigen Behörde für die zutreffende Aufklärung des Sachverhalts und die Folgen von Ermittlungsdefiziten darzustellen.

d) *Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 73 VwVfG)*

aa) *Die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes*

Für Planfeststellungsverfahren sieht das Verwaltungsverfahrensgesetz eine besondere Form der Informationsgewinnung vor, nämlich die Öffentlichkeitsbeteiligung. Wegen der Vielzahl der durch Planfeststellungen typischerweise berührte Belange hat der Gesetzgeber in § 73 VwVfG eine ebenso komplizierte wie anspruchsvolle zusätzliche Form der Informationsbeschaffung geregelt. Es kommt danach zu einer förmlichen Auslegung der Unterlagen für das planfeststellungsbedürftige Vorhaben, die jedermann die Möglichkeit einer umfassenden Information einräumt. Anschließend können innerhalb einer Frist Bedenken und Anregungen erhoben werden, die in einem Erörterungstermin mündlich verhandelt werden müssen.

bb) *Bedeutung der Öffentlichkeitsbeteiligung in der Praxis*

In der Praxis wird die Öffentlichkeitsbeteiligung nicht selten als ärgerliches Hindernis für schnelle Zulassungsentscheidungen angesehen⁵¹ und als ebenso ärgerliche Quelle für das Entstehen von Verfahrensfehlern. Dass die Öffentlichkeitsbeteiligung ein Mittel effizienter und umfassender Sachverhaltsermittlung sein könnte, tritt in der Wahrnehmung hinter die negativen Effekte zurück. Dies ist deshalb verständlich, weil in den meisten Fällen die Entscheidung über die Planfeststellung jedenfalls dem Grunde nach de facto bereits vor Beginn der Öffentlichkeitsbeteiligung gefallen ist. Die Bürgerbeteiligung nach § 73 VwVfG wird deshalb von Behörden und Antragsstellern nur noch als formale Hürde auf den Weg zur Realisierung des Vorhabens gesehen, die es möglichst unbeschadet zu überwinden gilt. Die Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung haben deshalb in der Praxis nur noch Randkorrekturen am

50 J. P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991; ders. Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch Bd. 86 (1996), S. 38 ff., 55.

51 Vgl. hierzu Reiner Schmidt, Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 91 (2000), 149, 157.

planfeststellungsbedürftigen Vorhaben zur Folge. Damit verfehlt die Öffentlichkeitsbeteiligung das ihr vom Gesetzgeber zugedachte Ziel jedenfalls zu einem großem Teil; die Informationsbeschaffung über das »ob« der Planfeststellung findet im Vorfeld der Öffentlichkeitsbeteiligung statt und wird von ihrem Ergebnis nur noch am Rande berührt. Dieser Befund hat bisher in den Kommentierungen nur begrenzt zur Berücksichtigung gefunden; der Gesetzgeber hat darauf vor allem durch eine Reduktion der Fehlerfolgen in den §§ 45 und 46 VwVfG reagiert. Es erscheint notwendig, dass der in den letzten Jahrzehnten eingetretene Funktionsverlust oder – weniger streng ausgedrückt – Funktionswandel in den Kommentierungen stärker als bisher behandelt wird, und dass hieraus auch Konsequenzen gezogen werden. Freilich handelt es sich um einen Themenkomplex, der zu allererst in der planungsrechtlichen Fachdiskussion Raum einnehmen müsste. Die dogmatische Durchdringung und Weiterentwicklung des Fachplanungsrechts ist nicht in erster Linie Aufgabe der Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz.

2. *Beispiel: Umgang mit Mediationsverfahren*

a) *Konfliktmittlung in den bisherigen Kommentierungen des VwVfG*

In der Diskussion um innovative Formen der Konfliktbewältigung und Streitbeilegung spielen die verschiedenen Formen der Mediation oder Konfliktmittlung eine wesentliche Rolle. Nach diesem Konzept sollen Interessengegensätze unter Einschaltung eines neutralen Dritten, des sog. Mediators oder Konfliktmittlers, im Rahmen eines Aushandlungsprozesses beigelegt werden, indem eine Lösung gefunden wird, die für alle Beteiligten gegenüber der herkömmlichen Entscheidung im Verwaltungsverfahren und einem anschließenden gerichtlichen Verfahren günstiger erscheint (sog. win-win-Lösung)⁵². Dies erfordert eine »unkonventionelle« Herangehensweise, bei der kreative Lösungen angestrebt werden müssen, die nicht selten über den ursprünglichen Streitgegenstand hinausreichen (»Vergrößerung des Kuchens«). Ist eine derartige Lösung gefunden, so muss sie im Rahmen eines herkömmlichen Verwaltungsverfahrens »umgesetzt«, d.h. in eine rechtlich haltbare Form gegossen werden.

Es liegt auf der Hand, dass das Verhältnis derartiger Mediationsverfahren zum herkömmlichen Verwaltungsverfahren prekär ist. Es besteht die Gefahr, dass die rechtsstaatlichen Sicherungen, die das Verwaltungsverfahren kennzeichnen (Beteiligungsrechte, insbesondere Anhörungsrechte, Begründungspflichten usw.) unterlaufen werden, wenn die eigentlichen Ergebnisse in einem Me-

52 Überblick bei Kopp/Ramsauer Einf. Rn. 87 ff.

diationsverfahren, das derartigen Bindungen nicht unterliegt, bereits entscheidend vorgeprägt sind⁵³. Es wäre deshalb zu erwarten, dass sich die Kommentarliteratur dieses Problems angenommen hätte. Dies ist jedoch nur äußerst begrenzt der Fall. Soweit die Kommentare überhaupt auf das Phänomen der Mediation eingehen, bleibt es zumeist bei der Beschreibung, in der Regel in einer vor die eigentliche Kommentierung gestellten Einführung. Die Rückwirkungen des Mediationsverfahrens auf das Verwaltungsverfahren bleiben weitgehend unerörtert.

b) *Mediation und Verwaltungsverfahren: Wechselseitige Beeinflussungen*

Für die rechtliche Bewältigung des im Verwaltungsrecht relativ neuen Phänomens der Mediation bedarf es zunächst einer Antwort auf die Frage der Zulässigkeit ohne besondere gesetzliche Grundlage. Wird sie bejaht, so stellen sich weitere schwierige Fragen nach dem Verhältnis von Mediation und Verwaltungsverfahren. Das Mediationsverfahren ist im Verwaltungsrecht regelmäßig darauf angewiesen, dass die dort gefundenen Ergebnisse in ein reguläres Verwaltungsverfahren Eingang finden und dort möglichst unverändert übernommen werden können. Dies ist nur möglich, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind. Erstens muss sich das Ergebnis dem Inhalt nach ohne Verstoß gegen materielles Recht in einem Verwaltungsakt oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag umsetzen lassen, zweitens müssen die Rechte der Beteiligten im Verwaltungsverfahren gewahrt werden. Beide Voraussetzungen müssen bereits im Mediationsverfahren berücksichtigt werden. Steht das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens nämlich von vornherein fest, weil das Mediationsergebnis übernommen werden soll, dann werden die Rechte der Beteiligten nur gewahrt, wenn sie schon im Mediationsverfahren berücksichtigt worden sind. Es muss hier also zu einer Art Vorwirkung der Verfahrensrechte der Beteiligten im Mediationsverfahren kommen⁵⁴. Die Folge ist eine Verzahnung von Mediation und Verwaltungsverfahren, die in den Kommentierungen der Verfahrensrechte von Beteiligten (§§ 28 ff. VwVfG), aber auch in den Kommentierungen der Vorschriften über das Ermessen (§ 40 VwVfG) und über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) behandelt werden muss. Hier besteht ein unabweisbarer Kommentierungsbedarf, da Mediationsverfahren in ihren verschiedenen Spielarten immer weitere Verbreitung finden.

53 Holznapel/Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Haft/v.Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002, S. 1124, Rn. 5 ff.

54 Hierzu näher Holznapel/Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht (Fn. 53), S. 1124, Rn. 4.

3. *Beispiel: Das Effizienzprinzip*

a) *Der Begriff der Effizienz in der Innovationsdiskussion*

Als Effizienzprinzip⁵⁵ bzw. Effizienzgebot wird der Grundsatz bezeichnet, wonach entweder ein bestimmter Erfolg mit dem Einsatz möglichst geringer Mittel erzielt werden soll (Minimalisierung der Mittel) oder mit bestimmten Mitteln ein möglichst großer Erfolg (Maximalisierung des Erfolgs)⁵⁶. Damit wird eine rein ökonomische Mittel-Zweck-Relation bezeichnet, die unabhängig von der rechtlichen Bewertung des Mittels bzw. des Zwecks zu einem Maßstab für möglichst »wirtschaftlichen« Mitteleinsatz führt. Der Begriff der Effizienz hat damit mehr mit Wirtschaftlichkeit zu tun als mit Effektivität⁵⁷. Der Begriff der Effektivität wird in der Innovationsdiskussion von der Effizienz streng unterschieden⁵⁸. Der Begriff Effektivität bezieht sich auf Art und Ausmaß einer Zielerreichung, soll danach also nur die Relation zwischen dem erreichten und dem angestrebten Ziel betreffen. Eine Maßnahme zur Gefahrenabwehr kann also effektiv sein, aber nicht effizient, weil sie die Gefahr zwar beseitigt, hierfür aber einen unwirtschaftlich hohen Mitteleinsatz erfordert.

b) *Effizienz als verwahrungsverfahrensrechtliches Gebot*

Der Ausdruck »Effizienz« kommt im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht vor. Verwaltungsverfahren sind nach § 10 VwVfG einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen; von effizienter Durchführung ist nicht die Rede. Gleichwohl zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der Effizienzgedanke dem Verfahrensrecht keineswegs fremd ist. Allgemein wird dem Gebot der Einfachheit und Zweckmäßigkeit auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit entnommen, welches dem der Effizienz weitgehend entsprechen dürfte⁵⁹. Dies gelangt in den Kommentierungen auch zum Ausdruck. Allerdings betrifft die Frage der Effizienz kaum den gerichtlich kontrollierbaren Teil des Verwaltungsverfahrens, sondern denjenigen Teil, der dem Verfahrensermessen der zuständigen Behörden bzw. im Organisationsermessen der jeweiligen Behördenträger zugewiesen ist. Insoweit scheint er die Auslegung und Anwendung des Verwal-

55 Zur Effizienz als Rechtsprinzip s. Hoffmann-Riem, Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 11, 19 ff.

56 Schmidt-Aßmann, Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 245 f.

57 Zur Ausdifferenzierbarkeit des Begriffs der Effizienz Hoffmann-Riem (Fn. 40), S. 28 ff.

58 Teilweise anders aber noch Stelkens/Bonk/Sachs § 9 Rn. 76 ff., § 10 Rn. 23.

59 Obermayer § 10 Rn. 16; Kopp/Ramsauer § 10 Rn. 3.

tungsverfahrensrechts nur am Rande zu betreffen. Dementsprechend spielt das Effizienzgebot in der Kommentierung nur eine marginale Rolle⁶⁰. Ineffiziente Beweiserhebungen führen zu Verzögerungen und zu Kostensteigerungen, die rechtlich bisher allenfalls im Rahmen des Ersatzes eines Verzögerungsschadens oder bei der Kostenlast eine Rolle gespielt haben.

c) *Inhaltliche Steuerung der Verwaltung durch das Effizienzgebot?*

Die Innovationsdiskussion hat eine neue Dimension des Effizienzbegriffs zur Debatte gestellt. Es geht um die Frage, ob und in welchem Umfang das Effizienzgebot über seine rein verfahrensrechtliche Bedeutung hinaus auch für den Inhalt von Verwaltungsentscheidungen oder Vereinbarungen Steuerungswirkung entfaltet⁶¹. Oder anders ausgedrückt: Unter welchen Voraussetzungen und ggf. in welchem Umfang darf der Gesichtspunkt der Effizienz für den Inhalt der Verwaltungsentscheidung selbst, also für den Verwaltungsakt oder den verwaltungsrechtlichen Vertrag, leitend sein?

Diese Frage ist bisher nur in Einzelbereichen des Besonderen Verwaltungsrechts behandelt und beantwortet worden, etwa im Polizei- und Ordnungsrecht, wenn es um die Frage geht, ob die Polizei einen Dritten als Notstandspflichtigen in Anspruch nehmen darf, weil sie die Gefahr anderenfalls nur mit einem exorbitant hohen eigenen Mitteleinsatz bekämpfen oder beseitigen könnte⁶². Auch das Problem des Umgangs mit den Kosten eines planfeststellungsbedürftigen Vorhabens der öffentlichen Hand in der planerischen Abwägung kann hier genannt werden, obwohl es sich hier um die Belange eines von der Planfeststellungsbehörde regelmäßig verschiedenen öffentlichen Rechtsträgers handelt⁶³. Für die Kommentierungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes stellt sich hier die Frage, ob das verfahrensrechtliche Gebot der Effizienz für die Betätigung des Ermessens allgemein ein den Zwecken der Ermächtigung i.S.d. § 40 VwVfG entsprechender und damit zulässiger Abwägungsgesichtspunkt ist oder ob dies nur kraft entsprechender spezialgesetzlicher Regelung gelten kann⁶⁴.

60 Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs § 10 Rn. 23; Knack vor § 9 Rn. 18 ff.; Kopp/Ramsauer § 10 Rn. 3; Obermayer § 10 Rn. 16 fasst die Verfahrensgrundsätze des § 10 S. 2 unter dem Begriff der Effizienz zusammen.

61 Hierzu insbesondere Papier, Der Wandel der Lehre von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen als Reaktion auf die staatliche Finanzkrise, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 231 ff.

62 Hoffmann-Riem (Fn. 40), S. 19.

63 Papier (Fn. 61), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 231, 240.

64 Bisher wirken die Überlegungen zur Effizienz im materiellen Recht in den Kommentierungen, aber nicht nur dort, eher »diffus und ungeordnet«, vgl. Schmidt-Abmann, (Fn. 56), S. 260.

III. *Fazit*

Die Untersuchung hat ergeben, dass die Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz die Vorschläge und Überlegungen der seit über zehn Jahren andauernden Diskussion um die Reform der Verwaltung bisher nur sehr begrenzt berücksichtigt haben. Sie hat weiter eine ganze Reihe von Gründen für diese Zurückhaltung aufgezeigt. Zu diesen Gründen zählen neben unterschiedlichen Vorstellungen über den Rezeptionsbedarf auch die teilweise begrenzte Rezeptionseignung. Für letztere finden sich wiederum eine Reihe von Ursachen. Zu ihnen gehören die Ausrichtung des Verwaltungsverfahrenrechts auf die gerichtliche Kontrollperspektive, bei der eigentliche der Herstellungsprozess verwaltungsrechtlicher Entscheidungen weitgehend ausgeblendet wird, und das Erfordernis einer speziellen Übersetzungsleistung, bei der die Rückwirkungen von Vorschlägen und Überlegungen auf Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes analysiert und in deren Begrifflichkeit und Rationalitätsgefüge eingepasst werden müssen.

Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier Rationalitäten?

Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess am Beispiel der jüngeren Verfahrensfehlerlehre

Michael Gerhardt

Inhaltsübersicht

A. Das Grundmodell und seine Konsequenzen	414
B. Ursachen	417
I. Beispiel: Inzidente Normverwerfung durch die Behörde	417
II. Vorrang der Sachentscheidung	419
III. Der Verwaltungsprozess als Verfahren	420
IV. Würdigung der Beschleunigungsgesetze	421
C. Relativierungen und Perspektiven	423
D. Fazit	427

Die folgenden Erwägungen gehen an die Frage, ob das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess einem Trennungsprinzip folgt oder inwiefern ein funktionaler Zusammenhang besteht¹, in drei Schritten heran. Zunächst wird anhand einer modellhaften Darstellung in Erinnerung gerufen, warum Mängel des Verwaltungsverfahrens für gerichtliche Entscheidungen kaum maßgeblich sind. Anhand eines Beispiels soll in einem zweiten Abschnitt die richterliche Sicht erläutert werden; dabei ist auf die jüngere Verfahrensfehlerlehre einzugehen. Ein dritter Abschnitt ist einerseits bestehenden Relativierungen des erwähnten Befundes gewidmet. Andererseits stellt sich die Frage, inwiefern die Verwaltungsgerichte zur Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht eingesetzt werden können und sollen.

1 *E. Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 305 f.

A. Das Grundmodell und seine Konsequenzen

Das Verwaltungsverfahren wird beschrieben als ein planvoll geordneter Vorgang der Informationsgewinnung und -verarbeitung, der in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung abläuft und der Hervorbringung einer administrativen Entscheidung dient². Das Verwaltungsverfahren ist, soweit hier von Interesse, grundsätzlich durch folgende Merkmale gekennzeichnet³:

- (1) das Postulat der anfänglichen Offenheit in Bezug auf die zu treffende Entscheidung;
- (2) seine Strukturierung, d.h. dass die Entscheidung in einem gestreckten, gegliederten Vorgang vorbereitet wird, der phasenspezifischen Anforderungen unterliegt;
- (3) die Vielfalt der zu erfüllenden Vorgaben.

Das Verwaltungsverfahren soll nicht nur eine rechtmäßige, zweckrichtige und den politischen Vorgaben entsprechende Entscheidung produzieren, sondern es soll auch schnell, billig und effizient sein, die Selbstachtung aller Beteiligten einschließlich der Bediensteten wahren, eine angemessene Problem- und Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit anstreben und deren Reaktionen berücksichtigen sowie – nicht zuletzt – auf Befriedung und Akzeptanz der Entscheidung hinwirken. Das Verwaltungsverfahren unterliegt dementsprechend verschiedenen Vorgaben und Kontrollen⁴. Das Verwaltungsverfahrensrecht regelt nur Teilaspekte, und zwar im Wesentlichen die Anforderungen an die Erarbeitung der (Sach-)Entscheidung im Hinblick auf ihre Recht- und Zweckmäßigkeit.

Die Verwaltungsgerichte haben die Grundaufgabe, subjektive Rechte des Einzelnen gegenüber der öffentlichen Verwaltung durchzusetzen⁵. Auch soweit, wie in der Regel, nachträglich Rechtsschutz gegen eine behördliche Entscheidung begehrt wird, verpflichtet der verfassungsrechtliche Auftrag das Gericht zu einer unmittelbaren Anwendung des Rechts als des für ihn alleinigen Prüfungsmaßstabs auf den vom Gericht selbst überprüften und festgestellten Sachverhalt. Die Aufgabe der Gerichte auch in Verwaltungsstreitsachen ist daher vornehmlich in der Entscheidung eines Streits zwischen Rechtssubjekten, also in bestimmten Rechtsverhältnissen zu sehen⁶.

2 E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1996, § 70 Rn. 1.

3 Vgl. G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, 783 ff., 795 ff.

4 Vgl. zusammenfassend E. Schmidt-Aßmann und W. Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, 2001, S. 9 ff. bzw. 325 ff.

5 E. Schmidt-Aßmann, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Einl. Rn. 167 ff.

6 R. Pitschas, Leistungsgrenzen gerichtlicher Entscheidungen – am Beispiel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Hof/Schulte, Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, S. 129.

Aus dem Gesagten ergibt sich zunächst, dass Vorgaben für das Verwaltungsverfahren, die nicht unmittelbar auf das konkrete Rechtsverhältnis bezogen sind, vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich ohne Bedeutung bleiben. Auch das Verwaltungsverfahrensgesetz kann nur in den richterlichen Blick kommen, soweit subjektive Rechte eines Beteiligten, in der Regel des Klägers, betroffen sind⁷. Ferner ist mit der behördlichen Entscheidung als Ergebnis und Abschluss des Verwaltungsverfahrens keine für die gerichtliche Rechtsanwendung wesentliche Zäsur verbunden. Daher gibt es kein modellbedingtes Hindernis dafür, dass die Behörde das Rechtsverhältnis während des Prozesses weiter gestaltet, etwa erkannte Mängel beseitigt und ihre Erwägungen ergänzt oder aktualisiert. Der Behauptung eines derartigen Hindernisses ist das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entgegen getreten, etwa im Vereinsrecht (Ermittlungsbefugnisse der Verbotsbehörden nach Erlass der Verbotsverfügung)⁸ oder im Prüfungsrecht (Erläuterung von Bewertungen durch den Prüfer im gerichtlichen Verfahren)⁹. Die daneben bestehende Pflicht des Gerichts, durch eigenes Tun, namentlich durch erforderliche Nachermittlungen, die Sache spruchreif zu machen, kann daher durch Inanspruchnahme der Behörde als Streitbeteiligten und zugleich Inhaberin der Sachherrschaft erfüllt werden.

Dieses Modell würde allerdings erlauben, Fragen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum selbständigen Gegenstand der gerichtlichen Streitentscheidung zu machen. Dies ist nach deutschem Recht im Bereich des subjektiven Rechtsschutzes jedoch nur ganz ausnahmsweise zulässig. Vielmehr geht mit dem skizzierten Modell das Verständnis einher, dass grundsätzlich allein materielle Rechtspositionen wehrfähig sind. Zusammen mit der Absage an einen verwaltungsverfahrensbegleitenden Rechtsschutz (§ 44 a VwGO) führt dies dazu, dass im Verwaltungsprozess das Verwaltungsverfahrensgesetz nur dann zu thematisieren ist, soweit eine materiellrechtliche Vorgabe für das Handeln der Behörde fehlt, der Gesetzgeber also die Gewähr für die Richtigkeit der behördlichen Entscheidung dem Verfahren anvertraut hat.

Ungeachtet der methodischen Einsicht, dass das Recht grundsätzlich der Konkretisierung auf den jeweiligen Einzelfall hin bedarf und dass das Verwaltungsverfahren das dafür primär vorgesehene Instrument ist, haben sich die Verwaltungsgerichte – freilich geleitet durch das Bundesverfassungsgericht¹⁰ – einer steten Ausweitung der sachlichrechtlichen Prüfungsmaßstäbe verschrieben.

7 C. Ladenburger, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, S. 356 ff.

8 BVerwG DVBl 2001, 643.

9 BVerwG Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 398; NVwZ 2001, 922.

10 Vgl. Nachw. bei E. Schmidt-Aßmann (Fn.5), Rn. 183.

Stichwortartig zu nennen sind:

- (1) Volle Justiziabilität unbestimmter Rechtsbegriffe unter Zurückdrängung behördlicher Beurteilungsspielräume;
- (2) Entfaltung und Differenzierung der rechtlichen Maßstäbe für das behördliche Ermessen und behördliche Abwägungsentscheidungen; vor allem Aufklärungsmängel und Gehörsverletzungen verlieren dadurch weitgehend an Relevanz;
- (3) Ermessensreduzierungen auf Null, sei es im Einzelfall, sei es gesetzlich intendiert für typische Fälle;
- (4) Erheblichkeitsprüfung, also im Kern die Prüfung, ob die konkrete Möglichkeit besteht, dass sich ein Verfahrensmangel auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat. Es handelt sich um eine materiellrechtliche Prüfung dahingehend, ob sich die Entscheidungsgrundlage der Behörde bei Meidung des Verfahrensmangels nach den gegebenen Umständen so weit verändern könnte, dass bei realistischer Betrachtung eine andere Entscheidung in Betracht kommt.

Spielen Mängel im Verwaltungsverfahren für die gerichtliche Überprüfung demnach ohnehin keine große Rolle, darf es nicht verwundern, dass die Vorschriften über die Heilung von Verfahrensmängeln während des Prozesses keine praktische Bedeutung haben. Sie sollten auch akademisch nicht überbewertet werden¹¹.

Der grundlegende Einwand, in diesem Modell werde zu wenig berücksichtigt, dass den Verwaltungsgerichten im Verhältnis zur Verwaltung eine Kontrollaufgabe und nicht die primärer Rechtsanwendung zukomme¹², übersieht zweierlei. Zum einen hat der Prozessrechtsgeber namentlich durch die Institute der Untätigkeits- und der Verpflichtungsklage sowie etwa in § 113 Abs. 3, § 114 VwGO eine Systementscheidung für dieses Modell getroffen. Zum andern sind die materiellrechtlichen Anweisungen für das administrative Handeln mit den Maßstäben für die gerichtliche Kontrolle im Grundsatz identisch. Von einer Kontrolle im Sinne einer distanziert-reduzierten Nachprüfung durch die Gerichte kann nur dort die Rede sein, wo etwa durch behördliche Beurteilungsspielräume die Handlungsanweisung und der Kontrollmaßstab auseinander fallen.

11 Vgl. *R. Rudisile*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 94 Rn. 69 ff.; s. nunmehr Art. 1 Nr. 10, 11 RmBereinVpG.

12 Vgl. *U. Ramsauer*, in: AK-GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 103 ff.

B. Ursachen

Aus der Perspektive des Rechtsschutzes hat das Verwaltungsverfahren also, wie eine gängige Wendung sagt, dienende Funktion und bleibt deshalb, ungeachtet der von ihm sonst erbrachten Leistungen, von geringer Bedeutung. Es bestehen erhebliche Schwierigkeiten, Verfahrensfunktionen, insbesondere »entscheidungsexterne« Verfahrensfunktionen, in den Verwaltungsprozess rechtskonstruktiv einzubeziehen.

1. Beispiel: Inzidente Normverwerfung durch die Behörde

Diese Schwierigkeiten seien zunächst beispielhaft an einer Entscheidung zur bekannten Frage der behördlichen Normverwerfungsbefugnis, also aus einem eher ungewohnten Blickwinkel erläutert. Das Bundesverwaltungsgericht¹³ hatte unlängst über die Gültigkeit einer Rechtsverordnung einer höheren Naturschutzbehörde zu befinden, mit der ein Naturschutzgebiet ausgewiesen worden war. Für die zugrunde liegende Abwägungsentscheidung kam es darauf an, ob erfasste Grundstücke Baulandqualität hatten. Diese hätte ein vorhandener Bebauungsplan vermittelt, der aber nichtig war. Davon ist auch der Verordnungsgeber ausgegangen. Der betroffene Grundeigentümer machte geltend, die höhere Naturschutzbehörde hätte bis zur Beseitigung des Bebauungsplans durch eine dafür autorisierte Stelle von seiner Gültigkeit ausgehen müssen. Dieses Vorbringen wirft folgende Fragen auf:

(1) Zunächst stellt sich die Vorfrage, ob die Verwerfungskompetenz nach den Rechtssätzen über die Folgen von Rechtsverstößen beim Erlass von Normen, also nach materiellem Recht zu beurteilen ist oder ob es sich um eine Frage des Verfahrensrechts handelt. Das Bundesverwaltungsgericht hat aus der umfassenden Reichweite des Nichtigkeitsdogmas, das durch die Planerhaltungsvorschriften des Baugesetzbuchs bestätigt worden ist, abgeleitet, ein Normverwerfungsverbot könne sich allenfalls aus Verfahrensrecht ergeben. Hier von Interesse ist, dass die Zuordnung einzelner Fragen zum materiellen oder zum Verfahrensrecht nicht ohne weiteres vorgegeben ist; darauf ist später zurückzukommen.

