

# 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 Verwaltungsverfahrenrecht 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 verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (3. VwVfÄndG)	144
	1. § 3a VwVfG	145
	2. § 37 Abs. 4 VwVfG	146
VII.	Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht	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 Verwaltungsverfahrensrechts erfordert zunächst einen kurzen Rückblick auf die Genese eines Gesetzes, das gerade in der Wissenschaft mannigfache Kritik – bis zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit –<sup>1</sup> 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 Schwarzmalerei<sup>2</sup> fanden Resonanz in der Politik.<sup>3</sup> 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 Genehmigungsverfahren<sup>4</sup>. 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 *Vofßkuhle*, »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 Anlagenzulassungsverfahren<sup>5</sup>, der Vorschläge der Verwaltungsverfahrenrechtsreferenten 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-Kommission<sup>6</sup> und darauf aufbauend in dem Regierungsentwurf für das GenBeschlG als Teil des sog. Beschleunigungspakets zur Änderung des VwVfG<sup>7</sup>, der VwGO<sup>8</sup> und des BImSchG<sup>9</sup> wieder. Schriftliche Stellungnahmen<sup>10</sup> und mündliche Äußerungen<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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 Verwaltungsverfahrenrechts, 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 Verwaltungsverfahrenrechts 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.<sup>13</sup> Hierbei dürfte lediglich durch das Kommissionsmitglied Bullinger<sup>14</sup> die Verknüpfung zur allgemeinen wissenschaftlichen Diskussion hergestellt worden sein.

## 2. Gesetzgebung als Signal eines Paradigmenwechsels

Die wissenschaftliche Diskussion während des Gesetzgebungsverfahrens und nach Verkündung des GenBeschlG betraf vor allem die Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten von Verfahrensfehlern in §§ 45, 46, 75,<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Das GenBeschlG sollte unabhängig vom tatsächlichen Befund ein Signal zugunsten eines besseren Investitionsklimas setzen.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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«.<sup>19</sup> 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.); *Holznel*, 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 *Vobkuhle*, 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.<sup>20</sup>

### III. *Beirat Verwaltungsverfahrenszuricht beim Bundesministerium des Innern*

Vor dem GenBeschlG war das VwVfG zwei Jahrzehnte nahezu unverändert geblieben. Zuvor war 1996 durch das (1.) Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenszurichtlicher Vorschriften nur ein von der Bundesregierung erstmals 1986 vorgelegter Entwurf endlich umgesetzt worden.<sup>21</sup> Die Genese des GenBeschlG gab Anlass zu Überlegungen, die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenszurichts als Daueraufgabe<sup>22</sup> ministerieller Tätigkeit zu organisieren. Dazu wurde ein Vorschlag aus der Literatur<sup>23</sup> 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 Verwaltungsverfahrenszurichts von Bund und Ländern berücksichtigen.

Hieraus ergab sich fast zwangsläufig die Zusammensetzung des Ende 1997 berufenen Beirats Verwaltungsverfahrenszuricht: Wissenschaftler, wissenschaftlich tätige Praktiker (insb. aus Anwaltschaft und Justiz), Vertreter der Länderinnenministerien sowie Verwaltungsverfahrenszurichtspraktiker.<sup>24</sup> Ein Schwerpunkt-

20 Vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsverfahrenszuricht 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/Werneckes*, Die Neuregelung verwaltungsverfahrenszurichtlicher 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.<sup>25</sup>

#### 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 »Nichtigkeitsfällen« behindern die Anwendung; sie bestimmen in Behörden die Auffassung, mit einer Regelung durch Verwaltungsakt ein sichereres 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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 Verwaltungsverfahrenrecht*, 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.<sup>29</sup> 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«<sup>30</sup> – 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.<sup>31</sup>

## 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 Verwaltungsverfahrenrecht (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 Aktengeheimnisses. 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-Untergesetzes 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 Bundes<sup>32</sup> 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-Vertrages<sup>33</sup> enthält ein allgemeines Zugangsrecht zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.<sup>34</sup>

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.<sup>35</sup> 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. *Vofßkuhle*, 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 naheliegend, 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.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup> Informationszugang und Datenschutz stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, da beim Zugang zu Behördeninformationen stets zu prüfen ist, ob sie nicht schutzbedürftige Daten Dritter enthalten.<sup>38</sup> 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)*<sup>38a</sup>

Die Verwaltungsverfahrenrechtsreferenten des Bundes und der Länder haben einen gemeinsamen Musterentwurf<sup>39</sup> für die Anpassung der Verwaltungsverfahrensgesetze an elektronische Kommunikationsformen erarbeitet. Dieser soll auch als Grundlage für ein Artikelgesetz zur Anpassung des Verwaltungsverfahrenrechts 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 Signaturgesetznovelle<sup>40</sup> die Voraussetzungen für rechtsverbindliche elektronische Kommunikation durch Verwendung elektronischer Signaturen zwischen Bürger und Verwaltung.<sup>41</sup> Der Gesetzentwurf steht damit neben dem Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr.<sup>42</sup> 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 Verwaltungsverfahrenrechts 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 Signaturen<sup>43</sup> und der EG-Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000<sup>44</sup> über den elektronischen Rechtsverkehr ergeben.