(2) Die Frage, aus welchen Rechtssätzen sich ein behördliches Normverwerfungsverbot ableiten ließe, führt zwangsläufig zur Erwägung, in wessen Interesse es stehen könnte. Bei den betroffenen Grundeigentümern geht es

13 BVerwG NVwZ 2001, 1035.

lediglich dahin, rechtzeitig von der Haltung der Behörden unterrichtet zu werden. Das Interesse der Gemeinde an der Wahrung ihrer Planungshoheit gebietet, dass die Gemeinde informiert und ihr genügend Zeit gegeben wird, die städtebaulichen Konsequenzen aus der Nichtigkeit des Bebauungsplans zu ziehen – mehr nicht. Dem Interesse der Allgemeinheit an durch Publizität vermittelte Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber, wie die Ausgestaltung des § 47 VwGO namentlich im Fehlen eines Verwerfungsmonopols zeigt, kein überragendes Gewicht beigemessen. Eine behördliche Vorlagepflicht an das Oberverwaltungsgericht ist daher nicht leicht konstruierbar. Im Übrigen wird Rechtssicherheit in der behördlichen Entscheidungspraxis über den Gleichheitssatz hergestellt. Insgesamt zeigt sich, dass die berührten Bedürfnisse selbständig befriedigt werden können und – vor allem über Sekundäransprüche – sanktioniert sind. Es ist daher schwierig, durch die Konstruktion eines strikten Normverwerfungsverbots eine umfassende, gewissermaßen zweckunabhängige Sanktionierung zu rechtfertigen. Derartige Sanktionen anzuordnen, muss wohl dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

(3) Das Bundesverwaltungsgericht konnte im entschiedenen Fall sämtliche erwähnten Interessen – jedenfalls durch Verfahrensäquivalente – für gewahrt ansehen. Es hat dabei auf ein vor allem im Prozessrecht gängiges, aber nicht darauf beschränktes Argumentationsmuster zurückgegriffen. Danach bleibt in der Regel der Verstoß gegen eine Norm folgenlos, wenn der Normzweck auf andere Weise erreicht wird¹⁴. Das Beharren auf strikte Normbefolgung gilt als unakzeptable »Förmelei«.

(4) Schließlich sind die möglichen Folgen des Verstoßes gegen ein behördliches Normverwerfungsverbot anzusprechen. Hätte die höhere Naturschutzbehörde ohne konkrete Ermittlungen den Bestand bestimmter zu schützender Pflanzen behauptet, wäre das Gericht auf entsprechende Rüge verpflichtet, selbst den Bestand zu ermitteln. Wird er festgestellt, hat die Behörde »Glück gehabt«. Warum sollte anderes gelten, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung von der Nichtigkeit eines Bebauungsplans ausgeht und das Gericht erkennt, dass diese Annahme zutrifft? Anders gewendet: Über die Gültigkeit untergesetzlicher Normen zu befinden, ist eine der Gerichtsbarkeit anvertraute Aufgabe. Lässt es sich damit vereinbaren, um der Durchsetzung eines bestimmten, aus Gründen jenseits des konkreten Rechtsstreits angeordneten Gangs des Verwaltungsverfahrens und um der Wahrung behördlicher Kompetenzen willen die Erfüllung dieser Aufgabe zu verweigern?

14 Vgl. C. Ladenburger (Fn. 7), S. 198 ff., 282, 313 ff.

II. *Vorrang der Sachentscheidung*

Das Beispiel dürfte das Dilemma der Verwaltungsgerichtsbarkeit deutlich gemacht haben. Der Durchsetzung und Wahrung abstrakter Anliegen des Verwaltungsfahrens im konkreten Verwaltungsprozess den Vorrang einzuräumen, auch wenn eine Sachentscheidung möglich und – das kann gar nicht deutlich genug hervorgehoben werden – sowohl vom redlichen Rechtsschutzsuchenden als auch von der Behörde gewünscht ist, steht nicht nur in Widerstreit zur deutschen Verwaltungsrechtstradition, es gibt auch gute Gründe für den generellen Vorrang der Sachentscheidung.

In aller Regel hat vor dem Verwaltungsprozess ein Verwaltungsverfahren stattgefunden, das ungeachtet möglicher Mängel doch die Entscheidungsgrundlagen aufbereitet hat. Fehler, die das Verfahren insgesamt hinfällig erscheinen lassen, gibt es kaum und würden im Prozess nicht unberücksichtigt bleiben¹⁵. Die Struktur des Verwaltungsverfahrens, soweit es durch das Verwaltungsverfahrensgesetz gesteuert wird, unterscheidet sich nicht grundlegend vom Verwaltungsprozess (darauf ist noch gesondert einzugehen). Eine problemangemessene Erörterung durch das Gericht ersetzt Defizite des Verwaltungsverfahrens; sie erfüllt Funktionen der Information der Öffentlichkeit sowie der Befriedung und Akzeptanz der Entscheidung. Die Legitimationswirkung des gerichtlichen Verfahrens ist wohl immer noch höher als die des Verwaltungsverfahrens und wird von der Exekutive auch genutzt.

Kann das Verwaltungsverfahren im Verwaltungsprozess äquivalent nachgeholt werden, so könnte doch die anfängliche Ergebnisoffenheit des Verwaltungsverfahrens dafür sprechen, Mängel zum Anlass für seine Wiederholung zu nehmen. Die Erwägung trifft allenfalls in seltenen und atypischen Fällen zu.

Erstens schränkt sich die Entscheidungsfreiheit mit zunehmender Stoffsammlung ein. Beispielsweise ergibt sich aus dem Material zur Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden praktisch zwingend, wie das Erstreckungsermessen nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO auszuüben ist. M.a.W. ist das Verwaltungsverfahren auf Sachgesetzhkeiten bezogen, die bei einem entsprechenden Tatsachenbefund einem unbefangenen Handelnden kaum noch Entscheidungsfreiheiten belassen. Verbleibende volitive Elemente können zum Gegenstand der gerichtlichen Erörterung gemacht werden; damit werden Beweggründe aufgedeckt und diskursfähig. An einer Entscheidung allein deshalb festzuhalten, weil sie einmal getroffen worden ist, dürfte wohl keine Behörde imstande sein.

Zweitens sind die Vorgaben des Verwaltungshandelns zu berücksichtigen. Ganz abgesehen von den internen und durch den Gleichbehandlungsgrund-

15 C. Ladenburger (Fn. 7), S. 273 ff.

satz nach außen gekehrten Bindungen bestehen normative Vorgaben nach meinem Eindruck in viel größerem Umfang als gemeinhin angenommen wird. Zwei Beispiele: In Vereinsverbotssachen wird regelmäßig geltend gemacht, bei Gewährung rechtlichen Gehörs hätte die Behörde auf das Verbot verzichtet und sich jedenfalls mit einem milderen Mittel begnügt, um Missstände zu beheben. Dabei wird verkannt, dass der Verbotsbehörde kein umfassendes Entschließungsermessen zusteht, sondern nur ein gewissermaßen taktisches Verschonungsermessen, weshalb die Entscheidung für ein Vereinsverbot nicht hinterfragt werden kann¹⁶. Der – bekanntlich gescheiterte – Versuch namentlich des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, der Umweltverträglichkeitsprüfung im Planfeststellungsrecht zu eigenständiger Bedeutung zu verhelfen, hatte in concreto zum Ziel, Kriterien für die Entscheidung zwischen zwei Trassenkonfigurationen zu gewinnen. Das Bundesverwaltungsgericht sah die Straßenausbauplanung auch insoweit für verbindlich an. Damit verlor die Umweltverträglichkeitsprüfung so gut wie jede Bedeutung, weil diesbezügliche Defizite keinesfalls die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Trassenvorgabe begründet hätten, und es war sachgerecht, die vorhabenbezogene Relevanz der Mängel bei der Umweltverträglichkeitsprüfung zu verneinen¹⁷.

III. *Der Verwaltungsprozess als Verfahren*

Als Verwaltungsrichter kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, dass denjenigen, die sich dafür aussprechen, Rechtsfehler des Verwaltungsverfahrens müssten in weiterem Umfang als nach gegenwärtiger Praxis zu einer »Zurückverweisung« der Sache an die Verwaltung führen, nicht in gebotenen Maße klar ist, was in einem Verwaltungsprozess vorgeht. Insbesondere in gerichtlichen Verfahren, die Ermessens-, Prognose- oder Abwägungsentscheidungen zum Gegenstand haben, werden die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der behördlichen Entscheidungen Punkt für Punkt erörtert und untersucht (»nachgearbeitet«)¹⁸. Die im Verwaltungsverfahren angelegte Richtigkeitsgewähr wird in das gerichtliche Verfahren hinein fortgedacht. Dieses dient dazu, Stichhaltigkeit und Belastbarkeit behördlicher Ermittlungen, Bewertungen, Gewichtungen und Abwägungen zu eruieren. Punktuelle Mängel des vor Gericht ausgebreiteten Abwägungsgeflechts kann das Gericht grundsätzlich deshalb beheben, weil ihm in der Regel gleiche Erkenntnismittel wie der Behörde zur Verfügung stehen (deshalb geht der Vergleich mit der Zurückverweisung einer Sache durch das Revisionsgericht an die Tatsachen-

16 Vgl. zur Normstruktur BVerwG Buchholz 402.45 VereinsG Nr. 30 S. 15 f.

17 Vgl. im einzelnen BayVGH DVBl 1994, 1198 ff.; BVerwGE 100, 238; 100, 370.

18 Nachw. bei E: Schmidt-Aßmann (Fn. 1), S. 188 ff., 200 f.

instanz bei Verfahrensmängeln fehl). Soweit dies ausnahmsweise nicht möglich ist – sei es dass das Gericht keine vergleichbaren Erkenntnismöglichkeiten hat, sei es dass die behördliche Abwägung wegen des Mangels insgesamt hinfällig ist –, kommt eine Fehlerkompensation im gerichtlichen Verfahren nicht in Betracht, und die Sache bedarf erneuter Befassung durch die Behörde. In der Logik dieses Überprüfungssystems liegt es, dass punktuelle Mängel, die auch nach gerichtlicher Befassung maßgeblich bleiben, in einem ergänzenden Verfahren behoben werden.

Die Unterscheidung von Verfahrensmängeln und Fehlern in der Anwendung materiellen Rechts verliert demnach vor Gericht weithin an Bedeutung. Vornehmlich werden Verstöße in Bezug auf die Gewährung rechtlichen Gehörs und Sachaufklärungspflichten häufig im gerichtlichen Verfahren aufgefangen. Das Verwaltungsverfahrenswort wird nur scheinbar gerichtlicherseits negiert, und erst recht werden nicht etwa administrative Entscheidungsbefugnisse usurpiert. Vielmehr dürfte die starke Relativierung des Verfahrensgedankens von daher zu erklären sein, dass sich die normativen Vorgaben auf bestimmte Sachgesetzmäßigkeiten beziehen und deren Zusammenspiel – trotz vordergründig lediglich finaler Steuerung des Verwaltungshandelns – im Einzelfall tatsächlich eine hohe Regelungsdichte bewirkt. Behördliche Entscheidungen haben rational und diskursfähig zu sein. Als solche stehen sie vor Gericht auf dem Prüfstand. Ergibt der Diskurs vor und mit dem Gericht, dass kein Beteiligter vernünftige Gründe für ein alternatives Verhalten der Behörde angeben kann – man spricht nicht ohne Grund von der »erschöpfenden Erörterung« –, wäre es schwerlich rational, gleichwohl die strittige Verwaltungsentscheidung zu kassieren¹⁹.

IV. *Würdigung der Beschleunigungsgesetze*

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der deutsche Verwaltungsprozess ist so ausgestaltet, dass Mängel des Verwaltungsverfahrens in ihm weithin aufgefangen werden können. Das Verwaltungsverfahren ist als primäres Medium der Rechtsverwirklichung unverzichtbar. Kommt es aber zum Rechtsstreit, tritt es zurück und fungiert der Sache nach als »Vorverfahren«. Eine Neuauflage des Verwaltungsverfahrens kommt nur dann und insoweit in Betracht, als das behördliche Ausgangsverfahren im Prozess keine äquivalente Fortsetzung finden konnte.

Der Gesetzgeber hat in der Beschleunigungsgesetzgebung diese Strukturen aufgegriffen und damit die Idee und Wirklichkeit verwaltungsgerichtlichen

19 Als Beispiel dafür, daß Sachgesetzmäßigkeiten Ermessensräume fordern, vgl. BVerwGE 108, 1.

Prozedierens besser erfasst als die meisten seiner Kritiker. Dass er damit im Interesse der Verwirklichung des materiellen Rechts zugleich die Verwaltungsgerichte in die Pflicht genommen hat, kann schwerlich missbilligt werden – der Verdacht, dass behördliche Verfahrensfehler sowohl dem bequemen wie dem übereifrigen Richter willkommen sein könnten, dürfte nicht zur Gänze unbegründet gewesen sein.

Der Einwand, die Heilungsvorschriften etwa der ehemaligen § 87 Abs. 1 Nr. 7, § 94 Satz 2 VwGO machten das Gericht zum Streithelfer der Behörde – Verletzung der Waffengleichheit – und untergruben das Vertrauen in die Neutralität der Rechtsprechung, übersieht nicht nur die allseitige und umfassende prozessuale Fürsorgepflicht des Gerichts, sondern verfängt vor allem vor der modellprägenden Prämisse nicht, dass das Gericht die Übereinstimmung des streitigen Rechtsverhältnisses mit dem materiellen Recht herstellen soll. Die These, Heilungsmöglichkeiten und Unbeachtlichkeitsvorschriften verführten die Bediensteten zu einem laschen Umgang mit dem Verfahrensrecht, verkennt die Einbindung der Bediensteten in das behördliche Handlungs- und Verantwortungsgeflecht und die damit verbundenen formellen – etwa des Dienst- und des Haftungsrechts – wie vor allem der informellen Kontrollen – etwa über Beschwerden und die Öffentlichkeit. Deshalb büßt auch die Erwägung an Überzeugungskraft ein, aus dem Fehlen einer Primärsanktion sollte um größerer Ehrlichkeit willen auf die Normierung rechtsstaatlich nicht gebotener Verfahrensanforderungen verzichtet werden²⁰.

Die Neufassung der Unbeachtlichkeitsklausel des § 46 VwVfG (»wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat«) sowie die korrespondierenden fachrechtlichen Bestimmungen tragen dem Umstand Rechnung, dass, wie angedeutet, die Entwicklung der Ermessens- und Abwägungskontrolle zu einer weitgehenden Durchdringung des Entscheidungsstoffs vor Gericht führt und die Vorgaben für die behördliche Entscheidung sehr dicht sind. Die Sachkunde der Richter und eine »erschöpfende« Erörterung durch das Gericht tragen dazu bei, dass Fälle praktischer Alternativenlosigkeit häufig anzutreffen sind. Der anfängliche Verdacht, Gerichte könnten namentlich im Großvorhabensrecht eigene Vernünftigkeiten- und Zweckmäßigkeitserwägungen durchsetzen, hat sich nicht bestätigt. Vielmehr argumentieren die Gerichte bei der Anwendung dieser Klauseln erkennbar innerhalb der Sachlogik der behördlichen Entscheidungen, also innerhalb dessen, was die demokratisch legitimierte Verwaltung an Erwägungen vorgegeben hat.

Auf eines ist allerdings vorsorglich noch hinzuweisen: Die Praxis des Verwaltungsverfahrens entspricht in aller Regel rechtsstaatlichen Grundanforderun-

20 Vgl. J. Pietzcker, Verfahrensrechte und Folgen von Verfahrensfehlern, FS Maurer, 2001, S. 695, 707 ff.

gen, und Probleme entstehen eher im Ziselierungsbereich. Die Zurücknahme verwaltungsgerichtlicher (Primär-) Kontrolle trägt dem Rechnung. Die einschlägigen Bestimmungen erlauben aber flexible Reaktionen. Sollten sich – etwa bei planerischen Abwägungen – zunehmend Mängel einstellen, kann und muss nach dem Gesagten die richterliche Auffangtätigkeit reduziert werden.

C. Relativierungen und Perspektiven

Bereits ein kursorischer Blick in die Kommentare zum Verwaltungsverfahrenrecht zeigt, dass die Judikatur ungeachtet der dargelegten Relativierungen diesem Rechtsgebiet die wesentlichen Impulse gibt. Auf der anderen Seite wird die »Justizlastigkeit« des Verwaltungsverfahrenrechts beklagt. Erwägungen zur Frage, inwiefern die Verwaltungsgerichte zur Stärkung des Verfahrensgedankens im Verwaltungsrecht eingesetzt werden können und sollen, stehen vor einem gewissen Dilemma. Es geht wohl nicht an, die Emanzipation des Verwaltungsverfahrens von der Justiz zu fordern und diese zugleich durch einen Ausbau des Regimes der Verfahrensfehlerfolgen zu dessen Durchsetzung nutzbar zu machen. Im Folgenden werden daher lediglich einige Anmerkungen aus der Sicht eines Richters angedeutet.

Nach geltendem Recht diszipliniert bereits die Möglichkeit eines Anfechtungsstreits das behördliche Vorgehen, weil in der Spruchpraxis häufig Verfahrensfehler untersucht und erst danach ihre Heilung oder Unbeachtlichkeit dargelegt werden. Die Behörde muss also mit einer öffentlichen Erörterung rechnen. Wir haben es mit dem in der Rechtsordnung und auch im Umgang mit den Gerichten wohl nicht seltenen Phänomen zu tun, dass ein Akteur sich zu einem bestimmten Verhalten veranlasst sieht, weil das Verhalten eines anderen Akteurs ungewiss ist. Dabei kann es bewenden.

Das Verwaltungsverfahrenrecht ist aber auch in nicht zu unterschätzendem Umfang zum selbständigen Gegenstand gerichtlicher Überprüfung gemacht, und zwar bezeichnenderweise außerhalb des Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG. Zu erwähnen sind etwa kommunale und universitätsinterne Organstreitverfahren, das für die Aufgabe der Verwaltungsreform bedeutsame Personalvertretungsrecht sowie gesetzliche Verbandsbeteiligungen, die absolute Verfahrensrechte vermitteln. Wesentlich verfahrensrechtlich geprägte Materien wie das (nichtstaatliche) Wahl- oder das Parteienfinanzierungsrecht weisen bereits größere Nähe zum herkömmlichen Rechtsschutz auf. Klarstellungen in der Art des § 97 Abs. 7 GWB (»Die Unternehmen haben Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren

einhält«) finden sich meines Wissens in den den Verwaltungsgerichten anvertrauten Materien nicht. Vor diesem Hintergrund dürften rechtspolitische Ansätze im Sinne verschärfter Verfahrensfehlerfolgen allenfalls materienbezogen in Betracht kommen.

Als Hindernis für eine wirksame – im Sinne einer umfassenden – Verfahrensrechtskontrolle werden nicht selten die Subjektivierung des Rechtsschutzes und die damit verbundene Einengung des gerichtlichen Blickwinkels genannt. Ob diesem Gesichtspunkt neben den zuvor erörterten wirklich erhebliches Gewicht zukommt, ist zu bezweifeln. Davon abgesehen, ist bereits der Ausgangspunkt zu relativieren. Die Bestimmung der Klagebefugnis nach der Möglichkeitstheorie erlaubt die Untersuchung von Verfahrensrecht auch ohne Bezug zum subjektiven Recht, wenn auch nicht die Feststellung eines Verstoßes. So ist z.B. das Bundesverwaltungsgericht bei der Klärung der Antragsabhängigkeit von Leistungen zur Parteienfinanzierung vorgegangen²¹. Ferner ist auf die Antragsbefugnis nach § 47 VwGO hinzuweisen, die jedenfalls im Bauplanungsrecht entgegen der Intention des Gesetzgebers nach wie vor im Sinne einer Interessentenklage gehandhabt wird und zu einer objektiven Verfahrenskontrolle führt²². Auch bietet die Bestimmung wehrfähiger subjektiver Rechte, namentlich von Ansprüchen auf Einbeziehung schutzwürdiger Interessen in die behördliche Abwägung manchen Spielraum²³.

Dies führt zur Erwägung, Verbandsklagemöglichkeiten zu erweitern. Voraussetzung ist, dass dies nur punktuell erfolgt. Ferner muss der Gesetzgeber das gerichtliche Prüfprogramm klar festlegen und so das gerichtlicher Kontrolle immanente Gebot strikter Selektivität sichern. Nur unter diesen Voraussetzungen kann das mit Verbandsklagen verbundene Legitimationsproblem einigermaßen bewältigt werden. Die Diskussion beispielsweise der Klagebefugnis der Nutzer von Telekommunikationsdienstleistungen gegen die nachträgliche Regulierung von Entgelten gemäß § 30 TKG weist auch insoweit auf die Besonderheiten der Materie und also in das Fachrecht²⁴.

Im Zusammenhang mit der Bewältigung von Mängeln des Verwaltungsvorgangs wird immer wieder vorgetragen, die Gerichte müssten dafür sorgen, dass eine der ursprünglich ergebnisoffenen Ausgangslage möglichst nahe kommende Situation hergestellt wird, und dies erfordere grundsätzlich die »Zurückverweisung« an die Behörde; insbesondere, wird argumentiert, dürfe der Zeitablauf der Behörde nicht zugute kommen. Abgesehen davon, daß, wie erwähnt, die Prämisse meist nicht zutrifft, fragt sich jedoch, ob die Rechtsordnung nicht eher an den tatsächlichen Gegebenheiten orientiert sein sollte, auch

21 BVerwGE 111, 175.

22 Vgl. BVerwGE 107, 215.

23 Vgl. BVerwGE 95, 25; 102, 12; 112, 51; gegenläufig allerdings BVerwG NVwZ 2001, 427 – Sperrgrundstück.

24 Vgl. VG Köln vom 26. Oktober 2000 – 1 K 3378/99.

wenn dabei gewisse Einbußen an Normerfüllung in Kauf zu nehmen sind. Niemand steigt zweimal in denselben Fluss, und bereits der Umstand, dass die Behörde eine bestimmte Entscheidung getroffen hat, hat die Gesamtlage verändert. Ist danach – von extremen Fällen wie nichtigen Verwaltungsakten abgesehen – nicht eine diskursive Erörterung vor Gericht in der geschilderten Art mit der forensischen Möglichkeit flexibler Korrekturen (Kompensationen, Ergänzungen, vergleichswisen Leistungen usw.) einer rigiden Verfahrenskontrolle vorzuziehen, deren Erfolglosigkeit in der Sache auf der Hand liegt?

Der Umstand, dass die Abwägungskontrolle nach deutschem Recht die Kontrolle des Abwägungsvorgangs umfasst, führt, wie schon angedeutet, zu einer Überlagerung materieller und formeller Prüfungsmaßstäbe. Das Gebot etwa, dass das behördliche Abwägungsmaterial für eine sachgerechte Problembeurteilung hinreichend konkret sein muss, enthält implizit Verfahrensanweisungen, die aber im Rahmen gerichtlicher Kontrolle materiellrechtlich abgearbeitet werden. Entsprechendes gilt für die das materielle Recht in das Verfahrensrecht umsetzenden Gebote etwa der Betroffenenermittlung und -beteiligung. Die zunächst für Planabwägungen entwickelte prozesshafte Beurteilung des Streitstoffs vor Gericht bildet ein Grundmuster für die gerichtliche Überprüfung jeder Art final gesteuerten Verwaltungshandelns. Die Weiterentwicklung und praktische Entfaltung dieses Ansatzes dürfte der Sache und allen Beteiligten mehr dienen als rechtspolitische Maßnahmen zugunsten einer reinen Verfahrensüberprüfung.

Zu unterstreichen ist allerdings, dass im Verfahrensrecht angelegte Differenzierungen nicht im Einheitstopf der Abwägungskontrolle untergehen dürfen. So bestehen nach wie vor Zweifel, ob es der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) gerecht wird, sie als Verfahrensinstrument ohne eigenständige Bedeutung zu verstehen mit der Konsequenz, dass sich die gerichtliche Überprüfung nicht von der allgemeinen Abwägungskontrolle unterscheidet. Wenn das Recht der UVP hingegen auch auf das materielle Recht Einfluss nimmt, indem es etwa die Entwicklung bestimmter Standards verlangt und insoweit der Behörde besondere Beurteilungsermächtigungen einräumt, die diese wahrnehmen muss, sind der gerichtlichen Nachbearbeitung andere und engere Grenzen als bei der allgemeinen Abwägungskontrolle gesetzt²⁵. Es handelt sich jedoch zuzugebendermaßen nur um einen graduellen Unterschied, der die Eignung der Abwägungskontrolle nicht in Frage stellt, gerade den Überschneidungsbereich zwischen Verfahrens- und materiellem Recht handhabbar zu machen.

25 So BayVGH DVBl 1994, 1198 ff.; für die Gegenposition *E. Hien*, Die Umweltverträglichkeitsprüfung in der gerichtlichen Praxis, in: Gesellschaft für Umweltrecht, Dokumentation zur 20. Umweltrechtlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V., 1997, S. 141 ff.; s. auch *C. Ladenburger* (Fn. 7), S. 275 f., 311 ff.

Die bisherigen Ausführungen legen nahe, dass ich die Ansicht für verfehlt halte, die Fortsetzungsfeststellungsklage sei gegeben, wenn der Aufhebungsanspruch etwa an § 46 VwVfG scheitert²⁶. Ihr ist entgegen zu halten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in den diskutierten Fällen der Verfahrensfehler nicht streitentscheidend sein soll. Dies steht auch einem gerichtlichen Feststellungstenor entgegen. Auf die verschiedenen Konstruktionen der »Heilungsvorschriften« kommt es nicht an. In dem Vorschlag wird – und deshalb wird er hier erwähnt – eine – es sei der Ausdruck erlaubt – gewissermaßen archaische Sehnsucht nach plakativer Sanktionierung behördlicher Verfahrensfehler sichtbar. Sicherlich stellen Verstöße gegen das Verwaltungsverfahrenrecht aus rechtsstaatlicher Sicht ernst zu nehmende Regelverletzungen dar. Dies besagt aber nichts über die angemessene Sanktionierung. Aus der Bezeichnung des Verwaltungshandelns als rechtswidrig lassen sich schwerlich Folgerungen ziehen²⁷.

Vorgaben der EG dürften, wie am Beispiel des Vergaberechts²⁸ zu sehen, die Richtigkeitsgewähr durch Verfahren in den Bereich des subjektiven Rechtsschutzes hinein erweitern. Die Umweltrechtler dürften e.g. darin übereinstimmen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften auf entsprechende Anfrage hin ein weites subjektives Recht auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung für gegeben erachten würde²⁹. Ebenso besteht aber auch wohl Einigkeit, dass sich der EuGH einer Prüfung, ob ein etwaiger Fehler überhaupt erheblich geworden ist, nicht verschließen würde; anders dürfte die Entscheidung Großkrotzenburg kaum zu lesen sein³⁰. Die Rechtsentwicklung im EG-Recht führt allerdings, soweit dies heute abschätzbar ist, nur zu einer punktuellen Korrektur, zwingt aber nicht zu einem Paradigmenwechsel in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung.

Damit ist noch nicht gesagt, ob sich die Verwaltungsrechtsprechung nicht im Sinne einer Konvergenz der europäischen Kontrollsysteme mehr auf eine Verfahrenskontrolle besinnen und vorhandene Spielräume nach französischem Vorbild nutzen sollte. C. Ladenburger hat in seiner Arbeit über die Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht³¹ indes ein äußerst differenziertes Bild gezeichnet, wie in beiden Rechtsordnungen die bei der Bewältigung von Verfahrensfehlern auftretenden Zielkonflikte bewältigt werden, ohne zu signifikant divergierenden Ergebnissen zu kommen. An dieser Stelle ist vornehmlich nochmals an die Entwicklung

26 F. O. Kopp/W.-R. Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 113 Rn. 107 f. m.w.N.

27 Zum Ganzen E. Schmidt-Aßmann (Fn. 2), Rn. 32 ff.

28 Richtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989, geändert durch Richtlinie 92/50/EWG vom 18. Juni 1992, sowie Richtlinie 92/13/EWG vom 25. Februar 1992.

29 Vgl. Schoch NVwZ 1999, 457, 462 f., 466 m.w.N.; zur früheren (?) Sicht BVerwGE 100, 238, 251 ff.

30 Entscheidung vom 11. August 1995 – Rs. C 431/92 – Slg 1995, I 2189 = NVwZ 1996, 369.

31 S. Fn. 7.

der Abwägungskontrolle und ihr Potenzial zu erinnern. Inwieweit eine reine Verfahrenskontrolle der Abwägungskontrolle überlegen wäre, ist auch im Rechtsvergleich nicht zu erkennen.

Ein letzter Gesichtspunkt: Das Verwaltungshandeln unterliegt vielfältiger Steuerung. Es besteht ein differenziertes Kontrollsystem mit verschiedenen selbstständigen Kontrollinstanzen. Diese erbringen jeweils spezifische Leistungen³². Übersanktionierungen (»Kontrolle der Kontrolle der Selbstkontrolle«) können nicht erwünscht sein. Von diesem Ansatz her erscheint es folgerichtiger, die Aufgabe der Verwaltungsgerichte auf ihre Kernaufgabe des Individualrechtsschutzes zurückzuführen – dies ist wohl auch die tatsächliche Tendenz der Gegenwart und im Hinblick auf eine hysterisierbare Öffentlichkeit vielleicht sogar anzustreben- als ihnen weitere zu geben. So dürfte es dem kooperativen Anliegen des Neuen Steuerungsmodells wohl kaum entsprechen, Zielvereinbarungen justiziabel zu machen³³.

D. *Fazit*

Trennungsprinzip oder funktionaler Zusammenhang – das war sinngemäß die Ausgangsfrage. Nimmt man den Verfahrensgedanken im Verwaltungsrecht ernst, kann er sich nicht auf das Verwaltungsverfahren beschränken, sondern ist auch bei der Handhabung und Würdigung des gerichtlichen Verfahrens zu entfalten. Bei dieser Sichtweise ergänzen sich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren – sie sind »integrativ« zu erfassen³⁴. Das gerichtliche Verfahren kann Mängel des behördlichen Verfahrens in weitem Umfang kompensieren. Dieser funktionale Zusammenhang findet sich im Verfahrensfehlerrecht wieder. Die viel gescholtene Beschleunigungsgesetzgebung hat das dargestellte, im deutschen Rechtsschutzsystem angelegte Zusammenspiel lediglich entfaltet und bestätigt.

32 Vgl. H. Schulze-Fielitz, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 291 ff.

33 J. Ziekow, Modernisierung des Verfahrensrechts, in: K. König/D. Merten, Verfahrensrecht in Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2000, S. 69, 77.

34 J. Ziekow (Fn. 33), S. 69, 83 f.

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung

Eberhard Schmidt-Aßmann

Inhaltsübersicht

A. Verwaltungsrechtsreform im Spiegel des Verwaltungsverfahrensgesetzes	429
B. Entwicklungsnotwendigkeiten und neuere Entwicklungsanstöße	432
I. Verwaltungsverfahrensrecht der Informationsgesellschaft	433
II. Das Verfahrensrecht öffentlich-privater Verwaltungskooperation	435
1. Aufwertung der Vergabeverfahren	435
2. »Verwaltungskooperationsrecht«	435
III. Europäisierung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsbeziehungen	439
1. Instrumentalisierung des nationalen Rechts	439
2. Umorientierungen des deutschen verfahrensrechtlichen Denkens	442
3. Ausbildung von Verwaltungsnetzwerken	445
C. Die Weite des Verfahrensbegriffs und die Vielfalt der Verfahrensfunktionen	446
I. Erweiterungen des Verfahrensbegriffs	446
II. Die Funktionen von Verwaltungsverfahren	448
1. Die Breite des Funktionsspektrums	448
2. Spezielle Funktionszuschreibungen	450
D. Integrierte normative Determinanten des Verwaltungsverfahrensrechts	453
I. Verwaltungsverfahren und deutsches Verfassungsrecht	453
II. Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft	455
III. Weitere normative Orientierungen	456
E. Gliederungsskizze einer systematischen Darstellung des Verwaltungsverfahrensrechts	457

A. Verwaltungsrechtsreform im Spiegel des Verwaltungsverfahrensgesetzes

Wie kaum ein anderer Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts erscheint das Verwaltungsverfahrensrecht geeignet, Fragestellungen und Erkenntnisse, die die jüngere Reformdiskussion bestimmen, in die praktizierte Dogmatik einzubringen: In seiner kodifikatorischen Fassung, in den *Verwaltungsverfah-*

rensgesetzen des Bundes und der Länder, ist das Verfahrensrecht Bezugspunkt der gerichtlichen Entscheidungspraxis; in seinen darüber hinausreichenden *Rechtsinstituten* bietet es Ansätze, Rechtssicherheit mit behutsamen institutsinternen Veränderungen zu verbinden; als *Ordnungsidee* schließlich ist es der Reflektionsrahmen für längerfristige Entwicklungslinien und größere Veränderungen. Diese drei Bezüge müssen sorgsam auseinandergehalten werden. Einheitlich aber ist die Aufgabe, das überkommene Verständnis des Verwaltungsverfahrensrechts zu überdenken und gegebenenfalls zu verändern. Wie sollte eine kompakte Lehrdarstellung dieses Rechts aussehen, die die Bedeutung des Verfahrens in neuen Referenzgebieten, die Veränderung der administrativen Kommunikations- und Handlungsformen und die sich abzeichnenden Verflechtungen Europäischer Verwaltung systematisch verarbeitet? Mit der Einbeziehung neuer Aufmerksamkeitsfelder treten nicht nur neue Arten von Verwaltungungsverfahren stärker in das Blickfeld, sondern es ändert sich auch die Perspektive auf vertraute Dogmenbestände.

Das verfahrensrechtliche Denken des deutschen Verwaltungsrechts ist heute auf das *Bundesverwaltungsverfahrensgesetz* (einschließlich der entsprechenden Landesgesetze) konzentriert. Mit beachtlicher Kraft hat dieses Gesetzgebungswerk in den 25 Jahren seines Bestehens die praktischen und die wissenschaftlichen Interessen auf sich gezogen. Die gesetzgeberischen Ziele, der Verwaltungspraxis mehr Übersichtlichkeit, Einheitlichkeit und Verständlichkeit zu bieten, sind insgesamt erreicht worden. Das ist in einer Zeit, deren »Beruf zur Gesetzgebung« oft bezweifelt wird, ein Erfolg, der auch im Ausland Beachtung gefunden hat. Mag der umfassende kodifikatorische Anspruch des Gesetzes durch Sonderwünsche einzelner Fachgebiete immer wieder gefährdet sein und im Gesetzgebungsalltag eingeschränkt werden, so wird doch das, was als allgemeines Verfahrensrecht zu gelten hat, zunächst einmal durch dieses Gesetz und durch seine aus gleichem Geist geschaffenen Parallelregelungen, die Abgabenordnung und das Sozialgesetzbuch X, die »drei Säulen« des Verwaltungsverfahrensrechts, repräsentiert. Abweichende Fachregelungen werden in seinem Rahmen als besondere wahrgenommen und einer Rechtfertigungslast unterworfen.

Welchem *Verfahrenskonzept* folgt das Gesetzgebungswerk? Diese Frage lässt sich mit einem Verweis auf die Anwendungsregeln der §§ 1 und 9 VwVfG allein nicht beantworten. Manches erschließt sich erst aus der Analyse von Einzelregelungen. Danach ergeben sich neun das Gesetzeskonzept bestimmende Charakteristika:

- (1) Der zugrundegelegte Regeltypus des Verwaltens ist die *Hoheitsverwaltung*. Allein das für dieses typische öffentlich-rechtliche Handeln ist Gegenstand des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1 Abs. 1).
- (2) Das Gesetz ist *entscheidungsorientiert*. Die Verwaltung wird als Organisation zur Herstellung verbindlicher Entscheidungen gesehen. Realleistung

gen, schlichtes Verwaltungshandeln oder administrative Dienste interessieren das Gesetz nur so weit, als es um die diesen Vorgängen zugrundeliegenden Entscheidungen geht.

(3) Unter den Entscheidungen sind es wiederum die *Einzelentscheidungen*, die das Gesetz in den Mittelpunkt rückt (§ 9). Das erfaßte Verwaltungshandeln ist Vollzugshandeln. Die administrative Normsetzung als Form einer zwischen das parlamentarische Gesetz und den Einzelvollzug tretenden Konkretisierung und Selbstprogrammierung hat in der Systematik des Gesetzes keinen Platz.

(4) Unter den Vollzugsentscheidungen dominieren die *einseitigen Regelungen*. Das Zentralinstitut ist der Verwaltungsakt. Öffentlich-rechtliche Verträge der Verwaltung finden zwar ebenfalls Anerkennung. Das Gesetz interessiert sich allerdings vor allem für (subordinationsrechtliche) Verträge in Situationen, in denen der Vertrag den Verwaltungsakt ersetzt (§ 54 S. 2). Der koordinationsrechtliche Vertrag und mit ihm Situationen, in denen Verwaltung und Vertragspartner auf dem Boden der Gleichordnung gemeinsam an der Gemeinwohlkonkretisierung beteiligt sind, bleiben eher blaß. Die Schutzbedürfnisse kooperativer Verwaltung sind allenfalls in Ansätzen erfaßt.

(5) Das Gesetz geht von einer *dienenden Funktion* der verfahrensrechtlichen Regelungen gegenüber dem materiellen Recht aus (§ 46). Dahinter steht ein spezifisches Richtigkeitsverständnis von Entscheidungen, das stärker kontroll- als handlungsorientiert ist und der gerichtlichen Kontrolle die zentrale Position zuweist.

(6) Die *kommunikativen Beziehungen* zwischen Bürger und Verwaltung werden als Rechtsverhältnis mit festen Rollen definiert. Der Bürger verfolgt seine individuellen Rechte; die Verwaltung ist zwar rechtsgebunden, aber für die Definition des Gemeinwohls letztlich allein verantwortlich. Besonders deutlich zeigt sich das bei den Ausprägungen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24). Etwas überspitzt läßt sich insofern von einem »paternalistischen Akzent« des Verfahrenskonzepts sprechen.

(7) Die dominierenden Interessen des Bürgers sind nach den Vorstellungen des Gesetzes auf den *Bestandserhalt* einmal erlangter Vergünstigungen gerichtet. Rechtssicherheit, Bestandskraft und Vertrauensschutz spielen eine zentrale Rolle (§§ 43, 48, 59). Der Vertrauensschutz war ein Schlüsselthema bei der Ausarbeitung des Gesetzes. Die Vertrauensbasis ist von der Vorstellung bestimmt, die Verwaltung trage für die Rechtmäßigkeit ihrer Akte grundsätzlich die alleinige Verantwortung.

(8) Die handelnde Verwaltung ist als in sich *geschlossene Einheit* vorgestellt. Es herrscht das Prinzip der Aktegeheimhaltung, das nur durch das Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten relativiert wird (§ 29). Die inneradministrativen Datenflüsse sind nicht als eigenständiges Rechtsproblem erfaßt.

(9) Das Gesetz ist *binnenzentriert*. Vorgänge des internationalen Verwaltungsverkehrs sind, wie die Amtshilferegelungen der §§ 4 – 8 dokumentieren, nicht sein Interesse.

Insgesamt ist das zugrundegelegte Verfahrenskonzept des Verwaltungsverfahrensgesetzes das der klassischen gesetzessvollziehenden Verwaltung¹.

B. *Entwicklungsnotwendigkeiten und neuere Entwicklungsanstöße*

Das so umrissene Verfahrenskonzept besitzt auch heute seine unbestreitbare Bedeutung. Täglich wird eine Vielzahl von Verwaltungsentscheidungen des Bau- und Gewerberechts, des Subventions-, des Abgaben- und des Sozialrechts nach diesem Modell getroffen und findet in den Verfahrensregeln des »3-Säulen-Werks« ihre prozedurale Absicherung. Ergänzend kann für einige andere Entscheidungstypen auf eigene ausgefeilte Verfahrensvorschriften verwiesen werden, so z.B. für das Planungswesen auf das Baugesetzbuch, für das Vergabewesen auf das Wettbewerbsrecht und für die allgemeinen Fragen des Datenzugangs und der Datengeheimhaltung auf die Datenschutzgesetze, das Umweltinformationsgesetz und die jüngst ergangenen Informationszugangsgesetze der Länder. An verfahrensrechtlichen Regelungen, mit denen auf neue Entwicklungen und Anforderungen reagiert worden ist, besteht durchaus kein Mangel.

Doch darum geht es uns bei unseren Überlegungen zu den Perspektiven verwaltungsrechtlicher Systembildung nicht. Im Zentrum dieser Überlegungen steht vielmehr die Frage, inwieweit neue Herausforderungen nicht auch zu immanenten Änderungen des geschilderten Verfahrenskonzepts geführt haben oder führen müssen. Nicht die Addition von Verfahrensregelungen, sondern die Integration neuer Verfahrensaspekte ist das Thema. Dabei mag sich das, was wir als Integration bezeichnen, innerhalb oder außerhalb der bestehenden Kodifikationen vollziehen – entscheidend ist, daß es nach einem systematisch entwickelten, zeitgerechten Verfahrensverständnis erfolgt. Andernfalls besteht die Gefahr, daß die Rechtsentwicklungen in den einschlägigen Gesetzen nebeneinander herlaufen. Begriff und Idee »des« Verwaltungsverfahrensrechts werden von uns daher als Klammer genutzt, um einen einheitlichen Reflexionsrahmen zu schaffen. In diesem Rahmen wird zu fragen sein, ob die Verfahrensziele hinreichend differenziert erfaßt, die kommunika-

1 Zu den *modellhaften* Grundannahmen, der Trias von Einheits-, Formalitäts- und Vollzugsdoktrin, vgl. meine Überlegungen in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2, 1999, 177 f.

tiven Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürgern zutreffend beschrieben und die typisch prozeduralen Rechtsinstitute funktionsgerecht zugeschnitten sind, um die Rationalisierungsaufgaben, die dem Verwaltungsverfahrenrecht zufallen, für die Vielfalt der Regelungssituationen, denen die Verwaltung heute begegnet, verlässlich zu erschließen.

Um der Beantwortung dieser Zentralfrage näher zu kommen, sollen zunächst drei in der Reformdiskussion bisher schon wiederholt behandelte Problemfelder gesichtet und auf ihre verfahrensrechtlichen Konsequenzen hin bedacht werden². Es sind dieses die »Rolle von Information und Kommunikation« für das Verwaltungsrecht (I)³, die »staatlich-gesellschaftliche Kooperation bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben« (II)⁴ und die »Europäisierung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsbeziehungen« (III)⁵.

1. *Verwaltungsverfahrenrecht der Informationsgesellschaft*

Hierzu sind zwei Entwicklungsrichtungen zu bedenken: Zum einen wandelt sich das überkommene Verfahrensrecht unter dem Einfluß neuer JuK-Techniken; zum andern verlangen diese Techniken aber auch ihrerseits neue verfahrensrechtliche Arrangements, um rechtsstaatlich handhabbar zu bleiben. Insgesamt bildet das diese Entwicklungen zusammenführende Informationsverwaltungsrecht die Basis jeder verwaltungsrechtlichen Systematik⁶.

In mancher Hinsicht tragen die anstehenden Veränderungen eher einen äußerlich-förmlichen Charakter. Das betrifft etwa die Anerkennung der elektronischen Form zum Informationsaustausch innerhalb von Verwaltungsverfahren und beim Erlaß verbindlicher Verwaltungsentscheidungen. Das 3. Änderungsgesetz zum Verwaltungsverfahrensgesetz wird hier das nachvollziehen, was für das Privatrecht und das Prozeßrecht bereits festgelegt worden ist: vor allem Aussagen über die Zulässigkeit der elektronischen Kommunikation und die Bedingungen, unter denen sie dem Schriftformerfordernis gleichwertig ist. Dazu sind eigene Verfahren, Zertifizierungs- und Akkreditierungsverfahren, erforderlich, um die notwendige Vertrauensinfrastruktur zu schaffen. Nur ein kleiner Teil dieser Verfahrensregeln betrifft nach dem neuen Signaturgesetz von 2001 allerdings Verwaltungsverfahren; im übrigen geht es um die

2 Dazu auch *Vofßkuhle* in diesem Bande, 277 ff.

3 Dazu *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000.

4 Vgl. dazu *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996; *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999.

5 Dazu *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

6 Vgl. *Pitschas*, DV 2000, 111 (114 f.).

Nutzung von Privatverfahrensrecht zur Sicherstellung der Integrität, der Authentizität und der Vertraulichkeit des elektronischen Verkehrs.

Davon unabhängig verändern die neuen Techniken die Arbeitsabläufe in der Verwaltung. Sie ermöglichen eine sehr viel genauere Programmierung nach exakt festgelegten Kriterien, als das bei traditioneller Fallerfaßung möglich war. Die alte Vorstellung maschinenmäßig gewährleisteter Gleichheit scheint so ihrer Verwirklichung nahe⁷. Auf der anderen Seite können festgelegte Programme eine Starre aufweisen und zum Ausschluß von Kriterien führen, der zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit geht. Auf jeden Fall muß sich das rechtliche Interesse stärker als bisher auch auf die Programmierungsebene richten⁸. Die entsprechenden Programme lassen sich als Verwaltungsvorschriften verstehen; ihre schwere Durchschaubarkeit, der mit Publikationspflichten allein nicht begegnet werden kann, schafft neue Abhängigkeiten. Ein wesentliches verfahrensrechtliches Institut dürften künftig Dokumentationspflichten sein. Auf der anderen Seite wird manches leichter rekonstruierbar und kontrollierbar.

Zu bedenken ist schließlich eine Veränderung der Staat-Bürger-Kommunikation, die als solche unabhängig von neuen technischen Möglichkeiten interpretiert werden kann, durch letztere aber nachhaltig gefördert und verstärkt wird. Bezog sich das ältere Verfahrensverständnis auf eher punktuelle Kontakte innerhalb eines festen Rahmens, so ist die neue Situation durch eine »Verdichtung der Kommunikationsbeziehungen in und um das Verwaltungsverfahren« gekennzeichnet⁹. Der Ausbau der Vorfeldkommunikation, bevor überhaupt ein Verfahren eröffnet wird, ist ein Beispiel für diese Entwicklungen. Damit aber löst sich der Anknüpfungspunkt für rechtliche Regelungen von einem nach § 9 VwVfG definierten konkreten Verfahrensbild. Das Informationsverwaltungsrecht ist kein verfahrensakzessorisches Recht mehr, sondern allgegenwärtiges Recht. Nicht zufällig sind die Themen des Datenschutzes und des Datenzugangs nicht in das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen worden. Wenn man das Verwaltungsverfahrensgesetz nach wie vor als zentralen Ausdruck der zeitgenössischen Verwaltungskultur ansehen möchte, ist die an dieser Stelle sichtbare Desintegration zu bedauern¹⁰. Bei dem überkommenen engen Verfahrensverständnis des Gesetzes scheint die Entwicklung dagegen nahezu zwangsläufig. Jedenfalls muß sich die verfahrensrechtliche Verfahrenslehre darauf einstellen, daß künftig neben den konkreten Verfahren mit einem festen personellen, thematischen und zeitlichen

7 Zu älteren »Maschinenvorstellungen« vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 36 ff.

8 Dazu die Ausführungen von *Britz* in diesem Bande, 213 (243 ff.).

9 So *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsrecht der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 349 (365 f.).

10 Dazu *Kahl* in diesem Bande, 63 (77 f.).

Rahmen Verfahrensregelungen Bedeutung erlangen, die das Verhalten der Verwaltung und die Kommunikationsbeziehungen zum Bürger allgemein und ubiquitär erfassen. Das Verfahren wird – worauf *Rainer Pitschas* schon früh aufmerksam gemacht hat – zum Rahmen der allgemeinen Staat-Bürger-Kommunikation¹¹.

II. *Das Verfahrensrecht öffentlich-privater Verwaltungskooperation*

Wenig ausgeprägt war das verfahrensrechtliche Denken bisher dort, wo es um Kooperation zwischen Verwaltung und Privaten geht. Die neuere Rechtsentwicklung nötigt hier zu einem Umdenken:

1. *Aufwertung der Vergabeverfahren*

Im öffentlichen Vergabewesen haben die einschlägigen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft dazu veranlaßt, den an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch den Auftraggeber einzuräumen (§ 97 Abs. 7 GWB). Das Verfahrensrecht ist damit der gerichtlichen Kontrolle zugänglich geworden, die bereits zu einer beachtlichen Intensivierung und Ausdifferenzierung des Verfahrensverständnisses geführt hat. Aus systematischer Sicht kritisch anzumerken bleibt, daß der Vergaberechtsschutz nach herrschender Auffassung nach wie vor privatrechtlich konstruiert und nicht im Verwaltungsrechtsweg, sondern vor den Vergabekammern und Vergabesenaten der Zivilgerichte durchsetzbar ist¹². Es wird daher um so dringlicher, daß sich die verwaltungsrechtliche Verfahrenslehre nicht mehr auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit beschränkt, wie § 1 VwVfG das tut, sondern auch die privatrechtlich verfaßten Verwaltungsverfahren gleichberechtigt einbezieht.

2. *»Verwaltungskooperationsrecht«*

Noch stärker treten neue verfahrensrechtliche Anforderungen dort hervor, wo es um Veränderungen der Aufgabenbereiche zwischen Staat und Privatwirtschaft geht¹³. Funktionelle Privatisierungen, Verwaltungshilfe und Beileihung, regulierte Selbstregulierung und andere Formen staatlich-gesellschaft-

11 *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, bes. 401 ff.; *ders.*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 219 ff.

12 Vgl. *Pietzcker*, *Die Zweiteilung des Vergaberechts*, 2001.

13 *Hoffmann-Riem/Schneider*, *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996; *Trute*, in: *Schuppert*, *Jenseits von Privatisierung* (Fn. 4), 13 ff.; *Vofßkuhle*, dort 47 ff.

licher Kooperation, lassen sich nur unter Einsatz des Rationalisierungspotentials, über das das Verfahrensrecht verfügt, in rechtsstaatlich vertretbarer Weise in Szene setzen¹⁴. Das überkommene öffentlich-rechtliche Vertrags- und Vertragsverfahrensrecht stellt vor allem den Schutz des Vertragspartners vor einer angenommenen Verhandlungsübermacht der Administration heraus. Für die neuen Kooperationsverhältnisse ist diese Perspektive zu eng. Die potentiellen Vertragspartner verhandeln hier nicht in einer Lage der Subordination unter eine administrative Anordnungsmacht. Vielmehr geht es darum, ein vorgegebenes Gemeinwohlziel durch Beiträge *beider* Seiten gemeinsam zu fördern. Damit treten neue Regelungsbedürfnisse in den Vordergrund: die Auswahl kompetenter Vertragspartner, die Sicherung einer langfristigen Kooperation und qualitativ hochwertiger Leistungen, der Schutz derjenigen, die diese Leistungen in Anspruch nehmen wollen und gegebenenfalls auch der Konkurrentenschutz. Das verlangt neue verfahrensrechtliche Arrangements, für die das Verwaltungsverfahrensgesetz keine hinreichenden Vorkehrungen getroffen hat. Natürlich werden die §§ 54 – 62 VwVfG auch künftig eine wichtige Rolle spielen. Doch sie sind vom zugrundeliegenden Regelungsmodell her zu eng, um auch die gesetzeskomplementären Verhandlungsformen zu erfassen. Privatrechtliche Formen und rechtsförmlich nicht verfestigte Arrangements liegen zudem gänzlich außerhalb ihres Anwendungsbereichs. Dabei kann es nicht bleiben, denn auch das privatrechtliche und das nicht rechtsförmliche Handeln der öffentlichen Verwaltung sind wichtige Themen der verwaltungsrechtlichen Systematik und sollten sich daher zu den §§ 54 ff. VwVfG in Beziehung setzen lassen.

In der Literatur ist die Entwicklung eines eigenen »Verwaltungskooperationsrechts« und einer »Verfahrensordnung« für dieses Recht vorgeschlagen worden¹⁵. Konkrete Gesetzgebungsvorschläge, wie ein solches Recht in das Verwaltungsverfahrensgesetz integriert werden könnte, sind in zwei Gutachten unterbreitet, die das Bundesinnenministerium jüngst publiziert hat¹⁶:

Gunnar Folke Schuppert schlägt vor, für ein Verwaltungskooperationsrecht einen eigenen Teil in das Verwaltungsverfahrensgesetz einzufügen und die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag daneben in der bisherigen Fassung nahezu unverändert zu lassen¹⁷. Eine Einleitungsbestimmung zu

14 Dazu *Burgi* in diesem Bande, 155 ff.

15 Vgl. *Schuppert*, in: Gusy (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, 1998, 72 (109 ff.); *Bauer*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, (Fn. 4), 251, 257 ff.; *Hill*, 25 Thesen zu einer Verfahrensordnung für öffentlich-private Kooperation (Verwaltungskooperationsrecht), in: *Verwaltung und Management*, 2001, 10 f.

16 Zu diesem Projekt *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238 (1240 f.); *ders.* in diesem Bande, 135 (140 f.).

17 *Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts: Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001, bes. 126 ff.

dem neuen Teil soll die Zulässigkeit der Kooperation mit Privaten bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben und die Befugnis der Verwaltung, Kooperationsverträge abzuschließen, klarstellen. In eigenen Vorschriften werden dann Kriterien für die Auswahl des Kooperationspartners, die Sicherung des administrativen Einflusses auf die Aufgabenerfüllung, die Qualitätssicherung bei Leistungsverträgen und eine spezielle Nichtigkeitsregelung für Kooperationsverträge vorgeschlagen. Soweit der Vertragspartner Dritten gegenüber Leistungen erbringen soll, sollen Mindestinhalte für die Leistungs-, die Entgelt- und die Qualitätsvereinbarungen gesetzlich vorgeschrieben werden. Eine spezielle Nichtigkeitsvorschrift für Kooperationsverträge sanktioniert Verstöße gegen die gesetzlich festgelegten Mindestanforderungen der Einfluß- oder Qualitätssicherung mit der Nichtigkeitsfolge, versucht aber im übrigen, auf Änderungen der vertraglich zugrunde gelegten Verhältnisse durch Anpassung bzw. Kündigung flexibel zu reagieren. Für Vertragsstreitigkeiten ist die Einrichtung von Schiedsstellen vorgesehen, gegen deren Entscheidungen der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sein sollte. Systematisch greift das Verwaltungskooperationsrecht über den bisherigen Anwendungsbereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 1) insofern hinaus, als es nach den Vorstellungen *Schupperts* für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Kooperationsverhältnisse gelten soll.

Nach *Jan Ziekow*¹⁸ soll der bisherige Teil IV des VwVfG als »Zusammenwirken bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben« bezeichnet und in drei Abschnitte aufgeteilt werden, die durch eine Einleitungsbestimmung verklammert sind. Diese Bestimmung soll der Behörde ein allgemeines Mandat geben, mit Privaten und anderen Behörden »zusammenzuwirken«. Drei Arten dieses Zusammenwirkens werden sodann herausgearbeitet und speziellen Regeln unterstellt.

– Abschnitt 1 betrifft die Zusammenarbeit mit Privaten *außerhalb* von Verfahren im Sinne des § 9 VwVfG. Sie kann im Abschluß rechtlich nicht verbindlicher Vereinbarungen oder in sonstiger Weise vorgenommen werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Für diesen Bereich des (konsensual) informalen Verwaltungshandelns werden der Behörde nur »Empfehlungen« gegeben mit dem Ziel, ihr eine möglichst frühzeitige und gründliche Erfassung der das Zusammenbeitsfeld prägenden Interessen unter Einschluß von Drittinteressen nahezubringen. Eine weitere Formalisierung des Informalen ist bewußt vermieden.