Das von der Innenministerkonferenz am 24. November 2000 (auf Vorlage von NRW) gebilligte Konzept des Bund/Länder-Musterentwurfs,<sup>45</sup> 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 das Verwaltungsverfahren 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*, NWVBI 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,<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

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 Verwaltungsverfahrensrecht*

Auch wenn für die Europäische Gemeinschaft kennzeichnend ist, dass die administrative Durchführung des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten bleibt,<sup>48</sup> 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: ebd., S. 9 (18 m.w.Nachw.).

umfassenden einheitlichen Rechtsraums.<sup>49</sup> Berücksichtigung und Rezeption der unterschiedlichen nationalen Rechtstraditionen markieren hierbei den Weg.<sup>50</sup> Auch der Bundesinnenminister hat bereits vor einiger Zeit darauf hingewiesen, dass konzeptionelle Überlegungen für ein europäisches Verwaltungsverfahrenrecht<sup>51</sup> zu entwickeln sind.<sup>52</sup> 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 Festschreibung anerkannter Grundsätze gehen.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup> So ist Gegenstand des Anzeigeverfahrens gem. § 15 BImSchG zur Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen<sup>56</sup> die Klärung der Genehmigungsbedürftigkeit, nicht die Genehmigung selbst.<sup>57</sup> Äußert sich die Behörde hier binnen Frist von 1 Monat nicht, darf die Änderung der Anlage vorgenommen werden: »gesetzliche Gestattung«.<sup>58</sup> Teilt die Behörde ausdrücklich mit, dass keine Genehmigung erforderlich ist (»Negativmitteilung«),<sup>59</sup> erlaubt sie damit den sofortigen Beginn der geplanten Maßnahme.<sup>60</sup> Problematisch wird es, wenn die Behörde eine rechtswidrige Negativmitteilung abgibt. Entfällt die Genehmigungspflicht, so ersetzt die Negativmitteilung doch nicht die Genehmigung,<sup>61</sup> eine Konzentrationswirkung kommt ihr nicht zu.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> Der Betreiber, der sicher gehen will, wird aber die gem. § 16 Abs. 4 BImSchG auch für bloß anzeigepflichtige Vorhaben mögliche Genehmigung<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> Der vorläufige »Abschied von der Baugenehmigung«<sup>66</sup> ist durch die Grundmodelle des Freistellungsverfahrens und des Anzeigeverfahrens gekennzeichnet.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> Diese neuen Verfahrenstypen<sup>69</sup> werfen vielfältige Fragen nach der Eigenschaft als Verwaltungsverfahren i.S.v. § 9 VwVfG, dem Drittschutz<sup>70</sup> und der Planungssicherheit auf. Ein VA erwächst in Bestandskraft. Anzeigeverfahren, die nicht in einer fiktiven Genehmigung münden, erreichen dies nicht.<sup>71</sup> 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 zusammenfassend *Vofßkuhle*, »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 *Schmid-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.<sup>72</sup> 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,<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup> 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«.<sup>75</sup>

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,<sup>76</sup> gegenläufig sind.<sup>77</sup> Auch die Rechtsverhältnislehre<sup>78</sup> eignet sich nicht, die Regelungen der §§ 9 ff. VwVfG außerhalb entsprechender Verwaltungsverfahren anzuwenden.<sup>79</sup> 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 Verwaltungsverfahrenrechts, 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 Verwaltungsverfahrenrecht, 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;<sup>80</sup> eine andere, den Begriff des Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG mit seiner Beschränkung auf VA und öffentlich-rechtlichen Vertrag als Verfahrensziel zu erweitern.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> Das VwVfG sollte deshalb eine Auswahl entsprechender Verfahrenstypen anbieten.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

## 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.<sup>85</sup> 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.<sup>86</sup> 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 Vollziehung<sup>87</sup> 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-Einführungsgesetzes<sup>88</sup> 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 Schuldrechts<sup>89</sup> 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 Schuldrechts<sup>90</sup> 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 Verwaltungsverfahrensrecht 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.