– In Abschnitt 2 wird für den *öffentlich-rechtlichen Vertrag* ein gegenüber der bisherigen Rechtslage wesentlich verändertes Rechtsregime vorgeschla-

18 *Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001, 198 ff.

gen. Unter Verzicht auf den subordinationsrechtlichen Vertrag als eigenständiges Institut sind Regelungen vorgesehen, die grundsätzlich für alle öffentlich-rechtlichen Verträge gelten sollen. Aufgegeben ist das bisherige strikte Schriftformerfordernis (§ 57). Die in ihren Tatbestandsvoraussetzungen unklare Regelung über die Zustimmung Dritter zu Verträgen soll dadurch ersetzt werden, daß Dritte am Vertragsschlußverfahren beteiligt werden und ein fristgebundenes Widerspruchsrecht erhalten, wenn sie der Auffassung sind, daß der Vertrag ihre Rechte verletzt (§ 58). Für Austauschverträge ist der Behörde die Pflicht auferlegt, alle Vertragspartner auf die mit dem Vertrag verbundenen Vor- und Nachteile und die Maßstäbe für die Beurteilung der Angemessenheit ihrer Leistungen hinzuweisen (§ 56). Die Nichtigkeitsregelung des bisherigen § 59 wird auf diese Widerspruchs- und Hinweispflichten abgestimmt und in ihren strengen Folgen eingeschränkt. Statt dessen sind die Regeln über die Anpassung und Kündigung von Verträgen ausgebaut (§ 60). Zur Sicherung der Vertragserfüllung stehen detaillierte Vorschriften über Sicherheitsleistungen, Strafversprechen und die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung zur Verfügung (§ 61).

– Abschnitt 3 führt einen *Verwaltungskooperationsvertrag* ein, der dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören kann und unterschiedliche Formen der Verantwortungsteilung zwischen Privaten und Verwaltung erfassen soll. Für ihn werden eine Reihe gesetzlicher Mindestinhalts- und Berücksichtigungsklauseln zwingend. Soweit Kooperationsverträge öffentlich-rechtliche Verträge sind, müssen sie außerdem den Vorschriften des Abschnitts 2 entsprechen; für ihre privatrechtliche Ausgestaltungsvariante ist Weiteres nicht festgeschrieben.

Ähnlich hat *Hermann Hill* eine »Verfahrensordnung für öffentlich-private Kooperationen« vorgeschlagen¹⁹. Er will an bestehende Verfahrensregelungen, z.B. das Interessenbekundungsverfahren nach § 7 BHO, anknüpfen und nutzt den Verfahrensgedanken im übrigen, um das Feld der Zusammenarbeit durch Pflichten zur Offenlegung und zur Dokumentation zu strukturieren. Verträglichkeitsprüfungen und Folgenabschätzungen sollen die Auswirkungen der projektierten Zusammenarbeit vorab beurteilbar machen. Den Vertragsschluß und die spätere Entwicklung eines Dauerrechtsverhältnisses stellt *Hill* sich als gestuftes Verfahren vor, für das Kontroll- und Berichtspflichten wichtige Gestaltungselemente sind. Insgesamt zeigt der Beitrag *Hills*, wie wichtig und unverzichtbar eine prozedurale Erfassung staatlich-gesellschaftlicher Kooperationsvorgänge ist; deutlich wird in seinen Ausführungen allerdings auch, wie weit das überkommene, auf das Verwaltungsverfahrensgesetz

19 *Hill*, 25 Thesen (Fn. 15).

bezogene verwaltungsrechtliche Denken dazu über seine bisherigen Systemgrenzen hinausgreifen muß.

III. *Europäisierung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsbeziehungen*

Zu den Fragen der Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts hat *Dieter H. Scheuing* 1994 in seinen Überlegungen »Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht« eine seither viel genutzte systematische Orientierung gegeben²⁰: Unterschieden werden die Vorgänge der Instrumentalisierung (1) und der Umorientierung des nationalen Rechts (2); beide sind Erscheinungsformen der Rechtsharmonisierung. Daneben wird heute allerdings eine dritte Entwicklungsrichtung deutlich, eine zunehmende Ausbildung von Verwaltungsnetzwerken, die auf die Schaffung einheitlicher europäischer Verfahrensstandards hinausläuft (3).

1. *Instrumentalisierung des nationalen Rechts*

Unter Instrumentalisierung sind diejenigen Einwirkungen des EG-Rechts zu verstehen, die die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht zu einem wirksamen Instrument des administrativen Gemeinschaftsrechtsvollzuges machen wollen. Nach dem dezentralen Vollzugskonzept, das dem EG-Vertrag zugrundeliegt, fällt es vorrangig den Mitgliedstaaten zu, den Vollzug des Gemeinschaftsrechts mit ihrer Verwaltung und ihrem Recht sicherzustellen²¹. Einer gern genutzten Formel zufolge genießen die Mitgliedstaaten dabei »Autonomie« in verfahrensmäßiger und organisatorischer Hinsicht²². Eingeschränkt werden sie insoweit allerdings durch zwei *Grundsätze*, die der Europäische Gerichtshof in der heute üblichen kanonisierten Fassung folgendermaßen formuliert²³: Die Einzelheiten des Vollzuges zu regeln, ist Aufgabe der Mitgliedstaaten, »sofern diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sind als die entsprechender innerstaatlicher Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz)«.

20 In *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, 289 (298 ff.). Zum folgenden vgl. auch *Schock*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, *Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts* (Fn. 5), 302 ff.; *Kahl*, in diesem Bande 67 (112 ff.); *Voßkuhle* in diesem Bande, 277 (280 ff.).

21 Dazu *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea*, 1998, 307 ff.

22 Vgl. *Rodriguez Iglesias*, *EuGRZ* 1997, 289 ff.

23 *EuGHE* 1999, 579 (611) »Dilexport«.

Die durch diese Grundsätze geprägte Inpflichtnahme des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts läßt sich in ihrer Intensität nicht in jedem Falle sicher vorhersagen. Die Handhabung der zitierten Formel durch den Europäischen Gerichtshof hat bis in die jüngste Zeit geschwankt. In der deutschen Literatur ist dem Gericht gelegentlich vorgeworfen worden, es überziehe die Anforderungen an einen gemeinschaftsweit möglichst einheitlichen Vollzug und gefährde dadurch bewährte Institute des nationalen Verwaltungsrechts²⁴. Im Blick auf eine allgemeine Verwaltungsverfahrenslehre lassen sich die Entwicklungen allerdings unterschiedlich interpretieren.

(a) In der Tat gibt es Fälle, in denen für einen verhältnismäßig geringen Vereinheitlichungsgewinn wichtige und allgemein anerkannte Institute des mitgliedstaatlichen Verfahrensrechts in ihrer Existenz in Zweifel gezogen worden sind. Das gilt etwa für die Behandlung von Klage- und Ausschußfristen. Die Entscheidungen in den Rechtssachen »Emmott«²⁵, »Peterbroek«²⁶ und »Ciola«²⁷ enthalten Formulierungen, die das mitgliedstaatliche Verwaltungsverfahrenrecht erheblich verunsichert haben²⁸. Diese Überzogenheiten dürften durch jüngste Urteile jedoch korrigiert sein²⁹. Gewisse Spannungen bleiben freilich, weil sich der für das EG-Recht typische Gedanke der Vollzugseffektivität (*effet utile*) mit nationalen Vorstellungen reibt, die den Zweck des Verwaltungsverfahrens eher in der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes der Verfahrensbeteiligten sehen.

(b) Umgekehrt können Vorgänge der Instrumentalisierung dazu veranlassen, ein in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen selbst angelegtes Veränderungspotential zu aktivieren. Ein Beispiel dafür sind die Einwirkungen des EG-Rechts auf § 48 VwVfG und das in dieser Vorschrift angelegte stark individualzentrierte Vertrauensschutzprinzip. Der Vertrauensschutz des Bürgers gegenüber der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte war bei der Schaffung des Verwaltungsverfahrensgesetzes ein Zentralthema. Die in den Gesetzesmaterialien zitierten Gerichtsentscheidungen, die die Vorlagefälle für die gesetzliche Regelung darstellten, entstammten weitgehend dem Beamtenversorgungs- und dem Lastenausgleichsrecht. Das Hauptanwendungsgebiet des § 48 Abs. 2 VwVfG seien Fälle aus dem Sozialrecht im

24 Vgl. v. *Danwitz*, DVBl 1998, 421 ff.

25 EuGHE 1991, 4269.

26 EuGHE 1995, 4599.

27 EuGHE 1999, 2517 (2560 f.); dazu *Gundel*, EuR 1999, 781 ff.; *Schilling*, EuZW 1999, 407 (410).

28 Dazu *Müller-Franken*, DVBl 1998, 758 ff.; *Ladenburger/Röhl*, Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997.

29 EuGHE 1997, 6783 (6839); 1998, 4951 (4993 f.); vgl. auch BVerwG NVwZ 2000, 193 f.; OVG Koblenz, NVwZ 1999, 198; *Götz*, DVBl 2002, 1 (5).

weitesten Sinne, hieß es in der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs³⁰.

Die durch das EG-Recht formulierten Vollzugsnotwendigkeiten haben andere Fälle zum Gegenstand: Adressaten sind hier regelmäßig Wirtschaftsbetriebe, oft sogar große international verflochtene Unternehmen. Das Maß an Vertrauen, das *sie* in die ordnungsgemäße Begründung und Abwicklung von Subventionsverhältnissen setzen dürfen, kann nicht mit den dem Sozialrecht i.w.S. entstammenden Kriterien bestimmt werden. Zutreffend hat das Bundesverwaltungsgericht in den »Magermilchpulver-Fällen« die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Rückforderungsnotwendigkeiten rechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen³¹ zunächst dadurch bewältigt, daß es die Vorgänge, die Vertrauen im Sinne des § 48 Abs. 2 VwVfG konstituieren, im Rechtsverkehr zwischen subventionsgewährender Exekutive und Wirtschaftsunternehmen anders interpretierte, als es den überkommenen sozialrechtlich imprägnierten Vorlagefällen entsprach³². Hier wurde der Anstoß des EG-Rechts nicht als eine Verfremdung des eigenen Konzepts, sondern als Anregung zu einer Wertungsänderung genommen, die bei umfassenderer Fallanalyse aus unterschiedlichen Referenzgebieten des besonderen Verwaltungsrechts schon längst naheliegen mußte, von der deutschen Literatur jedoch unterlassen worden war³³.

(c) Erst der »Alcan«-Fall hat, begrenzt auf gemeinschaftswidrige *staatliche* Beihilfen, das Konflikthafte der Instrumentalisierung deutlich werden lassen³⁴. Auch hier ist in der Zwischenzeit jedoch Beruhigung eingetreten: Das Bundesverwaltungsgericht ist den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes für diese begrenzte Thematik durch eine im Ergebnis ziemlich weitreichende Überformung des deutschen Verfahrensrechts nachgekommen³⁵; und das Bundesverfassungsgericht hat allen konflikttreibenden Spekulationen die Spitze genommen³⁶, indem es die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm³⁷. Die besonders strikten Forderungen des EG-Rechts nach Rückforderung speziell dieser Art von Beihilfen erklären sich aus der besonderen Interessenlage des bisher wenig gezügelten nationa-

30 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs Bundestags-Drucksache 7/910, S. 69, zu § 44 Abs. 2.

31 EuGHE 1983, 2633 »Deutsche Milchkontor«.

32 BVerwGE 74, 357 (363); 92, 81 (83 f.).

33 Vgl. die Forderung von K.A. Schwarz, DV 2001, 397 (431), die Anstöße als Chance zu nehmen, »den weitgehend zum Bestandsschutz mutierten Vertrauensschutz auf ein sachgerechtes Maß zu reduzieren«.

34 BVerwG NVwZ 1995, 703 (Vorlagebeschluß); EuGHE 1997, 1591 (1617 ff.).

35 BVerwGE 106, 328 (332, 336 f.); eher krit. dazu allerdings Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, 530 ff.

36 So zutreffend Frowein, DÖV 1998, 306 ff. und Winkler, DÖV 1999, 148 ff. gegen Scholz, DÖV 1998, 261 ff.

37 BVerfG-K-EuGRZ 2000, 175.

len Beihilfewesens³⁸, das eine über die bisherigen Formen der Inpflichtnahme hinausgreifende *Vereinheitlichung* der nationalen Rückforderungsregime verlangt³⁹. Das Schwergewicht der von der Instrumentalisierung ausgehenden Anstöße liegt derzeit bei punktuellen Veränderungen des deutschen Verfahrensrechts⁴⁰. Erst auf längere Sicht dürfte eine Tendenz zum Aufbau eines einheitlichen europäischen Verwaltungsverbundes deutlich werden, dem die Vielzahl der nach der Koordinierungsformel abgestimmten nationalen Verfahrensregeln nicht mehr genügen und der dann nach einem einheitlichen europäischen Verwaltungsverfahrensrecht verlangen wird.

2. Umorientierungen des deutschen verfahrensrechtlichen Denkens

Eine zweite Form der Europäisierung sind Umorientierungen, die auf zentrale Rechtsinstitute oder grundlegende Wertannahmen der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechte zugreifen und hier Änderungen oder mindestens ein Überdenken verlangen. Die Anstöße dazu kommen weniger von der Rechtsprechung als vom Gemeinschaftsgesetzgeber. Das Referenzgebiet, in dem sie sich am deutlichsten zeigen, ist das Umweltrecht⁴¹. Doch lassen sich vergleichbare Veränderungsimpulse auch im Wirtschaftsrecht nachweisen. Nimmt man beide Bereiche zusammen, so sind im Blick auf das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht folgende Punkte hervorzuheben:

a) Konzept der informierten Öffentlichkeit

Dieses in der UVP-Richtlinie von 1985 erstmals detailliert entwickelte und seither in einer stattlichen Reihe weiterer Rechtsakte vertiefte Konzept zielt auf eine Stärkung der demokratischen Öffentlichkeit und auf die Nutzung ihrer Kontrollkompetenzen für einen wirksamen Vollzug des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten⁴². Seine Elemente sind:

- die gezielte Information der Öffentlichkeit über bestimmte Vorhaben und Projekte im Zulassungsverfahren;

38 Vgl. nur *P.M. Huber*, KritV 1999, 359 (375): »idR kollusives Zusammenspiel«.

39 Klar analysiert von *Scheuing*, DV 2001, 107 (123 ff.).

40 Anders dagegen für das Staatshaftungsrecht, wo die an einer strikten Umsetzung des EG-Rechts ausgerichtete *Francovich-Rechtsprechung* (EuGHE 1991, 5357) eine Systemergänzung im Blick auf eine Haftung für legislatives Fehlverhalten notwendig gemacht hat; dazu *Detterbeck*, AöR 125 (2000), 202 (223 ff.) mit weiteren Nachweisen.

41 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Ladenburger*, Umweltverfahrensrecht, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. 1, § 18; *Bohne*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts (Fn. 5), 217 ff.; *Schmidt-Preuß*, NVwZ 2000, 392 ff. und JZ 2000, 581 ff.; *ders.*, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, 309 ff.; *Barth/Demmke/Ludwig*, NuR 2001, 133 ff.

42 Vgl. *Schoch*, in: Leipold (Hrsg.), Umweltschutz und Recht in Deutschland und Japan, 2000, 69 ff.

- die allgemeine Öffnung der administrativen Informationsbestände für jedermann;
- die Festlegung regelmäßiger Berichtspflichten der Verwaltung gegenüber der Öffentlichkeit.

Die Öffentlichkeitsanforderungen sind teilweise verfahrensakzessorisch, teilweise verfahrensunabhängig definiert. Sie sollen die Transparenz von Verwaltungsvorgängen erhöhen und Kontrollansätze verstärken. Über den klassischen Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts greifen sie schon deshalb hinaus, weil sie auch das privatrechtliche Verwaltungshandeln unter Einfluß der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen erfassen.

b) *Verfahrensprivatisierungen*

Die Vorgaben des EG-Rechts sind häufig von dem Bemühen getragen, die Verantwortung der Verwaltung zurückzunehmen oder gar nicht erst entstehen zu lassen, indem Projektträgern, Anlagenbetreibern oder Produzenten ein erhebliches Maß an Eigenverantwortung z.B. für die Sachverhaltsermittlung oder für die Eigenüberwachung zugewiesen wird. Die Öko-Audit-Verordnung von 1993 schließlich folgt ganz dem Modell regulierter Selbstregulierung und stellt den Unternehmen nur noch einen Rahmen für Selbstdarstellungen und Selbstkontrolle zur Verfügung. Einem vergleichbaren Modell ist das Produktsicherheitsrecht mit seinem Zertifizierungskonzept verbunden⁴³. Als Konsequenzen dieser Vorgaben für das überkommene Verwaltungsverfahrensrecht lassen sich z.B. Veränderungen im Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) und eine Rücknahme der administrativen Überwachungsaufgaben erwarten, wie sie jetzt z.B. durch § 58e BImSchG ermöglicht wird⁴⁴. Unrichtig wäre es jedoch, hieraus allgemein auf eine reduzierte Rolle des Verwaltungsverfahrensrechts zu schließen. Die angestrebte stärkere Kooperation zwischen Verwaltung und Privaten verlangt nach neuen Verfahrensarrangements, u.U. nach neuen Verfahrenstypen. Ein Beispiel bilden die Akkreditierungsverfahren, die den privaten Zertifizierungssystemen die notwendige Rückbindung bieten⁴⁵.

Die Vorstellungen des EG-Rechts sind stärker auf situativ-gestaltende Verwaltungsentscheidungen bezogen, als sie der deutschen Vollzugsdoktrin entsprechen. Für diese Entscheidungen besitzen Verfahrensregeln einen höheren Stellenwert als dort, wo Verwaltungsentscheidungen als bloße Umsetzungs-

43 Dazu Röhl, Zertifizierung und Akkreditierung im Produktsicherheitsrecht 2000.

44 Dazu Ewer, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, 353 ff.

45 Röhl, Zertifizierung und Akkreditierung (Fn. 43), 53 ff.; Voßkuhle in diesem Bande, 277 (309 ff.); vgl. auch Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 405 (429 ff.).

akte materiell bestimmter Gesetzesprogramme angesehen werden. Die einzelne Entscheidung gewinnt die Überzeugung ihrer Richtigkeit und damit ihre Legitimität danach praktisch erst im Verfahren. Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften ist daher wichtiger, als es in § 46 VwVfG ausgedrückt ist⁴⁶. Die Verfahrensergebnisse sind nicht so sehr durch ihre Bestandskraft und erschwerte Abänderbarkeit als vielmehr umgekehrt durch ihre Einbindung in Kontroll- und Überwachungsverfahren gekennzeichnet und bleiben damit fortlaufenden Flexibilitätsanforderungen ausgesetzt.

c) *Erweiterte subjektive Rechte*

Einen dritten Anstoß für eine tiefgreifende Veränderung des deutschen verfahrensrechtlichen Denkens ist die vom EG-Recht ausgehende »Subjektivierung«: Jedem ist das Recht einzuräumen, alle behördlichen Informationsbestände in Umweltsachen einzusehen. Bieter von Vergabeverfahren erhalten subjektive Rechte, mit denen sie die Beachtung des Verfahrensrechts viel nachhaltiger gerichtlich erzwingen können, als das dem überkommenen deutschen Recht der öffentlichen Auftragsvergabe entsprach. Diese Beobachtung verwundert zunächst; denn die zentrale Stellung subjektiver Rechte gilt eigentlich als ein Spezifikum gerade des deutschen Verwaltungsrechts. Dessen Rechte sind jedoch vorrangig an den grundrechtlichen Status des Individuums rückgebunden, dessen materiellem Schutz sie dienen sollen. Das EG-Recht verfolgt hier ein anderes Konzept: Die von ihm verliehenen Rechte sind zwar der einzelnen Privatperson oder dem einzelnen Unternehmen eingeräumt. Sie zielen jedoch stärker auf eine objektiv-rechtliche Ordnung für kollektive Güter. Es geht um Wettbewerb, um Gesundheitsschutz, um gemeinschaftsweite Rechtsdurchsetzung. Dazu werden Individualinteressen aktiviert, indem sie mit Befugnissen gerichtlicher Rechtsdurchsetzung ausgestattet und gegen die mitgliedstaatlichen Exekutiven in Stellung gebracht werden⁴⁷. Insbesondere Arcana des Verwaltungshandelns sollen mit Hilfe der Gerichte besser durchdrungen werden. In dieselbe Richtung zielen erweiterte Verbandsklagerechte, die das EG-Recht in Umsetzung der Aarhus-Konvention die Mitgliedstaaten zu schaffen künftig veranlassen wird.

d) *Konsequenzen*

Die Konsequenzen dieser »konzeptionellen Konfliktlage« (*Schoch*) zwischen deutschem und europäischem Verfahrensrecht sind schwerer erfaßbar als bei der Instrumentalisierung; denn ihre Nachhaltigkeit läßt sich letztlich nur pro-

46 Pietzcker, in: Maurer-FS, 2001, 695 (711).

47 Dazu Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

gnostisch beurteilen. Die Europäische Gemeinschaft besitzt keine umfassende Kompetenz, um das mitgliedstaatliche Verwaltungsrecht umzugestalten. Ihre Zugriffe setzen sektoral an: Nicht für alle Aktenbestände, sondern nur für Umweltakten wird ein allgemeines Einsichtsnahmerecht vorgeschrieben. Nur insoweit entstehen Umsetzungspflichten; nur insoweit greifen bei der Anwendung der zitierte Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz. Aber der gemeinschaftsrechtliche Anstoß wirkt indirekt auch auf das *sensu stricto* nicht erfaßte Regelungsumfeld und auf vergleichbare Regulationssituationen ein. Daraus können spill-over-Effekte entstehen, die im mitgliedstaatlichen Recht auch dort zu Veränderungen führen, wo sie das EG-Recht direkt nicht verlangt. Es existiert hier eine Art frei floatierenden Veränderungspotentials, das bei einer konzeptionellen Überprüfung des deutschen verfahrensrechtlichen Denkens in Rechnung gestellt werden muß.

3. *Ausbildung von Verwaltungsnetzwerken*

Das wird schließlich auch deshalb notwendig, weil die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und die EG-Administration keineswegs getrennt agierende Instanzen sind, sondern mehr und mehr Formen der Verwaltungszusammenarbeit herausgebildet haben, für die ein Kooperationsverfahrensrecht zur Verfügung stehen muß. Die Entwicklung ist weiter fortgeschritten, als sich in den meisten Publikationen zum Europäischen Verwaltungsrecht noch ablesen läßt⁴⁸. Die administrativen Aufgaben im Unionsraum verlangen mehr als nur punktuelle Abstimmungen. Sie führen die beteiligten Exekutiven in einer »Europäischen Verwaltung« zusammen, die nicht als festes hierarchisches Gefüge, sondern als Verbundstruktur besteht⁴⁹.

Die Verbundstruktur wird beherrscht durch Vorgänge vertikaler und horizontaler Verwaltungszusammenarbeit. Kooperation erfüllt im Gemeinschaftsrecht mehrere Aufgaben: Ihre Grundfunktion ist es, die beteiligten Verwaltungen mit den erforderlichen Informationen zu versehen (*informationelle Kooperation*). Hierher gehören der gelegentliche Datenaustausch ebenso wie der Aufbau zentraler Netze, die Unterhaltung von Informationsagenturen und die besondere Rolle des Berichtswesens und der Statistik in der Gemeinschaft⁵⁰. Kooperation zeigt sich zum zweiten in vielfältigen Formen gegenseitiger Unterrichtung, Abstimmung und gemeinsamer Verfahrensführung (*prozedurale Kooperation*)⁵¹. So können z.B. die Pflichten zur gegenseitigen Aner-

48 Aus jüngerer Zeit systematisch Sydow, DV 2001, 517 ff.; aber auch schon Scheuing (Fn. 20); Schoch (Fn. 3), 308 f.

49 Dazu mit Nachweisen Schmidt-Aßmann, in: Steinberger-FS, 2002, 1377 ff.

50 Anschaulich dazu v. Bogdandy, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft (Fn. 3), 133 (172 ff.).

51 Sommer, Verwaltungskooperation am Beispiel administrativer Informationsverfahren im europäischen Umweltrecht, 2002.

kennung von Verwaltungsbescheinigungen und Verwaltungsgenehmigungen praktisch nicht ohne begleitende Verfahren normiert werden, die für Eil- und Streitfälle schnellgreifende Klärungsmechanismen verfügbar machen. Schließlich kann Kooperation in eigens dazu gebildeten Gremien geleistet werden (*institutionelle Kooperation*). Beispiele dafür sind die Verwaltungsräte der Europäischen Agenturen und das auf Gemeinschaftsebene weit entwickelte Ausschußwesen.

Die europäische Verwaltungszusammenarbeit führt zu *neuen Formen* gemeinsamen Verwaltungshandelns, für die neue adäquate Verfahrensregelungen getroffen werden müssen. »Die internationale Kooperation erweitert die Zuständigkeitsverteilung zwischen Behörden über die Staatsgrenzen und überlagert das Regelungssystem des Verwaltungsverfahrensgesetzes«⁵². Das gilt z.B. für die unterschiedlichen Formen gemeinsamer Inspektionen im EG-Wettbewerbs- oder Lebensmittelrecht⁵³. Ein anderes prominentes Rechtsinstitut stellt in diesem Zusammenhang der transnationale Verwaltungsakt dar⁵⁴. Das sich abzeichnende europäische Verwaltungskooperationsrecht kann an bestehende Regeln des nationalen und internationalen Amtshilferechts anknüpfen; wegen der unionsspezifischen Dichte der Kooperationsbeziehung wird es jedoch komplexer konzipiert werden müssen.

C. *Die Weite des Verfahrensbegriffs und die Vielfalt der Verfahrensfunktionen*

Die beobachteten Entwicklungen veranlassen dazu, den Verfahrensbegriff weiter (I) und die Verfahrensfunktionen differenzierter als bisher zu fassen (II).

I. *Erweiterungen des Verfahrensbegriffs*

Verwaltungsverfahren stellen planvoll geordnete Vorgänge der Informationsgewinnung und Informationsverarbeitung dar, die in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung ablaufen. Sie sind Realabläufe, analytisches Konstrukt und Ordnungsidee zugleich. Diese Mehrschichtigkeit des Verfahrensbegriffs muß bei der verwaltungsrechtlichen Systembildung beachtet

52 So zutreffend Ruffert, DV 2001, 453 (478).

53 Dazu David, Inspektionen im Europäischen Verwaltungsrecht, 2002.

54 Dazu mit weiteren Nachweisen Ruffert, DV 2001, 453 ff. Erweitert um die Rechtsfigur des mehrstufigen gemeinschaftlichen Verwaltungsakts, vgl. Lienhard, NuR 2002, 13 ff.

werden, wenn man traditionelle Engführungen überwinden und neue vermeiden will.

Daß das enge Begriffsverständnis des § 9 VwVfG nicht einmal von den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes nach Art. 84 Abs. 1 GG her geboten ist, hat das Bundesverfassungsgericht schon 1980 ausgesprochen⁵⁵: »Die Abgrenzung zwischen Verwaltungsverfahrensrecht und materiellem Verwaltungsrecht war in der Vergangenheit und ist auch künftig Wandlungen unterworfen, die sich aus der Veränderung der Staatsaufgaben im Bereich der Verwaltung und der erforderlichen Mittel zu ihrer Bewältigung unabweislich ergeben können.« Weiter heißt es, die Verfassung hebe nicht auf einen bestimmten zeitlich fixierten Stand staatsrechtlicher Praxis und dogmatischer Erkenntnisse ab. »Vorschriften über das Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 84 Abs. 1 GG sind danach jedenfalls gesetzliche Bestimmungen, die die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf die Art und Weise der Ausführung des Gesetzes einschließlich ihrer Handlungsformen, die Formen der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzen sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge in ihrem Ablauf regeln«. Auch die administrativen Normsetzungsverfahren und die Vollzugstätigkeit von Behörden in privater Rechtsform lassen sich folglich dem kompetenzrechtlich gebundenen Begriff des Verwaltungsverfahrens zurechnen.

Eine systematische Darstellung hat jedoch noch darüber hinauszugehen. Sie ist nicht darauf beschränkt, nur das als Verfahren zu definieren, was bundesgesetzlich verbindlich geregelt werden kann. Folglich sind als Verwaltungsverfahren auch diejenigen Vorgänge zu behandeln, die Realakte, Absprachen und andere schlichte Tätigkeiten strukturieren. Auch Verfahren bei der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten der Verwaltung einschließlich ihrer öffentlichen Unternehmen gehören hierher. Besondere Bedeutung kommt intra- und interbehördlichen Informations-, Klärungs- und Aufsichtsverfahren zu; die Typologie reicht insofern von der einfachen Amtshilfe bis zum komplexen Rechnungsabschluß im Rahmen des EG-Agrarrechts. Die Weite des Verwaltungsverfahrensbegriffs, der Beschäftigungsgegenstand des Verwaltungsverfahrensrechts sein sollte, läßt sich in folgender Punktation veranschaulichen:

- Entscheidungs-, Verhandlungs-, Realleistungsverfahren;
- Vollzugs-, Planungs-, Normsetzungsverfahren;
- Verfahren für öffentlich- und privatrechtliches Verwaltungshandeln;
- Verfahren des Außen- und Innenrechtskreises;
- Verfahren europäischer Verwaltungskooperation und ihre Verzahnungen;
- Verfahrenskombinationen staatlich-gesellschaftlicher Zusammenarbeit (z.B. Verbindungen von Zertifizierung und Akkreditierung, Auditierung).

II. Die Funktionen von Verwaltungsverfahren

Verwaltungsverfahren haben bekanntermaßen unterschiedliche Funktionen. Die Literatur schreibt ihnen Informations-, Interessenvertretungs-, Rechtsschutz-, Konsens-, Ausgleichs-, Ermöglichungs-, Kontroll- und Legitimationsfunktionen zu. Diese »Multifunktionalität« bezieht sich teils auf einen bestimmten Verfahrenstyp, dem mehrere Aufgaben beigelegt werden, so z.B. dem Widerspruchsverfahren Rechtsschutz-, Selbstkontroll- und Entlastungsaufgaben für die Gerichte. Wichtiger noch ist die Funktionsdifferenzierung für die Ausbildung unterschiedlicher Verfahrenstypen. So hat *Sabino Cassese* auf der Basis rechtsvergleichender Studien zwischen justizförmigen Verwaltungsverfahren einerseits und Verfahren mit politischer Funktion andererseits unterschieden⁵⁶. Deutlich wird dabei, wie sehr die deutsche Verfahrenslehre bisher im Banne des Rechtsschutzauftrags steht und wie nachdrücklich sie erweitert werden muß.

1. Die Breite des Funktionsspektrums

Noch weitergefaßt läßt sich ein Funktionsspektrum entfalten, dessen Eckpositionen durch Verfahren der individuellen Rechtsverteidigung einerseits (a) und Verfahren der allgemeinen Rationalitätsgewährleistung andererseits bilden (b).

a) Verfahren der Rechtsverteidigung und Rechtsdurchsetzung

Einen ersten Typus bilden Verwaltungsverfahren im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen, vor allem die Widerspruchs- und Beschwerdeverfahren. Historisch ist der Gerichtsschutz in Verwaltungssachen oft aus solchen Rekursverfahren hervorgegangen⁵⁷, wie umgekehrt Verfahrensstandards des Verwaltungsrechts oft von gerichtlichen – regelmäßig zivilgerichtlichen – Verfahrensregelungen abgeleitet worden sind. Heute findet sich dieser Verfahrenstypus als fakultativ oder obligatorisch zu durchlaufendes Vorverfahren⁵⁸. Auch Art. 13 EMRK spricht, wenn er eine Beschwerdemöglichkeit zu einer nationalen Instanz garantiert, den Verfahrensgedanken in dieser Variante an, bei der es um ein auf nachträgliche Kontrolle angelegtes kontradiktorisches Verfahren geht. Die Kommunikationsbeziehungen sind hier konfrontativ angelegt: Die Beteiligten agieren in festen Rollen und kämpfen um feste Positionen.

56 *Cassese*, EuZöR 1993, Sonderheft, 15 ff.

57 *Schmidt-Aßmann*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Einl. Rn. 71.

58 Dazu *D. Oppermann*, Funktion des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens, 1999.

b) *Rechts- und interessensichernde Verfahren*

Dem Verwaltungsverfahrensgesetz geht es heute jedoch nicht allein und nicht einmal vorrangig darum, für schon getroffene Verwaltungsentscheidungen die Möglichkeit einer nachträglich ansetzenden Kontrolle durch eine zweite Instanz zu bieten. Es will vielmehr vor allem das Zustandekommen von Verwaltungsentscheidungen ex ante steuern. Die Verwaltung soll zu umsichtiger Vorbereitung ihrer Entscheidungen veranlaßt werden. Adressaten oder Antragsteller erhalten Gelegenheit, ihre Interessen wirksam zu artikulieren. Typische Gestaltungselemente dieses zweiten Verfahrenstyps sind daher Anhörungs- und Akteneinsichtsrechte der Beteiligten sowie Beratungs- und Auskunftspflichten der Verwaltung, auch gewisse Mitwirkungslasten der Beteiligten bei der Aufhellung des Sachverhalts gehören hierher. Es geht um *präventiv-rechtsschützende* Verfahren. Das Verfahrensrechtsverhältnis ist nicht schon von Anfang an konfrontativ angelegt: aber es bleibt in der Regel ein bilaterales Verhältnis, zu dem Dritte durch besonderen Akt erst hinzugezogen werden müssen (§ 13 VwVfG).

c) *Interessenaggregierende Verfahren*

Von Verwaltungsverfahren läßt sich aber auch noch in einem wesentlich weiteren Sinne sprechen. In Verfahren dieses dritten Typs geht es um die Abklärung vielpoliger Interessengeflechte. Beispiele sind Planungs- und Normsetzungsverfahren. Verfahren werden hier eingesetzt, um die Interessendarstellung und -abklärung durchschaubar zu machen und eine adäquate Interessenrepräsentanz zu ermöglichen. Bei der Interessenbalancierung wirken oft Sachverständige, Verbände und Interessentengruppen oder die Öffentlichkeit mit. Die zu entwickelnden Lösungen sind durch das einschlägige materielle Recht nur punktuell, idR final gesteuert. Das gesetzliche Programm umgreift folglich große Räume situativer Gestaltung, die genutzt werden sollen, um möglichst richtige Entscheidungen zu treffen.

d) *Informationsverfahren*

Als ein eigenständiger Funktionstypus anerkannt werden sollten Informationsverfahren. Informationen sind zentral wichtige Verwaltungsressourcen. Der Umgang mit ihnen ist auch verwaltungsrechtlich relevant. Das gilt nicht nur für den Datenschutz und den Datenzugang, sondern auch für den inneradministrativen Datenverkehr und für die Qualitätssicherung der staatlichen Datenbestände. Informationsverfahren sind daher vielfach Verfahren, die intra- oder interadministrativ ablaufen; sie dienen aber auch dazu, Handlungswissen der Verwaltung in Zusammenarbeit mit Privaten erst zu erzeugen und zu er-

proben⁵⁹. Besondere Bedeutung erlangen sie im Rahmen der Verwaltungskooperation, die das Wesen des europäischen Verwaltungsverbundes zwischen Gemeinschaftsverwaltung und mitgliedstaatlichen Verwaltungen ausmacht (vgl. B III 3). Das Wirken Europäischer Informationsagenturen und der von ihnen gesteuerte mitgliedstaatliche Informationsfluß legen es nahe, einen eigenen Funktionstypus des Informationsverfahrens auszubilden und die auf ihn bezogenen Rechtsregeln systematisch in den Blick zu nehmen.

e) *Verfahren zur Gewährleistung administrativer Rationalität*

Der Verfahrensgedanke läßt sich aber auch ohne spezifische Zuordnung zu bestimmten Aufgaben nutzen, um überhaupt die rechtsstaatlich und demokratisch gebotene Rationalität staatlichen Entscheidens zu sichern⁶⁰. Natürlich verfolgen auch die unter a) bis d) vorangestellten Typen letztlich Ziele der Rationalitätsgewährleistung. Es gibt daneben aber auch Verfahren, die *nur* von diesem Ziel her erklärt werden können. Bei ihnen geht es um intelligente Arrangements der administrativen Willensbildung, die die Transparenz der Entscheidungsbildung, die Qualität des Entscheidungsergebnisses und die Lernbereitschaft des Entscheidungsträgers fördern sollen. So kennt z.B. das Verfahren der Umweltverträglichkeitsprüfung neben dem äußeren Ablauf ein »inneres Verfahren« (*Hill*), das die Behörde dazu verpflichtet, die Entscheidungsstadien der Beschreibung, der Bewertung und der Berücksichtigung getrennt auszuweisen (vgl. §§ 11, 12 UVPG). Hier geht es um eine Verfahrensgestaltung, die zu einer strukturierten und damit qualitativ besseren Entscheidungsgewinnung anhalten soll⁶¹. Auch das Neue Steuerungsmodell läßt sich als Ausdruck einer solchen rationalitätsfördernden Verfahrensgestaltung verstehen.

2. *Spezielle Funktionszuschreibungen*

Das beschriebene weitgespannte Verfahrensverständnis läßt zwei bekannte traditionelle Funktionszuschreibungen der Verfahrensrechtslehre, die »dienende Funktion« des Verfahrensrechts (a) und den »funktionalen Zusammenhang« von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsschutz (b)⁶², in einer veränderten Perspektive erscheinen.

59 Dazu *Ladeur*, DÖV 2002, 1 (2 f.).

60 Allgemein dazu *G.-P. Calliess*, *Prozedurales Recht*, 1999.

61 Dazu *Ladeur*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (Fn. 3), 225 (235): »strukturierte Wissensserzeugung durch Verfahrensrecht«.

62 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, *Verwaltungsgerichtsordnung* (Fn. 57), Eml. Rn. 196 ff.

a) *Die »dienende Funktion« des Verwaltungsverfahrensrechts*

Dieser Begriff nimmt die eingeführte Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht auf und weist ersterem eine nur begrenzte Bedeutung zu. Für das rechtliche Schicksal einer Verwaltungsentscheidung letztlich entscheidend soll danach ihre Übereinstimmung mit dem materiellen Recht sein. Diese Rangzuweisung ist kein Spezifikum des deutschen Rechts; sie findet sich als »serving function« auch in anderen Rechtsordnungen. Allerdings ist das deutsche Recht, wie § 46 VwVfG zeigt, besonders nachhaltig auf dieses Konzept festgelegt⁶³: Das Verfahren ist nur der Weg zur Erreichung eines durch andere Regeln bestimmten Zieles.

Die Vorstellung ist an Verfahren derjenigen Verwaltungen entwickelt, die möglichst exakt formulierte Gesetzesprogramme vollziehen. Wo solche Programme, wie z.B. im Planungsrecht, erhebliche Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume für die Verwaltung enthalten, läßt sich das Bekenntnis zu einer nur dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens nicht aufrechterhalten. Hier zeigt sich die Notwendigkeit, auf die Vorstellung einer »Richtigkeitsgewähr durch Verfahren« zurückzugreifen, die die Eigenständigkeit des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht betont. Noch deutlicher wird das dort, wo Verfahren allein dazu eingesetzt werden, die Rationalität staatlicher Entscheidungen zu erhöhen. Hier ist eine die Unterscheidung von Verfahrensrecht und materiellem Recht auflösende, übergreifende Zielsetzung entstanden, die nach Maßgabe der einschlägigen prozeduralen Regeln angestrebt werden soll. Die Formel von der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts ist folglich kein überall einsetzbarer Topos einer allgemeinen Verfahrensrechtslehre, sondern hat nur dort ihren Platz, wo einigermaßen präzise materielle Entscheidungsprogramme umzusetzen sind. Sie gehört zur Vollzugsverwaltung klassischen Typs, der zwar auch heute große Bereiche der Verwaltungspraxis prägt, aber nicht der einzige Repräsentant *gesetzesdirigierter Verwaltung* ist.

b) *Der »funktionale Zusammenhang« zwischen Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtlichem Verfahren*

Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren stehen in vielfältigen Wechselbeziehungen. Zu den eingespielten Dogmen, die dieses Themenfeld beherrschen, gehört die Erkenntnis, daß qualifizierte Verwaltungsverfahren den Gerichtsschutz entlasten, nach der Verfassungsentscheidung des Art. 19 Abs. 4 GG jedoch im Bereich des Individualrechtsschutzes nicht ersetzen können.

63 Vgl. *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischem und deutschen Recht, 1999, bes. 290 ff., 320-325.

Sie können z.B. als Kollegialverfahren aber ein Indiz für das Bestehen administrativer Beurteilungsermächtigungen sein.

Der funktionale Zusammenhang zwischen administrativem und gerichtlichem Verfahren verlangt, daß bei der Ausgestaltung und praktischen Anwendung des Verfahrensrechts in *einem* Verfahren der spezifische Auftrag des *anderen* Verfahrens nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. So müssen im Verwaltungsverfahren vor einer irreversiblen Umsetzung des Verfahrensergebnisses gegebenenfalls Vorkehrungen geschaffen werden, damit ein zulässiger Rechtsweg auch tatsächlich beschritten werden kann. Auf diesem Gedanken beruht z.B. die Pflicht einer Behörde, die Teilnehmer eines beamten- oder vergaberechtlichen Auswahlverfahrens über die getroffene Wahl zu informieren, bevor der ausgewählte Teilnehmer zum Beamten bestellt oder als Auftragnehmer verbindlich unter Vertrag genommen wird.

Aber auch umgekehrt gilt, daß das Gerichtsverfahren nicht so ausgestaltet oder gehandhabt werden darf, daß es einem vorausgehenden Verwaltungsverfahren seine Bedeutung als selbständiges Verfahren nimmt. Zutreffend ist daher kritisiert worden, daß eine zu hohe gerichtliche Kontrollintensität bei der Anwendung des materiellen Rechts die Bedeutung des Verwaltungsverfahrens minimalisieren und um seine Wirksamkeit bringen kann. In diesem Rahmen sind auch die Überlegungen zu würdigen, die *Michael Gerhardt* zum Nacharbeiten von Abwägungsentscheidungen im Gerichtsverfahren entwickelt hat⁶⁴. Das Konzept eines gerichtlichen Nacharbeitens, bei dem die Verwaltungsentscheidung Punkt für Punkt im Gespräch mit den Beteiligten durchgegangen wird, will ein Kontrollschema anbieten, das den Dualismus zwischen vollständiger Gerichtskontrolle der unbestimmten Gesetzesbegriffe und reduzierter Kontrolle der Ermessensermächtigungen überwindet. Auf die Gewährleistung einer weitverstandenen sachlichen Richtigkeit zugespißt, läuft es jedoch Gefahr, das Verwaltungsverfahren zum bloßen Vorverfahren des Gerichtsschutzes zu machen. In dieser Zuspitzung muß es sich fragen lassen, ob der Zusammenhang zwischen beiden Verfahren noch den unterschiedlichen Funktionen der jeweils eigenständigen verfassungsrechtlichen Stellung der Exekutive und der Judikative entspricht. Unsicher erscheint auch, ob das dabei angewandte gerichtliche Verfahren, unbeschadet seiner diskursiven Prägung, in der Lage ist, jenes breite Interessenspektrum einzufangen, das durch die Vielfalt der Beteiligten im komplexen Verwaltungsverfahren ohne weiteres geboten wird. Zutreffend grenzt *Gerhardt* den Anwendungsbereich des Modells daher auf Situationen ein, die *partielle* Korrekturen von Planungsentscheidungen betreffen, bei denen also der wesentliche Teil der Verwaltungsentscheidung Bestand hat und durch das vorausgehende Verwal-

64 *Gerhardt*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung (Fn. 57), Vorb. § 113 Rn. 19 ff. und § 114 Rn. 4 ff.; *ders.* in diesem Bande, 413 ff.

tungsverfahren geprägt bleibt⁶⁵. Die einzelnen Funktionen können – das ist eine wichtige Erkenntnis seines Beitrages – auf der Zeitachse durchaus unterschiedliche Bedeutungen haben.

D. *Integrierte normative Determinanten des Verwaltungsverfahrensrechts*

Als spezifische Bauform des Verwaltungsrechts steht das Verwaltungsverfahren unter einer Reihe von Geboten und Zielbestimmungen, die seine gesetzliche Ausgestaltung und praktische Handhabung leiten. Diese ergeben sich vor allem aus dem höherrangigen Recht, dem Verfassungsrecht (I) und dem EG-Recht (II); doch sind auch andere, d.h. rechtlich nicht verfestigte Richtpunkte zu beachten (III). Wichtig ist es, zu einem integrativen Verständnis dieser Vorgaben zu gelangen.

I. *Verwaltungsverfahren und deutsches Verfassungsrecht*

(1) Dieses viel behandelte Thema führt zunächst zu den Geboten des Rechtsstaatsprinzips⁶⁶. Schon früh hat man für individuelle Rechteingriffe der Verwaltung Verfahrensanforderungen, vor allem Anhörungsrechte und Begründungspflichten, entwickelt. Breit entfaltet worden ist sodann der »Grundrechtsschutz in und durch Verfahren«. Einzelheiten müssen hier nicht ausgebreitet werden. Wichtig ist dabei die Erkenntnis, daß die materiellen Grundrechte, unbeschadet ihrer unbestreitbaren prozessualen Komponente, nur selten zu eindeutigen Forderungen einer bestimmten Verfahrensgestaltung führen. Das liegt daran, daß die Verfahren vielgliedrige Handlungsgefüge sind. Die Gestaltung oder Handhabung einzelner ihrer Phasen und phasenbezogenen Kommunikationschancen sagt im Regelfall noch wenig darüber aus, inwieweit das grundrechtsschützende Verfahrensziel wirksam erreicht wird. Verfahrensbezogenes Denken ist oft auf bloße Plausibilitätsurteile angewiesen und muß mit funktionalen Äquivalenten arbeiten. Besonders deutlich wird das bei der Verfahrensfehlerlehre⁶⁷.

(2) Verwaltungsverfahren stehen jedoch nicht nur unter den Geboten des Rechtsstaats-, sondern auch des *Demokratieprinzips*. Ihre insoweit wichtigste Aufgabe ist die Sicherung demokratischer Legitimation. Im Lichte dieser Aufgabe gewinnen die verwaltungsinternen Aufsichts- und Kontrollverfahren, das

65 In diesem Bande, 421 f.

66 Mit weiteren Nachweisen *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverfahren, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, § 70 Rn. 14 ff.

67 Grundlegend *Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, bes. 301 ff.

Verfahrensrecht des Haushaltsvollzuges und das Verfahrensrecht demokratischer Wahlen innerhalb der Verwaltung, vor allem das Kommunalwahlrecht, besondere Bedeutung. Sie sind essentielle Bestandteile eines vom demokratischen Prinzip her entfalteten Verwaltungsrechts und verdienen in einer systematischen Darstellung einen besseren Platz, als ihnen bisher eingeräumt wird. Weniger eindeutig läßt sich das für andere Verfahren der Betroffenen- oder Öffentlichkeitsbeteiligung sagen. Sie können die demokratische Vermittelbarkeit von Verwaltungsentscheidungen verbessern. Jedoch führt nicht jede Vermehrung von Partizipationschancen zu Entscheidungen besserer demokratischer Qualität. Jedenfalls kann eine ungeordnete Einflußnahme nicht das Ziel demokratischer Verfahrensgestaltung sein. Die Demokratie ist ein Formprinzip⁶⁸. Sie verlangt folglich, daß Einflußkanäle offen ausgewiesen und interessengerecht strukturiert werden. Dazu gehören auch Vorkehrungen zur Neutralitätssicherung der beteiligten Verwaltungen. Dieses besonders im staatlich-gesellschaftlichen Kooperationsbereich schwierige Thema führt zu einer vorwirken- den Legitimationsverantwortung des Staates dort, wo er seine Entscheidungen dem Einfluß von Beteiligten, Interessengruppen und Verbänden öffnet⁶⁹.

(3) Ein systematisches Verfahrensrecht kann die Anforderungen des rechtsstaatlichen und des demokratischen Prinzips an Verwaltungsverfahren nicht jeweils getrennt behandeln. Es muß sie vielmehr soweit wie möglich zusammenführen und aus ihrer Verbindung seine Strukturen entfalten. In diesem Zusammenhang gewinnen die Begriffe der Distanz und der Transparenz Bedeutung, denn sie sind Teil beider Prinzipien. Diese objektivrechtliche Seite des Verwaltungsverfahrensrechts und seiner verfassungsgemäßen Ausgestaltung zeigt sich an zwei Punkten:

– Das Verwaltungsverfahren ist als *Rationalitätsgarantie* zu verstehen. Rationalität staatlichen Handelns ist eine gemeinsame Grundforderung des Rechtsstaats *und* der Demokratie. Sie durchzieht das gesamte Verfahrensrecht der Verwaltung und gibt ihm seine Ausrichtung auf eine einheitliche Grundlinie.

– Stärker als bisher ist die prozedurale Seite der Gesetzesvorbehaltslehre, insbesondere der *Wesentlichkeitslehre* auszubauen. Das, was zur Regelung eines Politikbereichs wesentlich ist, läßt sich nicht allein durch materielle Gesetzesprogramme ausdrücken. Das Bundesverfassungsgericht hat das für die gesetzgeberische Kollisionslösung im Bereich der Rundfunkfreiheit ausgearbeitet⁷⁰. »Zu der positiven Ordnung des Rundfunkwesens, die dem Gesetzgeber durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG aufgegeben ist, gehören auch geeignete

68 Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (Fn. 21), 40, 80 ff.

69 Trute, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 167 (197 ff.).

70 Vgl. BVerfGE 12, 205 (261 ff.); 73, 118 (171); 90, 66 (98 ff.).

organisatorische Vorkehrungen, die im Rahmen des zugrundegelegten Organisationsmodells sicherstellen, daß der Rundfunk nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird und daß die in Betracht kommenden Kräfte im Gesamtangebot zu Wort kommen können«. Bei der Ausgestaltung der entsprechenden Verfahrensarrangements hat der Gesetzgeber zwar einen erheblichen Spielraum, der jedoch nicht erst an der Willkürgrenze des Art. 3 Abs. 1 GG endet⁷¹, sondern an plausiblen Verfahrensmustern und am Maßstab der Regelungskonsistenz ausgerichtet sein muß. Ähnlich ist eine prozedural-organisatorische Fassung der Wesentlichkeitslehre im Sicherheitsrecht und im Gesundheitsrecht unvermeidbar. Der parlamentarische Gesetzgeber öffnet staatlich zu verantwortende Entscheidungen so der fortlaufenden Mitgestaltung, Evaluation und Anpassung durch Experten, und er sorgt umgekehrt dafür, daß die Formulierung von Expertenwissen in den Verfahren medizinischer oder technischer Selbstregulierung transparent und fair erfolgt⁷².

II. *Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft*

Kein Verwaltungsverfahrenswesen kann heute nur als nationales Recht konzipiert werden. Die europäische Dimension ist vielmehr von vornherein einzubeziehen und muß durchgängig präsent sein (vgl. unter B III). Wir konzentrieren uns an dieser Stelle auf das EG-Recht. Eine noch ausgreifendere Behandlung hätte auch die Vorgaben des EU-Vertrages und der EMRK einzubeziehen. Die wichtigste Verfahrensdeterminante des EG-Rechts ist insofern das Gebot vertikaler und horizontaler Kooperation zwischen den beteiligten Verwaltungen (Art. 10 EGV). Europäische Verwaltung verwirklicht sich im wesentlichen in Verfahrennetzwerken, z.B. denen der Informationsagenturen und der Komitologie, über die Legitimation und Rationalität sichergestellt werden sollen. Das gibt den für die Gemeinschaft geltenden Grundsätzen des Rechtsstaats und der Demokratie (Art. 6 EUV) eine spezifische prozedurale Dimension. Im übrigen sind die Vorgaben des EG-Rechts für Verwaltungsverfahren unterschiedlich je nach der Verwaltungsebene, auf der die Verfahren angesiedelt sind:

- (1) Für die *Eigenverwaltung* enthält der EG-Vertrag eine Reihe prozeduraler Vorschriften, z.B. zur Begründung (Art. 253) und zur Bekanntmachung von Rechtsakten (Art. 254), sowie zum Zugang zu Dokumenten (Art. 255) und zum Datenschutz (Art. 286). Daneben stehen die in der Rechtsprechung

71 BVerfGE 57, 295 (325); 83, 238 (332 f.).

72 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 61 ff.

entwickelten Allgemeinen Rechtsgrundsätze, und hier wiederum insbesondere die Verteidigungsrechte im Rahmen solcher Verwaltungsverfahren, die zu belastenden Entscheidung führen können, z.B. Kartell- und Disziplinarverfahren. Die Europäische Grundrechte-Charta normiert ein »Recht auf gute Verwaltung« (Art. 41), das vor allem prozedural definiert ist⁷³. Insgesamt bewegen sich diese Regelungen in jenem Rahmen, der auch in den nationalen Verwaltungsverfahrensrechten anzutreffen ist; insofern kann von ihnen ein Vereinheitlichungseffekt erwartet werden. Deutlicher ausgeformt sind die Verfahrensanforderungen an den Haushaltsvollzug und die Verfahren der Finanzkontrolle (Art. 271, 279, 280 EGV).

(2) Für das *Gemeinschaftsverwaltungsrecht*, d.h. das Recht des indirekten Vollzuges von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten, ist die zentrale primärrechtliche Determinante das Gebot wirksamen, diskriminierungsfreien Vollzuges (vgl. B III). Die starke Betonung dieses spezifischen Gemeinschaftsinteresses als Verfahrensrechtsdeterminante zeigt – jedenfalls auf den ersten Blick – einen stark vollzugstechnischen Charakter. Sie ist jedoch aus der besonderen Verwaltungssituation des Gemeinschaftsraumes erklärbar, in der administrative Handlungseinheit nicht vorgefunden wird, sondern erst hergestellt werden muß. Gleichmäßigkeit und Wirksamkeit des Vollzuges sind hier schon für sich genommen Rechtswerte, die durch Transparenz-, Beteiligungs- und Publikationsvorschriften des Sekundärrechts aufgenommen werden.

III. *Weitere normative Orientierungen*

Verwaltungsverfahren werden schließlich auch von solchen Vorgaben bestimmt, die nur partiell, nur unvollständig oder überhaupt nicht *rechtlich*

73 Art. 41 lautet: »Recht auf eine gute Verwaltung.

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, daß ihre Angelegenheiten von den Organisationen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.

(2) Dieses Recht umfaßt insbesondere

- das Recht einer jeden Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige, individuelle Maßnahme getroffen wird,
- das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit und des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses,
- die Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen.

(3) Jede Person hat Anspruch darauf, daß die Gemeinschaft den durch ihre Organe oder Bediensteten in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schaden nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ersetzt, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.

(4) Jede Person kann sich in einer der Sprachen der Verträge an die Organe der Union wenden und muß eine Antwort in derselben Sprache erhalten.«

abgesichert sind, sondern als Plausibilitätsregeln der Praxis angesprochen werden können. Daß das Verwaltungsrecht neben den Rechtsmaßstäben auch solche weiteren normativen Orientierungen in seine Systemüberlegungen einzubeziehen hat, ist in der Reformdiskussion wiederholt herausgearbeitet worden⁷⁴. Verfahren sind dafür besonders aufnahmefähig, weil sie nicht nur rechtliche Konstrukte, sondern auch Realsachverhalte, Ketten und Verschränkungen praktischen Handelns sind. Als rechtlicher Anknüpfungspunkt kann immerhin § 10 VwVfG herangezogen werden, demzufolge Verfahren »einfach, zweckmäßig und zügig« durchzuführen sind. So können Wirtschaftlichkeits- und sonstige Effizienzgesichtspunkte Determinanten für die Ausgestaltung und Handhabung von Verwaltungsverfahren sein. Gleiches gilt für die Anliegen der Akzeptanzförderung, der Implementationstauglichkeit und der Eignung, Innovationen zu fördern. Es sind Regeln guter administrativer Praxis, die hier wirksam werden. Nur ein nicht exakt festliegender Teil von ihnen ist rechtlich verfestigt. Trotzdem ist ihre Beachtung wichtig, wenn die Rechtsziele von Verfahren erreicht werden sollen.

E. *Gliederungsskizze einer systematischen Darstellung des Verwaltungsverfahrensrechts*

Verwaltungsverfahren zwischen »Rechtsschutzgewährleistung und Rationalitätsgarantie«, zwischen »nationaler und europäischer Rechtsentwicklung«, zwischen »klassischem Vollzugsauftrag und situativ-kooperativer Rechtskonkretisierung« – zahlreiche Konsequenzen der damit umschriebenen Perspektivenerweiterungen der verfahrensrechtlichen Dogmatik sind in Rechtsprechung und Schrifttum bereits aufgenommen. Die Kommentare zum Verwaltungsverfahrensgesetz sind in jüngerer Zeit bemüht, Ergänzungs- und Änderungsnotwendigkeiten – sei es im Rahmen der Einzelerläuterungen, sei es auf der mittleren Abstraktionsebene der Einleitungen und Vorbemerkungen – mit zu bedenken⁷⁵. Sicher ist insofern noch Vieles vertiefungsbedürftig⁷⁶. Doch nicht darum soll es hier gehen. Vielmehr soll in der Form einer Gliederungsskizze aufgezeigt werden, wie eine systematische Darstellung des Ver-

74 Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schuppert, Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts (Fn. 11), 115 (130 ff.).

75 Vgl. z.B. Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2000, Einführung Rn. 24 ff., 51 ff., 76 ff; Henneke, in: Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2000, Vorb. § 1 Rn. 11 ff., 21 ff.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001, Einl. Rn. 128 ff. und Stelkens/Schmitz, dort, § 9 Rn. 5 ff.

76 Zu den Gründen der Rezeptionsschwierigkeit vgl. Ramsauer in diesem Bande, 387 ff.

waltungsverfahrensrechts aufgebaut sein muß, die an die überkommenen verfahrensrechtlichen Vorstellungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anschließt und diese unter Beachtung der aufgezeigten Perspektivenerweiterungen zu einem veränderten Konzept verfahrensrechtlichen Denkens im Verwaltungsrecht fortentwickelt.

Erster Abschnitt: Grundlagen

A. Verwaltungsverfahren in einer veränderten Verwaltungssituation

I. Die Öffentliche Verwaltung vor den Herausforderungen der Gegenwart

Darstellung, die die Hauptthemen der Reformschriften aufnimmt:

- neue Verantwortungsteilungen zwischen Staat und Gesellschaft: von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung, regulierte Selbstregulierung;
- neue Informations- und Kommunikationsformen: Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft;
- Anforderungen der Wissensgesellschaft und ihrer technischen Realisation: Flexibilität und Innovationsfähigkeit;
- Konsequenzen der Europäisierung und Internationalisierung: Vernetzungen.

II. Das Verwaltungsverfahren im Kontext veränderter staatlicher Steuerungs- und Kontrollformen

1. Erweiterte gesetzliche Programmierungsarten

- konditional und final;
- materiell und prozedural-organisatorisch.

2. Alte und neue Kontrollformen

- förmliche externe Kontrollen: Gerichtsbarkeit;
- informelle externe Kontrollen: Öffentlichkeit.

3. Zunehmender Bedarf an Selbstprogrammierung und Selbstkontrollen

- Administrative Normsetzung;
- Neues Steuerungsmodell.

III. *Das Verwaltungsverfahren im Kontext vielfältiger normativer Orientierungen des Verwaltungshandelns*

- Gesetz- und Rechtmäßigkeit,
- Wirtschaftlichkeit, Effizienz,
- Akzeptanz, Aktivierungspotential,
- Flexibilität, Kreativität.

IV. *Das Verwaltungsverfahren im Kontext ausdifferenzierter administrativer Handlungsformen*

- imperativ/hierarchisch,
- kooperativ/konsensual (»verhandelnde Verwaltung«),
- koordinierend (»verteilende Verwaltung«),
- moderierend (»vermittelnde Verwaltung«),
- informationell,
- informell.

B. *Gegenstand und Methoden des Verwaltungsverfahrensrechts*

I. *Unterschiedliche Konzepte von Verwaltungsverfahren*

1. *Funktionell: Verfahren*

- als Realvorgang,
- als theoretisches Konstrukt,
- als normative Ordnungsidee.

2. *Historisch: Verwaltungsverfahren*

- als Mittel der Rechtsverteidigung (z.B. Widerspruchs- und Rekursverfahren),
- als Mittel der Rechtssicherung (VwVfG-Konzept),
- als Rahmen für multipolare Interessenklärungen,
- als Garant von Rationalität und Gemeinwohlfähigkeit administrativen Handelns.

II. *Verfahren und Verfahrensrecht*

- Die Steuerungsperspektive des Verfahrensrechts,
- Die Doppelstellung des Verfahrens als Mittel der Rechtsfindung (z.B. Prozeßrecht) und als Gegenstand rechtlicher Regelung,
- Verfahren als Handlungsgefüge und die methodischen Schwierigkeiten, ihre Elemente isoliert zu erfassen und ihre Wirkungen zu prognostizieren.

III. *Methodenfragen des Verwaltungsverfahrensrechts*

Das Verfahrensrecht im klassischen Auslegungskanon und die Notwendigkeit zweier Erweiterungen:

1. *Einfluß sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse*
 - Rechtstatsachenforschung im Verfahrensrecht;
 - Speziell: Legitimation durch Verfahren;
 - Speziell: Ökonomisierung des Verfahrensrechts.
2. *Einfluß der Rechtsvergleichung*
 - Allgemein: Rechtsvergleich als »fünfte Auslegungsmethode«;
 - Speziell: Interpretation von Verfahrensrecht im Vollzug von EG-Recht.

IV. *Die Spezifika von Verwaltungsverfahrensrecht*

1. *Seine unterschiedlichen Aggregatzustände*

Verfahrensrecht als außenwirkende Rechtssätze, aber auch als Innenrecht (Geschäftsordnungen, Verwaltungsvorschriften) oder überhaupt nur als soft law: erkennbar ein Bedürfnis nach differenzierenden Steuerungswirkungen, nicht nur im deutschen, sondern auch im EG-Recht.
2. *Sein Verhältnis zum materiellen Recht*
 - Dogma von der »dienenden Funktion«;
 - Dogma von der »Richtigkeitsgewähr« durch Verfahren.

V. *Kodifikationen des Verwaltungsverfahrensrechts*

- Entwicklungen der Kodifikationsidee in Deutschland;
- Zum Stand der Kodifikationen in Europa (Exkurs: Erfahrungen mit dem APA und seinen Ergänzungen in den USA);
- Diskussionen um eine EG-Kodifikation des Verfahrensrechts (für das Eigenverwaltungsrecht oder auch für das Gemeinschaftsverwaltungsrecht).

C. *Die normativen Grundlagen des Verwaltungsverfahrensrechts in Deutschland und in der Europäischen Union*

1. *Verwaltungsverfahren und deutsches Verfassungsrecht*

1. *Grundansatz*

Verwaltung als Verfahren: die Verfahrensgeprägtheit der gewaltenteilenden Ordnung des Art. 20 Abs. 3 GG.

2. *Spezielle Verfassungsbezüge*

- Grundrechtsschutz in und durch Verfahren;
- Demokratische Komponenten von Verwaltungsverfahren;
- Verwaltungsverfahren in der föderalen Ordnung;
- Verwaltungsverfahren und das haushaltsrechtliche Wirtschaftsgebot.

II. *Verwaltungsverfahren im Recht der Europäischen Union*

1. *Grundansatz*

Verfahren als Scharniere »Europäischer Verwaltung« (Art. 10 EGV): Letztere ist praktisch weit weniger ein Organisations- als ein Verfahrensgefüge; ihre Vollzugsmechanismen sind Abfolgen kooperativer Verfahren.

2. *Spezielle Verfahrensbezüge*

- Die prozedurale Komponente der EG-Eigenverwaltung;
- Die sog. Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.

Die Vollzugseffektivität (effet utile) als gemeinsame Idee prozeduraler Rechtsverwirklichung im Unionsraum.

*Zweiter Abschnitt: Bauformen und Strukturen von Verwaltungsverfahren**

A. *Verwaltungsaufgaben, Ziele und Strukturen von Verwaltungsverfahren*

Das methodisch schwierige Verhältnis von Aufgaben, Zielen und Strukturen.

1. *Verwaltungsaufgaben*

1. *externe Aufgaben*

- Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge,

* Aufgabe dieses Abschnitts ist es, typische Bauformen zu analysieren und daraus Grundmuster (»Arrangements«) von Verwaltungsverfahren zu entwickeln. Methode und Darstellungsweise sind *funktional* geprägt, müssen aber für rechtsdogmatische Aussagen anschließfähig sein.

- Marktordnung und Marktstrukturierung,
- Räumliche Planung,
- Infrastruktursicherung,
- Wirtschafts- und Sozialförderung.

2. *interne Aufgaben*

- Programmierung, Aufsicht, Controlling,
- Ressourcenbewirtschaftung,
- Aufgabenprospektion.

II. *Verfahrensziele*⁷⁷

- Rechtsgeprägte Ziele: Rechtsanwendung, Rechtsschutz, Rechtskonkretisierung;
- Ökonomisch geprägte Ziele: Wirtschaftlichkeit, Effizienz, Rechtzeitigkeit;
- Politisch geprägte Ziele: Artikulation und Ausgleich von Interessen, Akzeptanz von Lösungen, Legitimation.

Umgreifende Funktionen (Basisfunktionen): Information, Maßstabkonkretisierung, Kontrolle.

III. *Strukturbildende Faktoren**

1. *Bezugspunkt: Informationen*

Verfahrensstrukturen und -mechanismen zum Umgang mit Informationen in Verfahren:

- Zugang zu Informationen,
- Umgang mit Informationen.

2. *Bezugspunkt: Selektionsleistungen*

Die Ordnungsleistungen von Verfahren beruhen auf den gegensätzlichen Gedanken der Kooperation und der Selektion (Segmentierung).

- Verfahrensrahmen als Ansatz für Inklusionen und Exklusionen;
- Verfahrensphasen und phasenspezifisches Abschichten von Erkenntnissen, Verständigungen etc.

⁷⁷ Sie sollen helfen, die Verwaltungsaufgaben möglichst richtig zu erfüllen. Hier wirken auch die »normativen Orientierungen« des Verwaltungshandelns ein, jedoch in verfahrenstypischer Zuspitzung; u.U. muß zwischen primären und sekundären Zielen getrennt werden.

* Hier wirken vor allem sozialwissenschaftliche Erkenntnisse ein: Außen- und Innendifferenz, Rollenmuster, Verfahrensarenen, Kontexte. Rechtlich lassen sich Verfahrensstrukturen von den Bezugspunkten zweier prozeduraler Grundaufgaben her erschließen: Informationsverteilung (1) und Selektionsleistungen (2).

IV. *Bauformen des Verwaltungsverfahrensrechts*

1. *Elemente des Verwaltungsverfahrens als Realsachverhalt*

- Verfahrensverantwortung, Verfahrensherrschaft.
- Verfahrensbeteiligte: Verwaltungen, Private als Antragsteller, Antragsgegner, Dritte, Verbände, Öffentlichkeit.
- Verfahrensphasen: Eröffnung, Ermittlungen, Entscheidungsbildung, Entscheidungsumsetzung, Prüfung.
- Verfahrenshandlungen: Erklärungen, Verweigerungen, Vorgespräche, prozedurale Abstimmungen.
- Verfahrensarenen: Gespräche, Erörterungstermine, mündliche Verhandlungen, Konferenzen.
- Verfahrensmaßstäbe (sie sind nicht mit den Verfahrenszielen identisch, sondern verfahrensimmanent): Effizienz, Effektivität, Sorgfalt, Beschleunigung.
- Verfahrensergebnisse: Entscheidungen und Realhandlungen, formelle und informelle, endgültige und vorläufige, einseitige und zweiseitige Entscheidungen.
- Verfahrensverbindungen: Vor-, Haupt- und Nachverfahren; Vollzugs-, Ergänzungs-, Kontrollverfahren.

2. *Rechtliche Grundformen (Überblick)*

- Verfahrenszuständigkeiten, Verfahrensermessen,
- Beteiligtenstellungen,
- Mitwirkungsrechte und Mitwirkungslasten,
- Beweismittel, Beweislast,
- Administrative Verfahrensrechtsstandards: Neutralität, Vertraulichkeit, Fairneß,
- Abschließende Entscheidungen: Formen, Bestandskraft,
- Gerichtsschutz für Verfahrensrechte.

B. *Grundfunktion: Das Verwaltungsverfahren als Informationsordnung*

I. *Verfahren als Mittel der Informationsverarbeitung*

- Die Information als Steuerungsfaktor,
- Arten verfahrensrelevanter Informationen,
- Verarbeitungstechniken.

II. *Die administrative Informationsgewinnung*

- Informationsbestände der Verwaltung,
- Mittel externer Informationsbeschaffung.

III. *Die private Informationsgewinnung*

- Auskunft und Akteneinsicht,
- Informationsfreiheit.

IV. *Pflichten im Umgang mit erhaltenen Informationen*

- Geheimhaltung: Amtsgeheimnis, Vertraulichkeit,
- Datenschutz.

V. *Informationszüge in der Europäischen Verwaltung*

- Vertikaler und horizontaler Informationsaustausch,
- Europäische Informationsagenturen.

Dritter Abschnitt: Das Standardverfahren des § 9 VwVfG und seine Varianten

Zugrundegelegt sind folgende Darstellungsüberlegungen:

- Soweit wie möglich ist eine standardisierte Darstellung für alle Typen zu verfolgen: Konzept, Vorkommen im Recht (Rechtsgrundlagen), Ablauf, Bauformen, Verfahrensverbindungen, Verfahrensergebnisse, Verfahrensfehler und Sanktionen.
- Das einfache Verwaltungsverfahren der §§ 9 ff. VwVfG, das nun einmal einen zentralen Platz in Praxis, Dogmatik und Gesetzgebung hat, sollte dabei den Ausgangspunkt bilden und in einem eigenen Abschnitt behandelt werden. Die Reformideen müssen insoweit Punkt für Punkt integriert werden.

A. Das *Verwaltungsverfahren* der §§ 9 ff. VwVfG als *Standardverfahren*

I. *Konzept und Kommunikationsbeziehungen*

1. *Konzept und Konzeptwandel*

Im Grundsatz ein zweipoliges, rechtssicherndes Entscheidungsverfahren der Vollzugsverwaltung. Es ist aber sehr wohl geeignet, neue Entwicklungen aufzunehmen. Die großen »Rezeptoren« sind die Formenfreiheit und das Zweckmäßigkeitsgebot (§ 10 VwVfG).

2. *Vielfalt der Verfahrensmedien*

- Sprachenfragen (§ 23 VwVfG),
- Mündlichkeit und Schriftlichkeit,
- Nutzung der elektronischen Form,
- Konzeptwandel in der elektronischen Welt.

3. *Unterschiedliche Verfahrenspraktiken*

- der äußere rechtliche Ordnungsrahmen und die *informale* Handhabung: Vorgespräche nach Vorverständigung;
- das sich wandelnde *Rollenverständnis*: zwischen »hoheitlicher« und »verhandelnder« Verwaltung;
- *Verfahrenspraxis* zwischen Konfrontation, Paternalismus und Eigenverantwortung.

II. *Die Verfahrensbeteiligten und ihre Verantwortung*

1. *Die förmlichen Beteiligtenrollen*

- verfahrensleitende Behörde,
- Private: Adressaten, Antragsteller, Dritte,
- Verbandsbeteiligungen,
- Beteiligung weiterer öffentlicher Stellen,
- Verfahrensmittler (→ B),
- Exkurs: Sachverständige und Auskunftspersonen (→ B).

2. *Verfahrensrechtsverhältnisse*

- zwei- und mehrpolige; echte und »hinkende«;
- Vertretung im Verfahren (§§ 14 ff. VwVfG).

3. *Verfahrensverantwortlichkeiten*

Von der Verfahrensherrschaft der Behörde zum gemeinsamen Verfahrensförderungsinteresse:

- a) Wandlungen des *Untersuchungsgrundsatzes* (§ 24 VwVfG)
 - Alleinauftrag der Behörde,
 - nachvollziehende Amtsermittlung.
- b) *Mitgestaltungschancen* und Mitwirkungslasten.

4. *Die verfahrensinterne Verwaltungscoordination*

- Beteiligtenregelungen für andere Behörden,
- Zusammenarbeit (z.B. §§ 71a ff. VwVfG).

III. *Der Verfahrensablauf und seine Phasen*

1. *Seine internen Rationalisierungsaufgaben*

Darstellung orientiert an »idealtypischen Entscheidungsebenen«.

2. *Sein äußerer Ablauf und seine informale Handhabung*

- Eröffnung, Antragstellung, Ermittlung und Verhandlung, Entscheidung und Entscheidungsbekanntgabe,
- Zwischenentscheidungen in Verfahren,
- Nachholung von Verfahrenshandlungen.

3. *Die Eigendynamik des Verfahrens*

- Verfahrensbeschleunigung, Verfahrensaussetzung, Verfahrensabbruch,
- Mittel gegen Widerstände, Verzögerungen, Obstruktion,
- Verfahren »in« Verfahren.

4. *Die Veränderungen der Entscheidungsstruktur durch die Rationalitäten der verhandelnden Verwaltung*

a) *alternative Verhandlungslösungen*

- Einbeziehung von Kompensationslösungen, Koppelungsverbote;
- Reformalisierung, z.B. durch Verhandlungsverbote, Dokumentationspflichten bei ex-parte-Gesprächen.

b) *gesetzesakzessorische Verhandlungslösungen.*

5. *Die Veränderungen der Entscheidungsstruktur durch das Neue Steuerungsmodell (NSM)*

- Traditionelle Entscheidungsdeterminanten,
- Veränderungen durch Binnensteuerung,
- insbesondere zur Legitimität des Effizienzkriteriums.

IV. *Verfahrensergebnisse und ihre Umsetzung*

Sie sind Ergebnisse der Rechtsanwendung *und* eines durchlaufenen kommunikativen Prozesses.

1. *Die rechtsförmliche Fassung*

a) *Verwaltungsakte*

Ihre äußere Form (§§ 37, 39, 41 VwVfG), vor allem die Erfassung und Gestaltung ihres »Regelungsgehalts« (§ 35 VwVfG) auch durch Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG);

Bestandskraft und Flexibilitäten, Wiederaufnahme (§ 51 VwVfG), Aufhebung (§§ 48, 49 VwVfG); vorläufige Akte, Teilentscheidungen.

b) *Verträge*

Erfassung ihres »Vereinbarungsgehalts« nach Maßgabe des Privatrechts und der §§ 54 ff. VwVfG. Bestandskraft und Flexibilitäten; clausula rebus sic stantibus (§§ 59, 60 VwVfG).

c) *Negative Verfahrensergebnisse; der Abbruch von Verfahren.*

2. *Besondere Entscheidungswirkungen*

insbes. zu gestuften und parallelen Verfahren:

- Gestattungs- und Gestaltungswirkung,
- Konzentrationswirkung, Präklusionswirkung.

3. *Umsetzung*

Einordnung der Verfahrensergebnisse in den weiteren Aufgabenkontext:

- Verwaltungsvollstreckung,
- sonstige Sanktionen,
- Umsetzungsanreize.

4. *Controlling*

Analyse der effektiven Entscheidungswirkungen in der Programmstruktur:

- Beobachtungs- und Berichtspflichten,
- Korrekturen: z.B. konkrete Rückforderungen, Programmänderungen.

B. *Bauformen zur besonderen Ausgestaltung des Standardverfahrens**

I. *Das Konzept des »förmlichen« Verwaltungsverfahrens*

Entwicklungen vom gerichtsförmigen zum komplexen Verwaltungsverfahren.

1. *Die Ausprägung in §§ 63 – 71 VwVfG*

2. *Insbesondere: Verfahren mit mündlicher Verhandlung.*

II. *Verfahren mit obligatorischer Öffentlichkeitsbeteiligung*

1. *Die Rolle der Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren:*

- Impulsfunktion,
- Kontrollfunktion.

Probleme der Eigendynamik und der Gesetzmäßigkeit.

2. *Ausprägungen von Öffentlichkeitsbeteiligung*

- Beispiel: Planfeststellung (§§ 72 ff. VwVfG),
- Beispiel: Genehmigungen nach BImSchG, GenTG.

III. *Öffentliche Ausschreibungen als Bauformen des Verfahrensrechts*

1. *Beispiele aus unterschiedlichen Bereichen: Vergabewesen, Beamtenrecht, Lizenzvergaben im Regulierungsverfahren.*

2. *Anforderungen an die Ausschreibung*

- sprachliche und textliche Anforderungen,
- Gegenstandsbestimmung und »Kongruenzgebot«.

3. *Die eigene Rationalität von Ausschreibungen, insbes. die Konsequenz temporärer Verhandlungsverbote; Nachverhandlungen und Flexibilitätsnotwendigkeiten.*

* Hier sollten einige typische komplexe Bauformen vorgestellt werden, die schon im VwVfG oder im Fachrecht mit dem Standardverfahren kombiniert werden. Die Durchsicht der Gesetzespraxis zeigt, daß es nur wenige ganz eigenständig ausgeformte Verwaltungsverfahren gibt. Die meisten (auch die meisten komplexen) Verfahren dagegen sind eher Derivate des Standardverfahrens. Es ergibt sich das Bild einer mit »Modulen arbeitenden Systematik des Verfahrensrechts«. Dazu *Vorabdruck* in diesem Bande, 277 ff.

IV. *Rekursive Prüfungsmechanismen in Verfahren*

Einbeziehung von Komponenten, die den inneren Entscheidungsprozeß besonders strukturieren und eine spezifisch bedachtsame Informationsverarbeitung festlegen sollen.

1. *Beispiel: Prüfung der Umweltverträglichkeit nach UVPG*
 - a) qualifizierte Informationssammlung,
 - Behördenbeteiligung,
 - Öffentlichkeitsbeteiligung.
 - b) qualifizierte Informationsverarbeitung (§§ 11, 12): ›Beschreibung, ›Bewertung, ›Berücksichtigung.
2. *Beispiel: Prüfung der Wirtschaftlichkeit nach HGrG, BHO*
 - Kosten- und Leistungsrechnungen (§ 6 III HGrG),
 - Interessenbekundungsverfahren (§ 7 II BHO).

V. *Die Einschaltung von Verfahrensmittlern*

1. *Der schlichte Verfahrensmittler*
2. *Mediationsverfahren und sein rechtlicher Rahmen*
 - Stellung des Mediators,
 - Verhandlungsphasen und Verhandlungstechniken,
 - Einbau des Mediationspaktes in das Verwaltungsverfahren.

VI. *Der Einbau selbstregulatorischer Komponenten in das Verwaltungsverfahren*

1. *Sachverständige*

Ihre unterschiedliche Stellung im Verfahren: Entwicklungen zu mehr Eigenkontrollen.

 - Tätigkeit im Auftrag der Behörde,
 - Erstellung von Privatgutachten, in qualifizierter Form als Ausdruck von Eigenkontrollen des Antragstellers oder Kontrollunterworfenen.
2. *Zertifizierungen*

Sie sind privat erwirkte Begutachtungen:

 - Die Einbeziehung ihrer Ergebnisse in Verwaltungsverfahren setzt die Einhaltung bestimmter privater Standards voraus; deren Kontrolle u.U. durch Akkreditierung (als eigenes Verwaltungsverfahren).
 - Beispiel: Bedeutung des Öko-Audit für Verwaltungsverfahren.

VII. *Der Einbau von Komponenten, die Entscheidungen durch Marktmechanismen ersetzen*

1. *Ausschreibungen zu Preisangeboten*

Das Beispiel des öffentlichen Vergabewesens.

2. *Einbau von Versteigerungslösungen (vgl. § 8 TKG)*

- Zulässigkeit und Grenzen,
- Anforderungen an das Versteigerungsverfahren,
- Bedeutung des Ergebnisses für den Verfahrenszusammenhang.

C. *Die Verfahrensfehlerlehre*

Es empfiehlt sich, dieses klassische Rechtsthema nicht schon bei A) zu behandeln, sondern nach B) eigenständig, um die Komplexität – insbesondere auch im Blick auf Fehler in den besonderen Verfahrenskomponenten – richtig zu erfassen. Folgende Perspektiven sind zu bedenken*:

- *Verfahrensfehler*: Verstöße gegen das einschlägige Recht; aber auch gegen andere Verfahrensmaßstäbe.
- *Fehlersanktionen*: Sanktionen auf der Ebene des Rechts; aber auch andere Sanktionen (Haftung, Vertrauensverlust, Realisierungseinbußen).
- Notwendigkeit der Einbeziehung des EG-Rechts, insbes. in die Frage der Sanktionsintensität, und des Rechtsvergleichs, mindestens als Rechtserkenntnisquelle.

I. *Fehlertypologie*

II. *Fehlersanktionen I: Verfahrensbezogene Sanktionen*

- präventive und repressive Sanktionen;
- Fehlerbehandlung; Nachholung unterbliebener Handlungen, Heilung.

III. *Fehlersanktionen II: Die Aufhebbarkeit der Sachentscheidung*

1. *Abhängigkeit vom Konzept gerichtlicher Verwaltungskontrollen*

- Individualrechtsschutz,
- objektive Kontrollaufträge.

* *Schmidt-Aßmann/Krämer*, Europ. Zeitschrift des öffentlichen Rechts/European Review of Public Law, 1993, Sonderheft S. 99 ff.

2. Modelle der Fehlerunbeachtlichkeit

- Ausprägungen des Kausalitätsgedankens,
- Materielle Konkordanz.

IV. Speziell: Fehler bei grenzüberschreitender Verfahrenskooperation

V. Verfahrensfehler als Verlust an rechtsstaatlicher Rationalität

Vierter Abschnitt: Ausgewählte Verfahrensarten des deutschen und europäischen Verwaltungsrechts

A. Verfahren für ausgewählte Sachaufgaben

I. Zulassungsverfahren

- für Anlagen, Produkte, Tätigkeiten,
- berufsqualifizierende Prüfungsverfahren.

II. Aufsichtsverfahren

- im Banken-, Versicherungs- und Kapitalmarktrecht. Beispiel für die Internationalisierung des Verwaltungsrechts;
- im Chemikalien- und Arzneimittelrecht: Beispiel für »Lernen«.

III. Förderungsverfahren

- Beihilfeverfahren: nach nationalem und europäischem Recht;
- Verfahren der Wissenschaftsförderung: peer review, Evaluation.

IV. Vergabeverfahren

Das Beispiel der öffentlichen Aufträge nach §§ 97 ff. GWB.

V. Regulierungsverfahren

Verfahren und Verfahrenszusammenhänge nach PostG, TKG, EnW, AEG.

- Verteilungsverfahren,
- Entgeltregulierungsverfahren.

VI. *Raumplanungsverfahren*

- Bauleitplanung und Regionalplanung,
- speziell die neue Plan-UVP.

VII. *Normsetzungsverfahren*

1. *staatliche Normen: hier insbes. zur Frage, inwieweit APA mit den rule-making und negotiated rulemaking Vorbild sein kann.*
2. *kooperative Normsetzung: Regulierte Selbstregulierung bei der Normsetzung.*

VIII. *Komplexe Verhandlungsverfahren*

Beispiele aus der Gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung:

- Verfahren mit individuellen Akteuren,
- Verfahren mit korporativen Akteuren,
- Verfahren in Organisationsform: Bundesausschüsse nach § 91 SGB V.

B. *Verfahren intra- und interadministrativer Steuerung, Kontrolle und Kooperation*

I. *Amtshilfeverfahren*

- Verfahren der Informationshilfe,
- Vollzugs- und Vollstreckungshilfe,
- Amtshilfe im EG-Recht.

II. *Impactverfahren*

- Prüfungen der Umwelt- oder Sozialverträglichkeit,
- Prüfungen der Effizienz und Wirtschaftlichkeit.

III. *Neue Verfahren des Controlling*

- Berichtswesen,
- NSM im behördlichen Bereich,
- Verfahren in öffentlichen Unternehmen.

IV. *Aufsichtsverfahren gegenüber Selbstverwaltungsträgern*

V. *Verfahren der europäischen Verwaltungskooperation*

- Informationsverfahren,
- Zentrale, dezentrale und isoliert nationale Zulassungsverfahren,
- Transnationale Verwaltungsakte.

Stichwortverzeichnis

- Aarhus-Konvention 113
- Abfallentsorgungsanlagen 58
- Abgabenordnung 29, 74, 88, 129
- Ablauforganisation 12
- Ablaufprozesse 26
- Absprachen, informelle 396 f.
- Abwägungsgebot 187
- Abwägungskontrolle 422, 425
- Abwägungsrichtigkeit 27
- Äquivalenzgrundsatz 117
- Akkreditierungsverfahren 35, 36, 60, 312, 318 ff.
- Akkreditierungsvoraussetzungen 318 ff.
- Akte
 - Papierakte 249, 257
 - Wahrheit und Vollständigkeit der Akte 257
- Akteneinsicht 37, 52, 80, 226, 228 f.
- Aktenführung
 - elektronische 244
 - papierschriftliche 249, 257
 - System 260
- Akzeptanz 27, 91 f.
- Akzeptanzsicherungsfunktion 29
- Allokationsmechanismus, wirtschaftlicher 303
- Alternativenvergleich 37
- Amtsermittlung 43, 120, 209
 - nachvollziehende 120, 209, 379, 406 f.
- Amtsermittlungsgrundsatz 120, 405 f.
- Amtshaftung 240
- Amtshilfe 38, 273 f.
- Angebotsgesetzgebung 133
- Angebotsordnung 378
- angloamerikanisches Recht 96
- Anhörungs/-spflicht 37, 119, 173, 187 f., 230, 241, 173, 195
 - Beteiligtenanhörung in privatisierten Bereichen 187 f.
 - betroffener Kreise 303 f.
 - öffentliche Anhörung nach § 18 GenTG 338
- Anmeldeverfahren 30, 336
- Ansprechpartner 378
- Antidumpingverfahren 203
- Antragsbearbeitung
 - Reihenfolge 227
- Antragskonferenz 37, 345
- Antragsrechte 37
- Antragstellung 313
- Antragsunterlagen 225
- Antragsverfahren 42
- Anzeigespflicht 319
- Anzeigeverfahren 30, 283
- Arbeitsgruppe
 - Ad-hoc-Arbeitsgruppe 245
 - virtuelle Arbeitsgruppe 244
- Arbeitsteilung, Prinzip der 243
 - s. a. Problembewältigung*
- Arbeitsweise, informationstechnisch integrierte 243
- Archivierung 260
- Artteilung 370
 - s. a. Informationsermittlung*
- Asylrecht 29
- Audit-Verfahren 15, 35, 36, 55, 60, 152, 166, 168, 177, 264, 282, 318, 320 ff., 325 f.
- Auffangverantwortung 33
- Aufgabenprogrammierung 383
- Aufgabensteuerung 369
- Aufgabenübernahme, staatliche 31 ff.
- Aufmerksamkeitsfelder verfahrensrechtlicher Dogmatik 48 ff.
- Aufsicht 38
- Ausdifferenzierung des Verwaltungshandelns 29
- Ausgleichsfunktion 29
- Aushandeln 42, 55
 - einer Option 44
- Auskunft 37

- Ausland 94 ff.
- Ausschreibungsverfahren 37, 296
 - offene Ausschreibung 298
- Ausstattung 319
- Außenperspektive 41
- Außen- und Innenrecht 12, 367
- Austausch des Mittels 37
- Auswahl
 - der Beteiligten i.w.S. 37
 - von Optionen 38
- Auswahlentscheidung 300 f., 304, 308
- Auswahlkonzepte, rationale 308
- Auswahl- und Preisbildungsmechanismus, marktwirtschaftlicher 304
- Auswahl- und Verteilungsverfahren 36
- Autonomie, mitgliedstaatliche 115 f.

- Backoffice 236
- Bankaufsicht 36
- Baumusterprüfung 311
- Baurecht 29
- Bearbeitungsfristen 338
- Bearbeitungsstandards 376
- Beauftragter für die Biologische Sicherheit 336
- Baugesetzbuch 88
- Bauordnungsrecht 79 f.
- Bebauungsplan, vorhabenbezogener 166
- Befangenheit 59, 172, 184 f., 299 f.
 - institutionelle 38, 53, 211
- Begründung 38, 119, 173
 - in privatisierten Bereichen 187 f.
 - Begründungspflichten 25, 51, 230, 314
- Beirat Verwaltungsverfahrensrecht 139
- Bekanntgabe 240
- Beleihung 313, 318
- Benannte Stellen 312, 314
 - im Produktsicherheitsrecht 167, 186 f.
- benchmarking 41
- Bentham, Jeremy 83
- Benutzeroberfläche 260
- Beratung 37
 - Vorfeldberatung 313, 335, 344

- Bereichskodifikation 86 ff., 125
- Berichtspflichten 375
- Beschleunigung 30, 136, 282
- Beschleunigungsdebatte, Rezeption der 395
- Beschleunigungsgesetzgebung 72 ff., 136 ff., 421 ff.
- Beschwerdemanagement, aktives 376
- Bestandskraft 25, 118, 382
- Beteiligung 44, 48
 - Beteiligungsoffenheit 59
 - Beteiligungsrechte 12, 25
 - Betroffenenbeteiligung 172
 - Betroffenenbeteiligung in privatisierten Bereichen 186 f.
 - anderer Gremien und Behörden 304
- Betrachtungsweise, outputorientierte 356
- Betreuungspflicht 240
- Beweislastregeln 25, 195
- Bindungsfreiheit 63
- Brückenbegriffe 31
- Budget 374
- Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik 263
- Bundesdatenschutzgesetz 77 f.
- Bundesstaatlichkeit 13
- Bürgerbüro 236, 370
- Bürgerliches Gesetzbuch 100, 127 ff.
- Bürger Nähe der Verwaltung 248

- CE-Zeichen 311
- Chancengerechtigkeit 23, 56, 58, 64
- Charta der Grundrechte der Europäischen Union 18
- Common Law 96
- Controlling 356, 362 f., 368, 371, 374 f.
 - operatives Controlling 363
 - Budget-Controlling 362
 - strategisches Controlling 363
 - Ziel-Controlling 362

- Datenbanken 245
- Datensammlung, zentrale 337
- Datenschutz 45, 77 f., 242
- Datenschutz-Audit 15, 264, 325 f.
 - s. a. Audit-Verfahren*

- Datenschutzkonvention 113
- Dauer von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren 15
- Dekodifikation 71 ff.
 - horizontale 72 ff.
 - vertikale 79 ff.
- Demokratieprinzip 18, 20, 453 f.
- demokratische Legitimation 21, 47
- Deregulierung 72 ff., 90
- dezentrale Organisationsstruktur 356
- Dezentralisierung 366, 370 f., 378
- dienende Funktion des Verwaltungsverfahrensrechts 451
- Dienstweg 255
- Digital Divide 53, 231
- Diskurs 421
- Dimensionen rechtlicher Regulierung 32
- DIN EN-Reihen 45000 312
- Distanz 28, 53, 172
 - in privatisierten Bereichen 184 ff.
- Distanzgebote 25
- Dogmatik
 - s. Rechtsdogmatik*
- Dokumentation 249
 - Programmdokumentation 268
 - der Sicherheitsvorkehrungen 319
 - Verfahrensdokumentation 38
- Dokumentationspflichten 256, 319, 335
- Dokumente
 - elektronische 225
 - Lesbarkeit 263
 - Löschen 262
- Dualismus 122 f.
- Dynamik 104
- Effektivität, Grundsatz der 18, 28, 91 f., 117, 121, 122, 362
- Effizienz 28, 90, 282, 362, 372, 373, 410 ff.
 - als Legitimationsfaktor 48
- Effizienzbewertung 374
- Effizienzorientierung 383
- Effizienzsteigerungen 374
- Effizienzvorgaben 373
- E-Government 41, 45, 217
- EG-Recht 112 ff.
 - Eigenverwaltungsrecht 49, 113 f., 125 f., 455 f.
 - Einfluß auf das Verwaltungsverfahrensrecht 449 f., 455 ff.
 - Gemeinschaftsverwaltungsrecht 114 ff., 456
 - Kompetenz der EG 123
 - Verwaltungsverfahrensrecht 122
- Eingabekontrolle 256
- Eigenüberwachung 166
- Eigenverantwortlichkeit 319
- Eignungsprüfung 300, 308
- Eingriffswirkung und Gesetzesvorbehalt 63
- Einigungsverfahren 41, 44
- Einspruchsverfahren 314
- Einzelprüfung 311
- elektronische Aktenführung 244
- elektronische Information 270
- elektronische Informationssysteme 220
- elektronische Mitwirkungspflichten 225
- elektronischer Verwaltungsakt 52, 144 f.
- elektronisches Dokument 314
- elektronische Unterlagen 230
- elektronische Verfahrensdurchführung 226
- elektronische Vergabe 215
- elektronische Vernetzung 52
- Elektronisierung
 - der Verwaltungsarbeit 52, 144 f., 215
 - der Vorgangsbearbeitung 243
- EMAS-Logo, Vergabe des 323
- EMAS-Privilegierungsverordnung 60, 166, 177
- Emissionszertifikat 308 f.
- EMRK 113
- England 199
- Entföderalisierung 100 f.
- entgrenzte Verwaltung 253
- Entlastung 93
- Entscheidung 419 f.
 - Auswahlentscheidung 300 f., 304, 308
 - Erstentscheidung, Anpassung der 338

- punktuelle 288
- Reversibilität 288, 341
- standortbezogene 58
- Teilentscheidung 44
- Zwischenentscheidung 304
- Entscheidungsfindung, automatisierte 267
- Entscheidungsoptionen 24
- Entscheidungsrichtigkeit 50
- Entscheidungsverfahren 24
- Entscheidungsvorbereitung, Einschaltung Privater 15
- enquete publique 201, 207
- Erfüllungsverantwortung 33
- Ergebnis- und Erfüllungsverantwortung 33
- Erhaltung von Arbeitsplätzen 27
- Erkenntnismittel 420
- Ermessensermächtigung 22
- Ermessenskontrolle 422
- Ermittlungs- und Bewertungspflicht 336
- Ermittlungsverfahren 193
- Eröffnungskontrolle 36, 74
- Erörterung 37
- Erörterungstermin 41
- europäische Integration 13, 14, 18, 49
- europäisches Verwaltungsverfahrensrecht 112 ff., 147 f.
s. a. *EG-Recht*
- Europäisierung 17, 49 f.
 - des Verwaltungsverfahrensrechts 280 ff., 439 ff.
s. a. *EG-Recht*
 - Ausbildung von Netzwerken 445 f.
 - erweiterte subjektive Rechte 444
 - Konzept der informierten Öffentlichkeit 442
 - Verfahrensprivatisierung 443 f.
- Europarat 113
- European Governance 18
- Evaluationsklausel 105
- Expertenwissen 58 f.
- externer Sachverstand 341
- externer Verantwortungsbereich 367, 369
- Fachaufsicht 374
- Fachkunde 318
- Fachnähe 53
- Fairnessregeln 51
- Fehler
 - Bereinigung 46, 47
 - Definition 46
 - Fehlerfolgenregime 46 f., 57, 377, 381, 424
 - Fehlervermeidung 27
 - Heilung 46, 153, 283, 416
 - Kompensation 421
 - kooperative Beseitigung von Fehlern 381
 - Lernen aus Fehlern 375
 - optionenorientierte Fehlerbereinigung 47
 - softwarebedingte 266
- Fertigungskontrolle 311
- Flexibilisierung 17, 45
- Flexibilität 99, 104 f.
- Folgenberücksichtigung 40
- Folgendimensionen 40
- förmliches Genehmigungsverfahren 14, 30, 36, 132 f., 149 ff.
s. a. *Genehmigungsverfahren*
- Formulare 228
- Frankreich 95 f., 197
- Freistellungsverfahren 30, 36
- Freiwilliger Zwang 327
- Front Office 53, 236
- Gebührengestaltung 227
- Gefahrenabwehr 35, 205
- Gemeines Recht 102 f.
- Gemeinschaftstreue 116
- Gemeinwohl
 - -belange 28, 32 f., 51, 55
 - -erwartungen 32
 - -konkretisierung 59
 - -sicherung 50
- Genehmigungsfreistellungsverfahren 283
- Genehmigungsverfahren 289, 336
 - förmliches 14, 36, 132 f., 149 ff.
 - vereinfachtes 36
- Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz (GenBeschlG (1996)) 73, 81, 136 ff.

- Generalkodifikation 83 ff., 124, 125, 127
- Gentechnikrecht 35, 333 ff.
- Gentechnologie 334
- Gerichtsverfahren 20
 - Dauer 15
- Gesamtkodifikation 84
- Geschäftsprozesse 354
- Gesetzesausführung 13
- Gesetzesvorbehalt 14, 20, 63 ff., 262
- Gesetzesvorrang 14
- Gesetzgebung
 - Angebotsgesetzgebung 133
 - antizipative 105
 - experimentelle 105
 - Signalgesetzgebung 138 f.
 - sukzessive 102
- Gesetzgebungskompetenzen 100 f.
- Gesetzgebungsverfahren, Akteure des 141
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 298
- Gesetze zur Änderung verwaltungs-verfahrensrechtlicher Vorschriften
 - 1. VwVfGÄndG (1996) 73, 81
 - 2. VwVfGÄndG (1998) 73, 81
 - 3. VwVfGÄndG (2002) 144
- Gestaltungsauftrag 20, 22, 339
- gestuftes Verfahren 44
- Gewährleistungsverantwortung 33, 162 f.
- Gewährleistungsverfahren 36
- Gewaltenteilung, informationelle 252
- Gewerbegesetzbuch 107 ff.
- Glaubhaftmachungspflicht 195
- Gliederungsskizze einer systematischen Darstellung des Verwaltungsverfahrenrechts 457 ff.
- Globales Konzept 312
- Globalisierung 17
- Globalsteuerung 356, 358, 366, 374
- good practice 39
- Governance
 - s. Weißbuch »Europäisches Regieren«*
 - Good Governance 18, 41
 - Governance-Perspektive 364
- Grundbuch, maschinell geführt 215
- Grundrechtsschutz, verfahrensrechtlicher 62
- Grundsatz der materiellen Wahrheit 194, 195, 211
- Gutachter, externer 328
- Haftpflichtversicherung 319
- Handelsschutzverfahren 202
- Handlungs- und Steuerungsperspektive des Rechts 39 f.
- Handlungsformen 21, 25 ff., 34, 54, 131, 140, 138, 381
 - s. a. Verwaltungshandeln*
- Handlungsnetz 309
- Handlungsperspektive 39
- Handlungsprogramm 27
 - typisiertes 289
- Handlungsspielräume 373, 378
- hearing 201
- Heilung von Verfahrensfehlern 46, 283, 416
 - s. a. Fehler*
- Heterogenität der betroffenen Interessen 24
 - s. a. Interessen*
- Hierarchien, Abbau von 243, 254 ff.
- hybride Handlungsformen 21
- Hypertext-Strukturen 260
- Impact 40, 48, 359
- imperatives Verwaltungshandeln 34
- Implementationsinstanz, private 183
 - Verfahrenselemente 184 ff.
- Implementierbarkeit 28, 38
- Impulsfunktion 97 f.
- Individualinteressen 28
- informale Kooperationen 378
- Informalisierung 16
- Information 306
 - elektronische 270
 - Querinformationen 255
- Informationierung 16
- information overload 270
- Informationsasymmetrien 51
- Informationsaustausch 272
- Informationsermittlung, arbeitsteilige 43
- Informationsfreiheitsgesetz 79, 141 ff.

Informationsfunktion 29
 Informationsgenerierung 204
 Informationsgesetz 101, 109 ff., 143
 Informationsherrschaft Privater 42
 Informationsmanagement 204, 343
 Informationspflicht 299
 Informationsrechte 313
 Informationssysteme
 – elektronische 220
 – Stadtinformationssysteme 220
 informationstechnisch integrierte
 Arbeitsweise 243
 Informationsverarbeitung 15
 Informationsverwaltungsrecht 80,
 101
 Informationsverfahren 449 f.
 Informationszugang 49, 142, 229
 Informationszugangsrecht 29
 Informelles Verwaltungshandeln 14,
 21, 46, 54, 131, 138, 220
 Infrastrukturvorhaben 289
 Initiative 37
 Innenrecht 12, 367
 Innenrechtsverträge 373
 Innovation 90, 330
 Innovationsdruck 17
 Innovationsoffenheit 104 f.
 Inpflichtnahme 165
 inquiry 211
 institutionelle Befangenheit 38, 53
 s. a. Befangenheit
 integriertes Gesamtverfahren 40 f.
 integrierte Sachbearbeitung 370
 Interaktion 12, 25, 40, 41
 Interdependenzen 44 f.
 Interessen 24, 41, 44
 – Individualinteressen 28
 – Ressortinteressen 134
 Interessenartikulation 27
 Interessenausgleich 57
 Interessendurchsetzung 27
 Interessenschutz 21, 59
 – Verfahren als Interessenschutz
 39
 interner Verantwortungsbereich 367,
 369
 s. a. Verantwortungsbereich
 internes Verwaltungsverfahren 12

intra- und interbehördliche
 Abklärungen 40
 Italien 95
 IVU-Richtlinie 120, 281

 Japan 95
 Juristentag, 43. Deutscher 70 f.
 Justizlastigkeit 423

 Kaizen 372
 Kartellverfahren 202
 Kaskadenprinzip 298
 Klagebefugnis 383
 Kodifikation des Verwaltungsverfah-
 rensrechts 13, 15, 48 ff., 65,
 279 ff.
 – Bedarf/Bedürftigkeit 48, 101 f.
 – Begriff 83
 – Bereichskodifikation 86 ff., 125
 – Dekodifikation 71 ff., 79 ff.
 – des europäischen
 Verwaltungsverfahrensrechts
 123 ff.
 – Funktionen 89 ff.
 – Gefahren 98 ff.
 – Generalkodifikation 83 ff., 124,
 125, 127
 – Gesamtkodifikation 84
 – Idee 89 ff.
 – Kodifikationsbrecher 112
 – Kodifikationsdiskussion 105 ff.
 – Kodifikationsreife 101 f.
 – Rekodifikation 109, 127 ff.
 – Teilkodifikation 84, 347
 – als Verfahren 98
 Kohärenz 18, 19, 30
 Kommunikation 370
 Kommunikationsbeziehung, Verdich-
 tung der 344
 Kommunikationsforen 230
 Kompetenz der EG 123
 Kompilation 90
 konditionale Programmierung 20,
 370
 Konditionalsteuerung 46, 369, 374
 Konfliktmittlung 57, 408 f.
 Konformitätsbewertungsverfahren 3
 11 f.
 Konkurrenten, Unterrichtung von 38

- konsensuales Verwaltungshandeln 34
- Konstruktivismus 23
- Kontraktmanagement 359, 368, 373 f., 377
- Kontrolle 318, 375
 - dezentrale 122
 - Eröffnungskontrolle 36, 74
 - möglicher Rechtsfehler 39
- Kontrollaufgaben 309
- Kontrollmaßstab 27
- Kontrollnormen 39
- Kontrollperspektive 39, 390 ff.
- Kontrollsystem 427
- Konvergenz 115, 121
 - der europäischen Kontrollsysteme 426
- Konzentration der Bearbeitung 371
- Konzeptprogrammierung 383
- Konzentrationswirkung 25, 45
- Konzeptsteuerung 46, 369, 370
- Konzeptvorgaben 20, 22
- Konzeptwechsel 60
- Kooperation 14, 19 ff., 42, 43, 44, 122, 365
 - bei der Sachaufklärung 345
- Kooperationalisierung 17
- Kooperationsgedanke 41
- Kooperationslernen 55
- Kooperationsmacht 55
- Kooperationsverträge 54
- kooperative Aufgabenerfüllung (im Verwaltungsrecht) 41
- kooperative Bewertung von Umweltauswirkungen 15
- kooperative Handlungsverbünde 14
- kooperative Informationsaufnahme 43
- kooperativer Staat 42
- kooperative Sachverhaltskonkretisierung 380, 381
- kooperatives Normsetzungsverfahren 51
- kooperative Streitbewältigung 15
- kooperatives Vertragsrecht 140 ff.
- kooperatives Verwaltungshandeln 34, 138
- kooperative Zuordnungen 55
- Koordinierungsbedarf, verfahrensrechtlicher 282
- Koregulierung 19, 41
- Kosten-Nutzen-Präferenzen, individuelle 346
- Kundenbefragungen 375
- Kundeninteressen 375
- Landesdatenschutzgesetze 326
- Landesverwaltungsverfahrensgesetze 80 f.
- Lebenslagenkonzept 237
- Legalität 48
- Legitimation 14, 28
 - demokratische 21, 47
- Legitimationsfaktoren 48
- Legitimationsfunktion 29
- Legitimationskonzept 47 f.
- Legitimationsniveau, problemangemessenes 21, 48
- Leistungspflichten 374
- Leistungsprozesse 371
- Leistungsstörungsregime 377
- Leistungsversprechen 36
- Leitbild 20, 46
- Lernen aus Fehlern 375
- lernende Organisation 376, 381, 382
- Lernfähigkeit des Rechts 104
- Lesezugriffsrechte 248
- Lizenz 303
- Löschung 259
- Machtasymmetrien 20, 43, 48, 51, 56, 59
- Management von Interdependenzen 44 f.
- Manipulation, digitale 230
- Marktregulierungsverfahren 205
- Marktüberwachung 312
- Massenverfahren 283
- Maßstab 93
- Materielle Wahrheit 194, 195, 211
- Media@Komm-Wettbewerb 247
- Mediation 57 f., 220, 345, 408 ff.
- Mediendienstestaatsvertrag 325
- Mehrheitsentscheidung 58
- Mengenteilung 371
- Ministerialverwaltung, Aufgaben der 141
- Mitwirkung

- Beteiligtenmitwirkung 37, 42, 195
- Bürgermitwirkung 53
- Mitwirkungspflichten, elektronische 225
- Modell 94
- Moderation 34 Fn. 96, 57 f.
- Modernisierung 18
 - Modernisierungsdebatte 282 ff.
 - der Verwaltung 144
 - des Verwaltungsrechts 107
- Module 65
- Mündlichkeitserfordernisse 221
- multidimensionale Problemlagen 21
- multipolare Interessen- und Beteiligtenstrukturen 21

- Nachverhandlungsverbot 301
- Nachweispflichten 195
- Netzwerkstruktur 14, 254
- Neues Steuerungsmodell 40, 350, 356
 - als kooperative Verantwortungsordnung 357
- Neutralität 64
- Neutralitätspflichten 230
- Neutralitätssicherungen 307
- New Public Management 364
- Nichtförmlichkeit 45
- Nivellierungsgefahr 99
- Normungsorganisationen 317
- Normsetzung 21, 51 f
- Normsetzungsverfahren, kooperatives 51
- Normverwerfung 417 f.
- Novellierungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes 15

- Offenheit, Grundsatz der 18
- Offenlegung des herangezogenen Materials 59
- Öffentlichkeit
 - Beteiligung 345, 407 f.
 - Nutzung 48, 49
- öffentlich-rechtlicher Vertrag 21
- Offizialmaxime 210
- Öffnungsklauseln 104
- Öko-Audit 15, 166, 168, 177, 282, 318, 321 ff.

- s. a. Audit-Verfahren*
- Ökonomisierung 16
 - des Auswahlprozesses 62
- Offizialmaxime 194
- One-Stop-Government 236
- Online-Informationshilfe 274
- Organisation 350 ff.
 - fehlerfreundliche Gestaltung von 376
- Organisationsform, Wahl der 351
- Organisationssteuerung 351
- Österreich 94
- Österreichisches Bundesgesetz über das allgemeine Verwaltungsverfahren (1925) 69, 197
- Optimalität 28
- optionale Regelungsarrangements 346
- optionale Verfahrensregelungen 346
- Optionalisierung 346 f.
- Optionen 22, 44
 - Entscheidungsoptionen 24
 - Fehlerbereinigung 47
- Optionengesetzgebung 133
- Optionenoffenheit 48, 65 f.
- Optionenorientierung 43 f.
- Optionenreichtum des Rechts 47
- Optionensuche 44
- Optionenwahl 25, 38, 66, 346
- Ordnungsidee des Verfahrensrechts 38 ff., 48, 279, 430
- Organisationsprivatisierung 162
- Outcome 40, 48, 359, 361
- Outcome-Ziele 373
- Output 40, 361
- outputorientierte Betrachtungsweise 356
- Outputorientierung 371
- Outputsteuerung 358
- Output-Ziele 373

- Parteiengehör 195
- Partizipation, Grundsatz der 18, 41
- Personalmanagement 357
- Planänderung 25
- Planfeststellungsrecht 74
- Planfeststellungsverfahren 30, 201, 289
- Plangenehmigung 283

- Planungsverfahren 36
- Plan-UV 119
- Polen 95
- Polyzentralität 83
- Präklusion 25, 37, 45, 283
- Prioritätsgrundsatz 227
- Private in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben 64
- private Verfahrensherrschaft 56
- private Verfahrensstrukturierung 56
- private Verwaltungshilfe 56
- Privatisierte Bereiche 162
 - Verfahrenselemente 184 ff.
- Privatisierung 16, 55 ff., 161 f., 208, 282, 343 f.
 - funktionale 163
 - normative Regulierungsmaßnahmen nach Privatisierung 188 ff.
 - Verfahrensprivatisierung 309, 443 f.
 - Verfahrensrechtsverhältnisse nach Privatisierung 181 ff.
 - Privatisierungsfolgenverantwortung 163
- privat-öffentliche Handlungsformen 21
- Privatrecht 83
- privatrechtliche Handlungsformen 22, 131
- Privatverfahrensrecht 174, 188
- Problembewältigung, arbeitsteilige 53
- process owner 195
- process ownership 208
- Process Reengineering 372
- Produkte 358
- Produktorientierung 356, 371
- Produktsicherheitsrecht 29, 50, 310 ff.
 - Benannte Stellen 167, 186 f.
 - grundlegende Anforderungen 310 f.
 - Zertifizierung 168
- Programmdokumentation 268
- Projektgesellschaft 56
- Projektleiter 336
- Projektmanagement 370
- Projekt-UV 119
- prozeduraler Steuerungsansatz 283
- Prozeduralisierung 22, 26, 46, 122, 343 f., 369 f.
- Prozessoptimierung 383
- Prüf- und Zertifizierungsorganisationen 312
- Prüfpflichten 335
- Prüfungsmaßstab 415
- Public-Key-Infrastruktur 222
- Public Private Partnership 53, 54, 161 f., 308
- Qualitätsmanagement 319, 356, 363, 368, 375 f., 382
- Qualitätssicherung/-sverfahren 35, 42, 43, 59, 60 f., 309 ff.
- Qualitätssicherungssysteme 41
- Qualitätssiegel 329
- Qualitätsstandards 309 f., 375
- Qualitätsverantwortung 375
- Rahmenrichtlinien 19
- Rahmensetzungen 33
- Raumordnung 27
- Realakt 21, 131
- Rechenzentren 245
- Rechte, subjektive 12
 - erweiterte subjektive Rechte 444
- Rechtmäßigkeit 27, 28
- Rechtsaufsicht 374
- Rechtsbegriffe 31
- Rechtsbereinigung 81 f., 90, 131
- Rechtsdogmatik 26, 26 Fn. 68, 48 ff.
- Rechtserhebliches 24, 25
- Rechtsklarheit 14
- Rechtskontrolle, objektive 383
- rechtsnormative Orientierungen 27
 - Fn. 74
 - s. a. sozialnormative Orientierungen*
- Rechtsprogrammierungen
 - finale 24
 - konditionale 24
- Rechtsschutz 20, 21, 47, 307, 383 f., 414, 424
 - Subjektivierung 42
 - im Vergaberecht 61
- Rechtsschutzkonzept 12, 38
- Rechtssicherheit 14
- Rechtsstaat 13, 18, 20

- Rechtsvereinheitlichung 13, 14, 82, 83, 89 f.
- Rechtsvergleichung 115
- Rechtsverhältnis 415
- Rechtswahrnehmung 21
- Rechtswahrungsfunktion 29
- Rechtswissenschaft 26, 31 Fn. 88
- Rechtszersplitterung 74, 107, 127
- Regelwerk, technisches 51
- Registereintragung 329
- Regulierte Selbstregulierung 32, 161
 - s. a. Regulierung, Selbstregulierung*
 - Anforderungen an das Verfahren 177 f.
 - im Baurecht 166
 - Begriff 32, 164 f.
 - Beteiligte 182
 - hoheitliche regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung 32
 - hoheitliche Regulierung mit selbstregulativen Elementen 32
 - Normen 189 ff.
 - im Produktsicherheitsrecht 167
 - Rechtsverhältnisse 182 f.
 - Strukturschaffungspflicht 181
 - im Umweltrecht 166
 - Verfahrenselemente 184 ff.
 - im Wirtschaftsverwaltungsrecht 167
- Regulierung 32 ff.
 - s. a. Regulierte Selbstregulierung, Selbstregulierung*
 - Dimensionen rechtlicher Regulierung 32
 - Deregulierung 72 ff., 90
 - hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung 32
 - hoheitliche Regulierung 32
 - hoheitliche Regulierung mit selbstregulativen Elementen 32
 - normative Regulierungsmaßnahmen nach Privatisierung 188 ff.
- Rekodifikation 109, 127 ff.
- Repräsentationsmodelle 58
- Ressortinteressen 134
- Ressourcen, knappe öffentliche 61
- Ressourceneinsatz, Optimierung des 372
- Ressourcenverantwortung 358
- Restrisiko 331
- Revisionsoffenheit 104 f.
- Rezeption 97
 - der sog. Beschleunigungsdebatte 395
 - Rezeptionsdefizite 394 ff.
 - Rezeptionseignung 399 f.
- Richtigkeit
 - von Entscheidungen 62
 - des Verwaltungshandelns 28
- Richtigkeitsgarantien 53
- Richtigkeitsgewähr durch Verfahren 13, 22, 47
- Richtigkeitsmaßstäbe 26 ff.
- Richtigkeitsprüfung, nachvollziehende 56 f.
- Richtlinie über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt 117
- Risikoaufsicht 36
- Risikobewertung 331, 337
- Risikokommunikation, kontinuierliche 342
- Risikomanagement (Risk-Management) 167 f., 331
- Risikopotentiale 333
- Risikoproduzent 339, 340 f.
- Risikorecht 15, 51
- Risikoverfahren 15, 35, 43, 330 ff.
- Robert-Koch-Institut 337
- Rückforderung EG-rechtswidriger Subventionen 118, 121
- Rücksichtnahme 122
- Rundfunkstaatsvertrag 325
- Sachentscheidung 419 f.
- Sachnähe 28
- Sachverhalt 379
- Sachverhaltsaufbereitung 340
- Sachverhaltsbeibringung 42
- Sachverhaltsermittlung 42, 58, 172, 273
 - in privatisierten Bereichen 186 f.
- Sachverstand 58
 - externer Sachverstand 341
- Sachverständiger
 - Auswahl 58, 59
 - Unabhängigkeit 59

- Zuverlässigkeit 59
- Sachverständigengutachten
 - Bindungswirkung 58
- Sanktionen 374
- Satzung 131
- schlichtes Verwaltungshandeln 21
- Schlüsselbegriffe 31
- Schnelligkeit 28
- Schriftform 145
- Schriftformerfordernisse 218, 221
- Schriftgutverwaltung 261
- Schuldrechtsreform 127 ff.
- Schutzfunktion des Verfahrensrechts 64, 171, 176 f.
- Schutznormtheorie 119
- Schweiz 94
- Scoping 15
- Segmentierungen 25
- Selbstregulierung
 - s. a. regulierte Selbstregulierung, Regulierung*
 - der Aufgabenwahrnehmung 373
 - gesellschaftliche 32, 303
 - hoheitlich regulierte gesellschaftliche 32
 - ohne Bezug auf Gemeinwohlerwartungen 32
 - selbstregulative und situative Verfahrensgestaltung 371
 - Selbstregulierung ohne Bezug auf Gemeinwohlerwartungen 32
- Selbstverpflichtungen 59
- Selektion des Rechtserheblichen 24, 25
- Serviceprozesse 354
- Sicherheitsanforderungen des § 3 a II VwVfG 223
- Sicherheitsvorkehrungen, Dokumentation der 319
- Sicherung einfachen und übersichtlichen Rechts 14
- Signalgesetzgebung 138 ff.
- Signatur/-verfahren 60, 144 ff.
 - akkreditiert elektronische 315 f.
 - elektronische 52, 144, 314 ff.
 - qualifiziert elektronische 146, 221, 315
 - Prüf- und Bestätigungsstellen 168
 - sonstige 315
- Signaturgesetz 60, 144, 221, 315 ff.
- Signaturprüf Schlüssel 222
- Signaturrichtlinie 315
- Simultangesetzgebung 70
- Software 37, 41, 52
 - Auswahl 265
 - Einsichtnahme in 37
 - Offenlegung 52
 - prozessorientierte 245, 252 f.
 - standadisierte 265
 - softwarebedingte Verfahrensfehler 266
 - verfahrenssteuernde 265
- Sonderrecht 71 ff., 87, 88 f.
- Sonderverfahrensgesetze, bereichsspezifische 15
- Sozialgesetzbuch 29, 88, 129
- sozialnormative Orientierungen 27 Fn. 74
 - s. a. rechtsnormative Orientierungen*
- Sozialstaat 18, 20
- Speicherung 260
- Spezialgesetze 71 ff., 81 f.
- Spezialisierung 82
- Spielraumausfüllung 47
- Spielraumorientierung 43 f.
- Spill-over-Effekte 123
- Staat als lernender Staat 65
- Stabilität 100, 104
- Stabilisierung 92
- Stadtinformationssysteme 220
- Standardisierung 51 f.
- Standardverfahren nach § 9 VwVfG 29, 464 ff.
- standortbezogene Entscheidungen 58
- Standortregistrierung 323
- Standortsicherung 27
- Sternverfahren 37
- Steuerung 39, 369
 - Aufgabensteuerung 369
 - Globalsteuerung 356, 358, 366, 374
 - Konditionalsteuerung 46, 369, 374
 - Konzeptsteuerung 46, 369, 370
 - durch Organisation 350
 - Organisationssteuerung 351
 - Outputsteuerung 358

- durch Verfahren 353
- Zielsteuerung 46
- Steuerungsansatz, prozeduraler 283
- Steuerungsprozesse 354
- Steuerungstauglichkeit des Rechts 44
- Steuerungsperspektive des Rechts 39 f.
- stimulierendes Verwaltungshandeln 34
- Strukturschaffungspflicht, staatliche 55, 63, 179 ff., 184, 191
- Strukturvorgaben 33
- Stufenmodell 83 ff.
- subjektive Rechte 12
 - erweiterte subjektive Rechte 444
- Subjektivierung des Rechtsschutzes 42
- Subsidiarität, Grundsatz der 18, 76, 84 f., 393
- Subsumtion 13
- Subventionen
 - Rückforderung EG-rechtswidriger Subventionen 118, 121
- Systembildung 89, 134
- Sytemgedanke 122
- System des Verwaltungsverfahrensrechts 457 ff.

- Technikrecht 51
- Technisierung 16
- Teilentscheidung 44
- Teilgenehmigung 25
- Teilkodifikation 84, 347
- Telekommunikationsrecht 15, 302 ff.
- Tilburger Modell 364
- Total Quality Management 363
- Transaktionskosten 346
- Transnationalität 50
- Transparenz 23, 25, 51, 58, 64, 117, 122, 173, 253, 319
 - in privatisierten Bereichen 187 f.
- Trennungsprinzip 413
- Typenarmut 29 f., 132, 285
- Typenbildung 284 ff.
 - aufgabenorientierte 35, 285 f.
 - verfahrensrechtliche Grundtypen 286 ff.
- s. a. Verwaltungsverfahren*
- Typenvielfalt 29 f.

- Überholungsgefahr 100
- Überprüfbarkeit, dauerhafte 147
- Über- und Unterordnung 55
- Übersichtlichkeit des Verwaltungsrechts 13
- Überwachung 319
- Überwachungspflichten des Betreibers 338
- Überwachungsverantwortung 318
- Umweltauditgesetz 321
 - s. a. Öko-Audit*
- Umweltbetriebsprüfung 323
- Umwelterklärung 323
- Umweltgesetzbuch 91, 92 f., 100 f., 102, 105 ff.
- Umweltgesetzbuch I (UGB I) 106 f.
- Umweltgutachter 186 f., 323
- Umweltinformationsgesetz 78, 144
- Umweltmanagementsystem 322
- Umweltpolitik 322
- Umweltprogramm 322
- Umweltprüfung 322
- Umweltrecht 29
- Umweltschutz, integrierter 281
- Umweltverträglichkeitsprüfung 78, 119 f., 132, 397, 420, 425
- Unabhängigkeit
 - von Sachverständigen 59
 - der Stelle und des Personals 319
- Unbeachtlichkeitsvorschriften 283
- unbestimmte Rechtsbegriffe 22
- Ungewißheitsbedingungen 330 ff.
- unselbständige Verwaltungshilfe 58
- Unsicherheit 17, 330
- Unterlagen, elektronische 230
- Untermaßverbot, verfahrensrechtliches 64
- Unternehmen, Anspruch der mitbieten-den 299
- Unterrichtungspflicht 307, 316
- Unterschrift 230
- Untersuchungsauftrag 210
- Untersuchungsgrundsatz 37, 42, 380
- Untersuchungsrahmen 37
- Usancen 45
- UVP-Gesetz 15
- UVP-Richtlinie 282

- Veräußerung von Vermögensanteilen 162
- Verantwortlichkeit, Grundsatz der 18
- Verantwortung
 - Erfüllungsverantwortung 33
 - Ergebnis- und Erfüllungsverantwortung 33
 - Gewährleistungsverantwortung 33, 162 f.
 - Prozessverantwortung (process ownership) 208
 - Qualitätsverantwortung 375
 - Ressourcenverantwortung 358
 - selbstregulative 366
 - Überwachungsverantwortung 318
- Verantwortungsdezentralisierung 357
- Verantwortungsdimensionen 32 f.
- Verantwortungsdiversifizierung 328 f.
- Verantwortungsgliederung 17
- Verantwortungskreise 366 ff., 369
 - interne 367 f.
 - externe 367 f.
- Verantwortungsteilung 161 f., 343 f., 365, 375
- Verantwortungsverteilung 32 f.
- Verantwortungsverteilungsregel 194
- Verbände 51
- Verbandsklage 424
- Verdingungsordnungen 298
- Vereinfachung des Verwaltungsrechts 13
- Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts 13, 14, 82, 83, 89 f.
- Vereinigtes Königreich 96, 199
- Vereinigte Staaten von Amerika 96
- Verfahren 23 ff.
 - s. a. Verwaltungsverfahren*
 - informelle 45
- Verfahrensablauf 335
- Verfahrens-Äquivalenz, funktionale
 - Begriff 54, 55, 174 f.
 - als Notwendigkeit 174 ff.
 - als Option 178
 - Schaffung 179 ff., 418
- Verfahrensautonomie der Mitgliedsstaaten 49
- Verfahrensarrangements 25, 56
- Verfahrensbegriff 446 ff.
 - Erweiterungen 446 f.
- Verfahrensdefizite 45
- Verfahrensdokumentation 38
- Verfahrensdurchführung, parallel elektronische 226
- Verfahrensermessen 222, 264
- Verfahrenseuphorie 280
- Verfahrensfairness 53
- Verfahrensfehler 13, 58
 - s. a. Fehler*
- Verfahrensfunktionen 28 f., 417
 - Bewirkungsfunktion 171
 - Informationssicherung 449 f.
 - Interessenaggregation 449
 - in privatisierten Bereichen 160
 - s. a. Verfahrens-Äquivalenz*
 - Rationalitätsgewähr 450
 - Rechtsdurchsetzung 448
 - Rechts- und Interessensicherung 449
 - Rechtsverteidigung 448
 - Funktion bei staatlicher Erfüllungsverantwortung 171 ff.
- Verfahrensgedanke 20, 280
- Verfahrensgestaltung, selbstregulative und situative 371
- Verfahrensstandards 383
- Verfahrensgrundsätze, allgemeine 116, 122
- Verfahrenskontrolle 384
- Verfahrenskonzept 15, 46
 - des VwVfG 430
- Verfahrenslernen 46
- Verfahrensmanager 371
- Verfahrensmittler 57
- Verfahrenspetitionierung 345 f.
- Verfahrensprivatisierung 309, 434 f.
- Verfahrenspositionen 384
- Verfahrensprogramm 195, 206
- Verfahrenspublizität 329
- Verfahrensrahmen 57
- Verfahrensregeln 313
- Verfahrensstruktur, formalisierte 300
- Verfahrenstypen
 - unterschiedliche 29, 103, 151 f.
 - neue 290 ff.

Verfahrensverordnung in Beihilfe-
sachen 121
Verfahrensvorkehrungen 65
Verfahren und Organisation 173
Verfassungsrecht
– Vorgaben für Verwaltungsverfahren-
srecht 174, 453 ff.
– Wesentlichkeitslehre 20, 454
Vergabe, elektronische 215
Vergabegesetz 75
Vergabe öffentlicher Aufträge 295 ff.
Vergaberecht 29, 35, 60 f., 74 ff.,
296, 435 ff.
Vergaberechtsänderungsgesetz 74
Vergabeverfahren 36, 435
Vergabeverordnung (VgV) 298
Verhaltensauftrag 27
Verhältnismäßigkeit, Grundsatz
der 18
Verkehrswegeplanung 44
Vernetzung 17
– elektronische 52
– der Problembewältigung 48
– Vernetzungsmanagement 45
Veröffentlichung 38
Verordnung 51, 131
Verrechtlichung des Verfahrens 13,
14, 20, 46, 63, 64
Versteigerung/-sverfahren 15, 35,
36, 61 f., 302 ff.
Verteilung knapper öffentlicher Res-
ourcen 61, 290
Verteilungsverfahren 35, 42, 290 ff.
– grundrechtssichernde Funktion
291 f., 294
Vertrag von Nizza 18
Vertrauen 122
Vertrauensschutz 440 ff.
Verwaltung als lernende Verwaltung
65
Verwaltungsakt 21, 381
– automatisierter 230
– elektronischer 52, 144 f.
– transnationaler 50, 117
– Bestandskraft 381
Verwaltungsentscheidung 44
Verwaltungshelfer 163
s. a. *Verwaltungshilfe*
Verwaltungshilfe

– Anforderungen an das Verfahren
175 f.
– Begriff 163
– Beteiligte 181 f.
– Normen 189 ff.
– private 56
– Rechtsverhältnisse 182 f.
– Strukturschaffungspflicht 180
– Verfahrenselemente 184 ff.
– unselbständige Verwaltungshilfe
58
Verwaltungshandeln
– Ausdifferenzierung 29
– außen wirksames 12
– dialogisches 138
– Formalisierung des 54
– imperatives 34
– informelles 14, 21, 46, 54, 131,
138, 220
– konsensuales 34
– kooperatives 34, 138
– privatrechtliches 131
– schlichtes 21
– stimulierendes 34
verwaltungsinterne Abläufe 40
Verwaltungskontrolle 374
Verwaltungskooperation 368
Verwaltungskooperationsrecht 54 f.,
116, 435 ff.
Verwaltungskooperationsvertrag 379
Verwaltungsordination 37
Verwaltungsprozess 413
Verwaltungsprivatrecht 131
Verwaltungsrecht
– der Gemeinschaft 114 ff.
s. a. *EG-Recht*
– Informationsverwaltungsrecht
434
– materielles 369 f.
– Übersichtlichkeit 13
– Vereinfachung 13
– Vereinheitlichung 13, 14, 82, 83,
89 f.
Verwaltungsrechtskultur 39, 45, 120
Verwaltungsverfahren 20, 39, 68,
69, 353, 413
– Akkreditierungsverfahren 318 ff.
– Anlagenzulassungsverfahren 35,
289 f.

- Anmeldeverfahren 30
- Anpassungsflexibilität 45
- Antidumpingverfahren 203
- Antragsverfahren 42
- Anzeigeverfahren 30, 147
- Ausdifferenzierung 344
- Ausschreibungsverfahren 296
- Auswahl- und Verteilungsverfahren 36
- Begriff 11, 447 f.
- Bewirkungsfunktion des Verwaltungsverfahrens 171, 176 f.
- Dauer 15
- Einigungsverfahren 44
- Elemente 172 f.
- englisches Verwaltungsverfahren 96, 199
- Entscheidungsverfahren 24
- Ergebnisoffenheit 419
- förmliche Verfahren 224
s. a. förmliches Genehmigungsverfahren
- französisches Verwaltungsverfahren 197
- Freistellungsverfahren 30, 149
- funktionaler Zusammenhang mit Gerichtsverfahren 451 ff.
- Funktionen 28 f., 160, 171, 177 ff., 417, 448 ff.
s. a. Verfahrensfunktionen
- der schlichten Gefahrenabwehr 35, 205
- Genehmigungsverfahren 14, 30, 36, 132, 149 ff., 289
- gestuftes Verfahren 44
- Gewährleistungsverfahren 36
- Gewährleistung von Rationalität 450
- Handelsschutzverfahren 202
- integriertes Gesamtverfahren 40 f.
- als Interessenschutz 39
- internes 12
- Kartellverfahren 202
- zur Kontrolle privater Freiheitsbetätigung 35, 288 f.
- Konzept 47
- kooperativer Risikoermittlung und -bewältigung 42
- laufender Überwachung 36
- realer Leistungsbewirkung 36
- Marktregulierungsverfahren 205
- Mediationsverfahren 220
- Optimierung des 371
- Planfeststellungsverfahren 30, 289
- Qualitätssicherungsverfahren 309 ff.
- als Rationalitätsgarantie 454
- der schlichten Gefahrenabwehr 287 f.
- Schutzfunktion 64, 171, 176 f.
- Signaturverfahren 52, 60, 144 ff., 168, 221 f., 314 ff.
- als soziales System 354
- Standardverfahren nach § 9 VwVfG 29, 464 ff.
- Typen 29, 103, 151 f., 290 ff.
- Typisierung 34 ff.
- in veränderter Verwaltungssituation 458 f.
- Verfahrensprivatisierungen 309, 443 f.
s. a. Privatisierung
- Vergabeverfahren 36, 435
s. a. Vergaberecht
- Verteilungsverfahren 290 ff.
- Zertifizierungsverfahren 35, 263, 310 ff.
s. a. Zertifikat
- Zulassungsverfahren 36
- Zuteilungsverfahren 36
- Verwaltungsverfahrensgesetz
- Änderungen:
 - 1. VwVfGÄndG (1996) 73, 81
 - 2. VwVfGÄndG (1998) 73, 81
 - 3. VwVfGÄndG (2002) 47, 52, 111, 144 ff., 219 ff., 316
- Sonstige 153 ff.
- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 69, 197
- Anwendungsbereich 130 f.
- Fortentwicklung 135 ff.
- Landesverwaltungsverfahrensgesetze 80 f.
- als ordnungsbildende Kraft 38 ff., 48, 279, 430
- Novellierungen 15

- Verfahrenskonzept 429 ff.
- Verfahrensordnung für Kooperationen 436 f.
- Vertrauensschutz 440 ff.
- Verwaltungsverfahrensrecht 24, 25, 376 ff., 415
- Antriebskräfte für Fortentwicklung 279
- Begriff 11, 446 ff.
s. a. Verfahrensbegriff
- Beirat Verwaltungsverfahrensrecht 139
- Demokratieprinzip 453 f.
- demokratische Elemente 454
- dienende Funktion 451
- Einheit 107, 127
- Entwicklungsnotwendigkeiten 432 ff.
- europäisches 112 ff., 122, 147 f.
- Europäisierung 280 ff., 439 ff.
s. a. Europäisierung
- Gliederungsskizze 457 ff.
- der Informationsgesellschaft 433 f.
- Konzept informierter Öffentlichkeit 442
- normative Determinanten 453 ff.
- weitere normative Orientierungen 456
- als Ordnungsidee 38 ff., 48, 279, 430
- sektorales 347
- systematische Darstellung (Gliederungsskizze) 457 ff.
- verfassungsrechtliche Anforderungen 174, 453 ff.
- Vorgaben des EG-Rechts 455 ff.
s. a. EG-Recht
- Verwaltungsvollzug 49
- Verwaltungsvorschriften 37, 51, 119, 131, 373, 378
- Erlass von 52
- Verzahnung interner und externer Verfahrensweisen 40 f.
- Verzahnung von öffentlichem und Privatrecht 329
- Visionen 27
- Vokabular, gemeinsames 299
- Vollzug
 - direkter 113 f., 122, 202
 - indirekter 114 ff., 123 ff., 203
- Vor-Antragsverfahren 344
- Vorausverfahren 37
- Vorbehalt des Gesetzes 14, 20, 63 ff., 262
- Vorbescheid 25
- Vorfeldberatung 313, 335, 344
- Vorfeld- und Begleitinteraktion 37, 40
- Vorfeldkommunikation 54, 344
- Vorgangsbearbeitung, integrierte 246
- Vorhabengenehmigung 132
- Vorhaben- und Erschließungsplan 166
- Vorrang der Selbstkorrektur 375
- Vorrang des Gesetzes 14
- vorzeitiger Beginn 25
- Wandel 100, 105
- Warnungen 131
- Wasserrecht 79
- Werte 24, 41
- Wesentlichkeitslehre 20, 454 f.
- Wettbewerb der Rechtsordnungen 49
- Wettbewerbsbeziehungen 17
- Windhundprinzip 308
- Wirklichkeitskonstruktion 23 ff., 27, 39, 56
- Wirtschaftsgesetzbuch 107 ff.
- Wirtschaftsrecht, öffentliches 107 ff.
- Wissensasymmetrien 272
- Wissensnetz 270
- Wissensorganisation 271
- Wissenszerfall 17
- Zeitrichtigkeit 28
- Zementierungsgefahr 98
- Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit 58, 337 f.
- Zerschneidungsgefahr 99
- Zertifikat 222
 - Emmissionszertifikat 308
 - Sicherheitszertifikat 263
- Zertifikatsnachfrager 316
- Zertifizierung 36, 60, 310 ff., 314 ff.
s. a. Produktsicherheitsrecht

- informationstechnischer Systeme 317
- Prüf- und Zertifizierungsorganisationen 312
- Zertifizierungsverfahren 35, 263, 310 ff.
- Altersvorsorgeverträgen 317
- Entsorgungsfachbetrieben 317
- sonstige 317
- Zielerreichungsklage 384
- Zielsteuerung 46
- Ziel- und Ergebnisorientierung der Ablauforganisation 371
- Zielvereinbarungen 356, 359, 369, 371, 373, 377, 383
 - mit Außenrechtsbezug 378
- Zielvorgaben 20, 22
- Zollkodex 115
- Zugang
 - zu behördlichen Akten 58
 - zu Behördeninformationen 78 f.
 - Informationszugang 49, 142, 229
 - Informationszugangsrecht 29
 - zur Verwaltung 231
- Zugangsvorsorge 233
- Zukunftstauglichkeit 28
- Zulassungsverfahren 36
- Zurückverweisung an die Behörde 424
- Zusammenarbeit, informationelle 273
- Zuständigkeitsregelungen 248
- Zuteilungsverfahren 36
- Zuverlässigkeit von Sachverständigen 59
- Zwei-Stufen-Theorie 76, 131
- Zwischenentscheidung 304

Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.)

Verwaltungskontrolle

Verwaltungskontrolle ist ein klassisches Thema des Staats- und Verwaltungsrechts. Kontrolle dient als ein Grundmechanismus der Gewaltenteilung, Gerichtskontrolle, Rechnungsprüfung, internen Verwaltungskontrollen und externen Aufsicht.

Wenn Demokratie und Rechtsstaat eine wirksame Steuerung der Exekutive verlangen, dann gehört dazu auch ein wirksames Kontrollregime. Wie aber wirken die Veränderungen des Verwaltungsumfeldes, wie wirken verstärktes Effizienzdenken und Europäisierung, neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Wirtschaft, neue Steuerungstechniken und das Neue Steuerungsmodell auf den vertrauten Bestand der Kontrollinstrumente ein?

Der Band macht u. a. eines deutlich: Das Zusammenspiel der Kontrollinstanzen und -verfahren muß sich ändern. Es wird notwendig, nach neuen unternehmens-typischen und anreizgesteuerten Ansätzen, Audits und Öffentlichkeitskontrollen Ausschau zu halten.

2001, 379 S., geb., 50,- €, 86,- sFr, ISBN 3-7890-7146-3
(Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. 8)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden

Herausgegeben von Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem und
Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann

Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts

Wolfgang Hoffmann-Riem/
Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Band 7
**Verwaltungsrecht in der
Informationsgesellschaft**
2000, 442 S., geb., 63,- €, 107,- sFr,
ISBN 3-7890-6630-3

Die Beiträge analysieren die allgemeinen Veränderungen im deutschen und supranationalen Verwaltungsrecht, die im Zusammenhang der Informationsgesellschaft schon erfolgt oder zu erwarten sind. Auch thematisieren sie die damit verbundenen Veränderungen der Rolle des Staates.

Wolfgang Hoffmann-Riem/
Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Band 5
**Effizienz als Herausforderung
an das Verwaltungsrecht**
1998, 276 S., geb., 42,- €, 73,- sFr,
ISBN 3-7890-5187-X

Dieser Band zeigt an ausgewählten Bereichen, wie eine schon aus finanziellen Erwägungen geforderte Effizienz als Anstoß zu überfälligen Reformen in Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht dienen kann.

Eberhard Schmidt-Aßmann/
Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Band 4
**Verwaltungsorganisationsrecht
als Steuerungsressource**
1997, 404 S., geb., 56,- €, 96,- sFr,
ISBN 3-7890-4662-0

Zur Steuerung der strukturellen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns – Neuere Entwicklungen in der Verwaltungsorganisation und ihre rechtliche Einordnung.

Wolfgang Hoffmann-Riem/
Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Band 3
**Öffentliches Recht und Privatrecht als
wechselseitige Auffangordnungen**
1996, 342 S., geb., 49,- €, 84,- sFr,
ISBN 3-7890-3976-4

Eine funktionale Analyse ermöglicht es, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen zu verstehen.



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden