



DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER

GERMAN RESEARCH INSTITUTE FOR PUBLIC ADMINISTRATION SPEYER

Jan Ziekow / Ulrich Stelkens (Hrsg.)

VERWALTUNGSVERFAHRENS- UND
PERSONENSTANDSRECHT ALS
KONKRETISIERUNGSAUFGABE



SPEYERER FORSCHUNGSBERICHTE 296

Jan Ziekow/Ulrich Stelkens (Hrsg.)

Verwaltungsverfahren- und Personenstandsrecht als Konkretisierungsaufgabe

Speyerer Forschungsberichte 296

Jan Ziekow/Ulrich Stelkens (Hrsg.)

**VERWALTUNGSVERFAHRENS- UND PERSONEN-
STANDSRECHT ALS KONKRETISIERUNGSAUFGABE**

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

2020

Gefördert durch die Bundesrepublik Deutschland

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.

(Speyerer Forschungsberichte ; 296)

ISBN 978-3-947661-04-6

Herstellung:

**DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG**

Alle Rechte vorbehalten

Umschlagentwurf:

© 8/97 TRIFTY ART Grafik Design • 67550 Worms • Hauptstr. 32 • Tel.: 0 62 41/95 15 38

Vorwort

Der vorliegende Band dokumentiert die Vorträge, die auf einem am 15. November 2019 in Speyer veranstalteten Symposium gehalten wurden. Anlass dieser Veranstaltung, die vom Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung und der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer gemeinsam durchgeführt wurde, war die Verleihung der Ehrenmedaille des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung an Dr. Heribert Schmitz.

Heribert Schmitz hat nicht nur als Vertreter des Bundes dem Verwaltungsrat des Instituts ab 1993 für 25 Jahre angehört und in dieser langen Zeit maßgeblich dazu beigetragen, dass sich das Institut konsolidiert und zu einem der maßgeblichen Akteure der deutschen Verwaltungswissenschaft entwickelt hat, sondern auch – weit hierüber hinausgehend – den Wissenschaftsstandort Speyer in seiner Gesamtheit in mannigfaltiger Hinsicht gefördert.

Die Referenten des Symposiums und die Themen ihrer Beiträge sind eng verknüpft mit den verschiedenen Facetten des Wirkens von Heribert Schmitz, der seine Karriere im Bundesministerium des Innern im Jahre 1983 begann und ab 1993 in der Position des Leiters des Referats für Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrenrecht und Informationsfreiheitsrecht, später auch Personenstandsrecht, fortsetzte. Das wissenschaftliche Wirken von Heribert Schmitz ist beeindruckend; genannt werden sollen hier nur seine großen Kommentierungen im Posser/Wolff zur VwGO und insbesondere im Stelkens/Bonk/Sachs zum VwVfG. Das Anliegen, Wissenschaft und Praxis zu vernetzen, durchzieht sein gesamtes Wirken.

Diesem vollständig gerecht zu werden, ist in dem begrenzten Rahmen eines Symposiums naturgemäß kaum möglich. Herausgeber und Autoren hoffen dennoch, dazu einen bescheidenen Beitrag zu leisten.

Speyer, im April 2020

Ulrich Stelkens

Jan Ziekow

Inhaltsverzeichnis

<i>Michael Sachs</i>	
Verwaltung an den „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“	1
<i>Ulrich Stelkens</i>	
Verwaltungsverfahrenrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren: Notwendigkeit, Ausgestaltung, Fehlerfolgen	21
<i>Ulrich Ramsauer</i>	
Die Dogmatik der Bestandskraft von Verwaltungsakten auf dem Prüfstand	69
<i>Thorsten Siegel</i>	
E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz	93
<i>Jan Ziekow</i>	
Das Verwaltungsverfahrensgesetz als legal transplant	113
<i>Olaf Reidt</i>	
Beschleunigungsgesetze – Machen Gesetze wie das NABEG Planungsverfahren schneller?	125
<i>Hans-Jörg Birk</i>	
Grundkriterien und Maßstäbe der Angemessenheit im öffentlich-rechtlichen/städtebaulichen Vertrag	139
<i>Lorenz Prell</i>	
Das Personenstandswesen als Spiegel gesellschaftlicher Veränderung ...	155

Verwaltung an den „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“

Michael Sachs

I. Einleitung

Die „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ gegenüber der Verwaltung sind, soweit ersichtlich, in die juristische Terminologie durch den Grundsatzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17. April 1991 zum Prüfungsrecht eingeführt worden.¹ Dort wurde zunächst bekräftigt; dass die Gerichte die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung uneingeschränkt nachprüfen; dann hieß es ganz allgemein: „Unbestimmte Rechtsbegriffe können allerdings wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stößt. Der rechtsanwendenden Behörde mag in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein [...].“ Auf eine umfassende Klärung dieser Frage für die Kontrolle von Prüfungsentscheidungen wurde aber verzichtet, weil die Garantie von Chancengleichheit in diesen Fällen eine besondere Lage bedingte. Trotzdem wird durchweg gerade dieser Beschluss bis heute bezüglich der „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ in Bezug genommen.²

1 BVerfGE 84, 30 (50), dort alle folgenden Einzelzitate; in der Sache ähnlich schon *Winfried Brohm*, Die staatliche Verwaltung als eigenständige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1986, 321 (330), wo für eine bloße Kontrolle der Vertretbarkeit behördlicher Entscheidungen durch die Gerichte – neben der der Verwaltung zugeschriebenen „stärkere[n] demokratisch-politische[n] Legitimation“ – angeführt wird: „Diese Begrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit folgt auch aus der verfassungsrechtlichen Rollenverteilung.“ Auch *Gunnar Folke Schuppert*, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, 1191 (1197), behandelt „Funktionell-rechtliche Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit“.

2 Vgl. nur aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung BVerfGE 129, 1 (23); 140, 160 Rn. 94; BVerfG (K), NVwZ 1998, 1060; NVwZ 2002, 1368; NVwZ 2010, 435 Rn. 55; NVwZ 2012, 694 Rn. 26; BeckRS 2013, 55213 Rn. 54; BVerwGE 116, 188 (191); 130, 39 Rn. 29; 134, 108 Rn. 11; 147, 244 Rn. 25; BVerwG, Urteil vom 25. Juli 2013 – 2 C 18/12, juris, Rn. 24; BVerwGE 153, 174 Rn. 22; 154, 377 Rn. 24.

Namentlich die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich der Investitionszulage vom 31. Mai 2011, die für „behördliche[r] Letztentscheidungsrechte“ eine Ermächtigung durch Gesetz für notwendig erklärte und einzuhaltende verfassungsrechtliche Grenzen dafür aufzeigte, griff auf das Judikat zurück und ließ offen, ob „gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbar Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage von Verfassungen wegen dann zulässig sind, wenn eine weitergehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße“; der Klammerzusatz („so offenbar in den Prüfungsfällen“) ist dabei trotz der anklingenden Zweifel eher irreführend.³

Eine unerwartete Wendung brachte dann vor gut einem Jahr der Beschluss vom 23. Oktober 2018 zum Schutz der Rotmilane vor Windrädern.⁴ Die Behörden hatten die nach § 6 Abs. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz vorgesehene

3 BVerfGE 129, 1 (23, zuvor 21 ff.); neben BVerfGE 84, 34 (50) wird dabei, wie auch sonst häufiger, BVerfGE 84, 59 (77 f.) angeführt, wo sich der hier interessierende Begriff allerdings nicht findet. Wie BVerfGE 129, 1, offenlassend etwa BVerfG (K) NVwZ 2012, 694 Rn. 26.

4 BVerfGE 149, 407 Rn. 16 ff. Zu dieser Entscheidung etwa *Sebastian Helmes*, Anm., NVwZ 2019, 56 f.; *Bernhard Stürer*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 – (Harzer Windmüller) und – 1 BvR 595/14 – (e.n.o. energie), DVBl. 2019, 47 ff.; *Johannes Buchheim*, Anmerkung, JZ 2019, 92 ff.; *Meinhard Schröder*, Auswirkungen ökologischer Erkenntnisdefizite auf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle, EurUP 2019, 91 ff.; *Edmund Brandt*, Anmerkungen zum Beschluss der Bundesverfassungsgerichts vom 23. 10. 2018 betr. Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative (sic), ZNER 2019, 92 ff.; *Stefan Muckel*, Begrenzung gerichtlicher Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft, JA 2019, 156 ff.; *Michael Sachs*, Grundrechte: Grenzen des gerichtlichen Rechtsschutzes, JuS 2019, 184 f.; *Karl-Ludwig Grages*, Anm., RdL 2019, 97 f.; *Michael Reinhardt*, Umweltschutz ist wesentlich, NVwZ 2019, 195 ff.; *Amadou Korbinian Sow*, Über Wissen und Nichtwissen im Verwaltungsrecht, DÖV 2019, 317 ff.; *Martin Maslaton*, Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Klimaschutz und Artenschutz durch eine TA Artenschutz/Wind?, NVwZ 2019, 1081 ff.; *Michael Hartmer*, Ja, ich weiß es doch auch nicht..., F&L 2019, 834; *Erich Gassner*, Die Rücknahme richterlicher Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung im Falle ökologischer Erkenntnisdefizite – Der Beschluss der BVerfG vom 23.10.2018 im Lichte des Art. 20a GG –, DVBl 2019, 1370 ff.; *Michael Eichberger*, Gerichtliche Kontrolldichte, naturschutzfachliche Entscheidungsprärogative und Grenzen wissenschaftlicher Erkenntnis, NVwZ 2019, 1560 ff.; *Klaus-Peter Dolde*, Naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative – Normkonkretisierung tut not!, NVwZ 2019, 1567 ff.; auch dazu *Frank Fellenberg*, Kumulation, Kontrolldichte und Kohärenzsicherung – aktuelle Streitfragen im Habitatschutzrecht, NVwZ 2019, 177 (184); *Christoph Külpmann*, Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand des Umweltrechtsschutzes, DVBl.

Genehmigung für die Windräder versagt, weil sie entgegen Nr. 2 diese Vorschrift gegen das naturschutzrechtliche Verbot der Tötung und Verletzung geschützter Tiere (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) verstießen, zu denen die Rotmilane gehören. Die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit hatten dies ohne abschließende eigene Prüfung, ob das Verbot wirklich verletzt war, unter Annahme einer den gesetzlichen Vorschriften entnommenen „naturschutzfachlichen[n] Einschätzungsprärogative“ der Genehmigungsbehörden gebilligt.

Das Bundesverfassungsgericht akzeptierte dies nur im Ergebnis; es nahm in der Begründung abweichend an, es bestehe angesichts der (unterstellten) wissenschaftlichen Unaufklärbarkeit der tatsächlichen Risiken für die betroffenen Rotmilane eine „faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“, es bedürfe „nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung, wie sie für die Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe“ im Beschluss zur Investitionszulage verlangt worden war.⁵ Die dort für die Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte ohne gesetzliche Ermächtigung allein als Ausnahme in Betracht gezogenen „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ werden allerdings nicht explizit unter diesem Begriff angesprochen. Dazu später mehr.

II. Hintergrund

Zuvor möchte ich ganz kurz die bisherige Diskussion um Beurteilungsspielräume im Allgemeinen skizzieren (zu 1.), sodann Anwendungsfälle von „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ aufzeigen, die in der Judikatur bisher so angesprochen wurden (zu 2.).

2019, 140 ff.; *ders.*, Von Feigenblättern und Tabuzonen: Entwicklungen des Bauplanungsrechts am Beispiel der Windenergie, DVBl 2019, 608 (612 f.); *Martin Beckmann*, Effektiver Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten? – Zur Rolle der Anwaltschaft im Verwaltungsrechtsstreit –, DVBl 2019, 1172 (1174 f.); *Klaus Ferdinand Gärditz*, Effektiver Verwaltungsrechtsschutz im Zeichen von Migration und Europäisierung, Die Verwaltung Bd. 52 (2019), 259 (269); *Ulrich Ramsauer*, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Rüdiger Rubel/Jan Ziekow (Hrsg.), Die Verwaltung und ihr Recht, 2019, S. 21 (38 f.).

5 BVerfGE 149, 407 Rn. 23, unter Bezugnahme auf BVerfGE 129, 1 (21 ff.).

1. Zur Diskussion um Beurteilungsspielräume

Die Diskussion um Beurteilungsspielräume dogmengeschichtlich darzustellen, ist eine Aufgabe für eine Habilschrift, wie sie ja auch schon geschrieben wurde.⁶ Aber auch gängige Lehrbücher⁷ und Kommentare,⁸ wie der von *Heribert Schmitz* mit herausgegebene, entfalten ein Spektrum von Auffassungen, das sich nicht kurz genug für diesen Vortrag wiedergeben lässt. Hier in Speyer sei immerhin und zuerst *Ules* Vertretbarkeitslehre zu unbestimmten Rechtsbegriffen erwähnt, diese spezifisch verstanden als normative Begriffe mit Wertungselementen, die Raum für verschiedene vertretbare und insoweit zu akzeptierende Anwendungen lassen.⁹ Bemerkenswerter Weise hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seinem Beschluss zu den Rotmilanen mehrfach die Prüfung (nur) der Vertretbarkeit der behördlichen Entscheidung angesprochen.¹⁰

Abgesehen von der Vertretbarkeitslehre wurden für unbestimmte Rechtsbegriffe in Bezug auf einige bis heute fortgeführte, dabei weiter entwickelte Fallgruppen von den Verwaltungsgerichten behördliche Beurteilungsspielräume angenommen, die mit den Besonderheiten der zu treffenden Entscheidungen bei Prüfungen, Beurteilungen, bestimmten Wertungen und Prognosen begründet wurden. Parallel dazu hat sich die sog. Ermächtigungslehre durchgesetzt; diese sieht die Grundlage für die Spielräume der Behörden darin, dass diese gesetzlich zu nur begrenzt gerichtlich zu kontrollierenden Letztentscheidungen ermächtigt werden.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat

6 *Eckhard Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001, S. 52 ff.

7 S. nur *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 26 ff.; ebenso *ders./Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 26 ff.

8 S. nur *Michael Sachs*, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Klaus Leonhardt (Begr.)/Michael Sachs/Heribert Schmitz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, Rn. 147 ff.

9 Ausführlich *Carl Hermann Ule* in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 309 ff.; später nochmals *ders.*, Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch 76 (1985), 1 (15 ff.), obwohl er seinem (früheren) Ansatz seit BVerfGE 11, 168 ff. „das Lebenslicht ausgeblasen“ sah; für bloße Vertretbarkeitskontrolle aber etwa wieder *Brohm* (Fn. 1), DVBl 1986, 330.

10 BVerfGE 149, 407 Rn. 21, 24, 27-30.

11 Vgl. die Darstellung bei *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand 87. Lieferung März 2019, Art. 19 Abs. 4 (2014) Rn. 185 ff.;

dies schon 1982 im Sasbach-Beschluss in einem obiter dictum als Möglichkeit aufgegriffen,¹² aber erst 2011 in grundsätzlicher Weise bestätigt und zugleich allgemein an verfassungsrechtliche Anforderungen gebunden.¹³ Daneben finden sich im Schrifttum betont seit den 1980er Jahren funktionell-rechtliche Ansätze, die u. a.¹⁴ davon ausgehen, dass Verwaltungsbehörden in manchen Bereichen besser geeignet seien, Entscheidungen zu treffen, als die Gerichte;¹⁵ auch dafür finden sich Parallelen in der Judikatur.¹⁶ Jedenfalls hält die Diskussion um die richterliche Kontrolldichte gegenüber der Verwaltung an; erst vor wenigen Tagen hat mich ein Beitrag von *Heribert Schmitz* dazu erreicht, der sein Interesse an den einschlägigen Fragen belegt.¹⁷

auch *Friedrich Schoch*, § 50 Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Wolfgang Hoffmann Riem/Eberhard Schmidt Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. III, 2. Aufl. 2013, Rn. 267 f.; ferner etwa *Michael Neupert*, *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit*, 2011, S. 8 ff.; *Florian Gonsior*, *Die Verfassungsmäßigkeit administrativer Letztentscheidungsbefugnisse*, 2018, S. 104 ff.; *Mattias Wendel*, *Verwaltungsermessen als Mehrebenensystem*, 2019, S. 31 f.

- 12 BVerfGE 61, 82 (111), wo die Bindung der Rechtsprechung an Feststellungen anderer Gewalten nur „[u]nbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume“ ausgeschlossen wird; damit sieht *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), Art. 19 Abs. 4 Rn. 185, die normative Ermächtigungslehre „in der Art eines Dogmas formuliert“. Tatsächlich erkennt das „unbeschadet“ wohl nicht mehr als die Möglichkeit solcher Spielräume an; für *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte*, JZ 1993, 772 (777), ist die Aussage des Bundesverfassungsgerichts „i. S. prinzipiellen Uneinschränkbarkeit der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu lesen.“
- 13 BVerfGE 129, 1 (20 ff.).
- 14 Vgl. etwa gegen die Erweiterung außenpolitischer Kompetenzen des Bundestags gegenüber der Bundesregierung nur BVerfGE 68, 1 (86): Die Gewaltenteilung „zielt auch darauf ab, dass staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen [...].“
- 15 Vgl. zu dahingehenden Ansätzen aus dem Schrifttum etwa schon *Ferdinand O. Kopp*, *Handlungsspielräume der Verwaltung und Kontrolldichte gerichtlichen Rechtsschutzes*, Referat, in: Volkmar Götz/Hans Hugo Klein/Christian Starck (Hrsg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985, S. 146 (156 ff.) (bei anderer Begrifflichkeit); *Brohm* (Fn. 1), DVBl 1986, 330; *Schuppert* (Fn. 1), DVBl 1988, 1197 ff.; im Rückblick zusammenfassend *Pache* (Fn. 6), S. 76 ff.
- 16 Vgl. nur die Nachw. bei *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 81.
- 17 *Heribert Schmitz*, *Der Blick der Verwaltung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: *Rubel/Ziekow* (Fn. 4), S. 47 ff.

2. „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ - Fallmaterial

„Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ sind vom Bundesverfassungsgericht, wie eingangs zitiert, schon 1991 als möglicher Grund für einen begrenzten Entscheidungsfreiraum der Behörde angesprochen und in ihren Voraussetzungen beschrieben worden;¹⁸ 2011 hat das Gericht dann, obwohl es für seine Entscheidung „offensichtlich“ nicht erheblich war, ausdrücklich offen gelassen, ob es neben den dort grundsätzlich behandelten Beurteilungsermächtigungen Entscheidungsspielräume der Verwaltung ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Grundlage geben könnte; es ging dabei davon aus, dass dies „offenbar in den Prüfungsfällen“ von vor damals zwanzig Jahren so gesehen worden war.

Seit 1991 haben sich Senate des Bundesverfassungsgerichts, ohne auf den Begriff der „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ zurückzugreifen, mit der Frage nur zu zwei *Verfassungsbegriffen* (der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses nach Art. 7 Abs. 5¹⁹ und der Gefahr im Verzug nach Art. 13 Abs. 2 GG²⁰) befasst, dabei nur im ersten Fall die eigene Kontrolldichte reduziert. Dies kann allerdings als verfassungsunmittelbare Ausnahme wegen des Gleichrangs der Verfassungsnormen Art. 19 Abs. 4 GG nicht verletzen.

Die Kammern haben die Rechtsfigur auch für die Anwendung von Gesetzen gelegentlich anerkannt.²¹ Schon 1998 wurde, allerdings für die Festlegung des Verkehrsbedarfs durch das *Bundesschienenwegeausbaugesetz*, festgestellt: „Bei derart übergreifenden, von vielen politischen und wirtschaftlichen Faktoren bestimmten und auf lange Frist ausgerichteten Entscheidungen mit notwendig hohem prognostischem Gehalt stößt die gerichtliche Kontrolle unabhängig von der Rechtsform der Entscheidung an die Funktionsgrenzen der

18 BVerfGE 84, 34 (50).

19 BVerfGE 88, 40 (56).

20 BVerfGE 103, 142 (157 ff.).

21 Gegen eine Berührung der „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ etwa BVerfG (K), BeckRS 2014, 45903 Rn. 24 (zur Angemessenheit der Kosten einer Unterkunft); BVerfG (K) NVwZ 2012, 694 Rn. 26 (zu Entscheidungen aufgrund des TKG); tendenziell ablehnend ohne Vertiefung BVerfG (K), BeckRS 2013, 55213 Rn. 55 (zur Festlegung von Zielen militärischer Angriffe).

Rechtsprechung“.²² Für die Kontrolle dienstlicher Beurteilungen wurden solche Grenzen immerhin in Betracht gezogen.²³ Anerkannt wurden sie auch für Prognoseentscheidungen im Zusammenhang der Zuteilung von Emissionszertifikaten.²⁴ Entsprechende Aussagen wurden in der Kammerjudikatur zudem rückblickend Senatsentscheidungen zugeschrieben, die Entscheidungsspielräume anerkannt hatten, so für das politische Ermessen im Bereich der auswärtigen Gewalt (vgl. BVerfGE 40, 141 [178]; 55, 349 [365]) sowie in verteidigungspolitischen Fragen (vgl. BVerfGE 68, 1 [97]).²⁵

Für die Rezeption in der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann hier nur auf das Bundesverwaltungsgericht verwiesen werden. Es hat nach vorsichtiger Anknüpfung an die bundesverfassungsgerichtliche Ausgangsentscheidung zum Prüfungsrecht²⁶ die Rechtsfigur in unterschiedlichen Rechtsbereichen wie Beamtenrecht,²⁷ Besoldungsrecht,²⁸ Gebührenrecht,²⁹ TKG,³⁰ Bauplanungsrecht,³¹ BaföG,³² Tierschutzrecht³³ und für Sicherheitsüberprüfungen bei der Bundeswehr,³⁴ teilweise mehrfach, zumindest in Erwägung gezogen, teilweise

-
- 22 BVerfG (K), NVwZ 1998, 1060 f., hier, weil es um die Beurteilung eines förmlichen Gesetzes ging, wohl maßgeblich allein der Verfassungsrechtsprechung; doch könnte/müsste wohl auch die Vorlage eines solchen Gesetzes durch ein Fachgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG unterbleiben, weil das Gericht das Gesetz ja für verfassungswidrig halten muss.
- 23 BVerfG (K), NVwZ 2002, 1368, wo offenblieb, ob wie in Prüfungsfällen eine verstärkte Gerichtskontrolle geboten sein könnte.
- 24 BVerfG (K), NVwZ 2010, 435 Rn. 50, 61 ff.
- 25 BVerfG (K), BeckRS 2013, 55213 Rn. 54; in der Tat ist (allerdings nur) in BVerfGE 40, 41 (179) (!), sinnverwandt davon die Rede, die zu treffenden Entscheidungen entzogen „sich ihrer Natur nach richterlicher Beurteilung“; BVerfGE 68, 1 (97), spricht immerhin davon, dass es „rechtlicher Maßstäbe ermangelt“.
- 26 BVerwG, Urteil vom 21.10.1993 – 6 C 12/92 –, juris, Rn. 18.
- 27 BVerwGE 106, 263 (267); 147, 244 Rn. 25.
- 28 BVerwGE 134, 108 Rn. 11.
- 29 BVerwGE 116, 188 (191)
- 30 BVerwGE 130, 39 Rn. 29; 139, 226 Rn. 20; 143, 216 Rn. 48..
- 31 BVerwGE 156, 135 Rn. 18, 24, 27; 156, 148 Rn. 24, 30, 34.
- 32 BVerwG, Urteil vom 25. August 2016 – 5 C 54/15 –, juris, Rn. 27.
- 33 BVerwG, NVwZ 2014, 450 f.
- 34 BVerwGE 140, 384 Rn. 32; 153, 36 Rn. 26.

auch im jeweiligen Zusammenhang durchgreifen lassen. Es hat dabei allerdings auch nach der Investitionszulageentscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2011 mehrmals zugleich im Sinne der Ermächtigungslehre eine Grundlage im Gesetz gefordert, also die dort als Alternativen behandelten Ansätze der Ermächtigung einerseits, der „Funktionsgrenzen“ andererseits kombiniert.³⁵ Erst in neuerer Zeit hat auch das Bundesverwaltungsgericht Beurteilungsermächtigungen und Funktionsgrenzen der Rechtsprechung als alternative Gründe für eine Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte angesprochen.³⁶

Auch das Schrifttum hat die Begrifflichkeit teilweise aufgegriffen.³⁷ Namentlich *Maurer* verwendet die „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ explizit in zentraler Weise, wendet sich damit einerseits gegen die Ablehnung jedes behördlichen Beurteilungsspielraums, andererseits der Sache nach auch gegen die „normative Ermächtigungslehre“.³⁸ Diese lehnt auch *Poscher* ab, der gleichfalls die „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ betont. Er bezieht sie nicht auf Auslegungsprobleme unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern zumal auf Fälle mangelnder Rekonstruierbarkeit der relevanten Situation, wie bei Prüfungen und beamtenrechtlichen Beurteilungen, will aber auch Fälle nicht auszuräumender faktischer Ungewissheit einbeziehen; insoweit soll dann der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative zustehen – dies im Jahre 2011, als

35 BVerwGE 134, 108 Rn. 11; 139, 226 Rn. 20; dann auch noch BVerwGE 140, 384 Rn. 32; 147, 244 Rn. 25; 153, 36 Rn. 26; BVerwG, Urteil vom 25. August 2016 – 5 C 54/15 –, juris, Rn. 27.

36 NVwZ 2014, 450 Rn. 15; BVerwGE 156, 135 Rn. 18, 24, 27; 156, 148 Rn. 24, 30, 34.

37 Vgl. neben den nachstehend Angesprochenen etwa noch *Hans-Joachim Koch/Rüdiger Rubel/F. Sebastian M. Heselhaus*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2003, § 8 Rn. 104 ff.; *Hans Peter Bull/Veith Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 574; *Winfried Kluth*, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof (Begr.)/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 31 Rn. 21; *Franz-Josef Peine/Thorsten Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 204. Vgl. im Übrigen statt vieler *Neupert* (Fn. 11), S. 124 ff.; *Sylvia Pernice-Warnke*, Gerichtliche Kontrolldichte und Bedeutung des Verfahrens bei Konkurrentenklagen bezüglich der Besetzung von Professorenstellen, *WissR* Bd. 47 (2014), S. 371 (377); (das BVerfG) referierend *Pache* (Fn. 6), S. 96 ff.

38 *Maurer* (Fn. 7), § 7 Rn. 34, S. 156 unten zu c) und oben zu b) (im Anschluss an „BVerfGE 84, 34 [90]“, offenbar gemeint [50]) S. 155 f., und ebenso jetzt *ders./Waldhoff* (Fn. 7), § 7 Rn. 34, S. 160 unten zu c) und 159 f. Schon in der ersten Auflage des Werks von 1980, ebenfalls § 7 Rn. 34, erkennt er einen Beurteilungsspielraum gegenüber gerichtlicher Überprüfung nur an, „wo eine solche Prüfung auf sachlogische und damit auch rechtslogische Grenzen stößt.“

das Bundesverfassungsgericht bei den „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ noch allein die Prüfungsfälle erwähnte.³⁹

III. Rotmilane vor den Windrädern

1. Zur Begründung des Bundesverfassungsgerichts

Wie einleitend bemerkt, spricht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Rotmilanen vor den Windrädern von „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ nicht in genau diesen Worten; neben der „faktischen Grenze“ für die Gerichtskontrolle werden nur überhaupt deren „Grenzen“⁴⁰ sowie „objektive Grenzen“⁴¹ genannt. Und es geht in der Tat nicht um Grenzen, die sich aus der Funktionsweise der Rechtsprechung ergeben, sondern um die vom Bundesverfassungsgericht so formulierte „Grenze des Erkenntnisstandes naturwissenschaftlicher [oder ökologischer⁴²] Wissenschaft und Praxis“.⁴³ Dazu stellt der Rotmilane-Beschluss fest: „Sofern eine außerrechtliche Frage durch Fachkreise und Wissenschaft bislang nicht eindeutig beantwortet ist, lässt sich objektiv nicht abschließend feststellen, ob die behördliche Antwort auf diese Fachfrage richtig oder falsch ist [...]“.⁴⁴

Diese nicht aufzuklärende Ungewissheit betrifft aber nicht nur die kontrollierenden Gerichte; vielmehr wissen die entscheidenden Behörden selbst ebenso wenig, ob die von ihnen zu gebende Antwort „richtig oder falsch“ ist.

39 Ralf Poscher, *Geteilte Missverständnisse*, in: *Öffentliches Recht im offenen Staat*, Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 528 (543 ff., 549 ff.).

40 BVerfGE 149, 407 Rn. 17.

41 BVerfGE 149, 407 Rn. 20.

42 In dieser Variante sonst wortgleich BVerfGE 149, 407 Rn. 18.

43 BVerfGE 149, 407 Leitsatz 1, auch diese Grenze wird als „objektiv“ bezeichnet, ebda, Rn. 25.

44 BVerfGE 149, 407 Rn. 20. *Mathias Hong*, Chancen und Risiken externen Sachverständigen in den Verwaltungsverfahren der Wissensgesellschaft, *Die Verwaltung* Bd. 51 (2018), 367 (384), beanstandet zu Rn. 27 des Beschlusses, dass schon fehlende Eindeutigkeit wissenschaftlicher Erkenntnis mit Unaufklärbarkeit gleichgesetzt worden sei; dabei dürfte er die vom Bundesverfassungsgericht gemeinte Bedeutung „eindeutiger wissenschaftlicher Erkenntnis“ verkennen, wie sie sich aus dem anschließenden Hinweis auf einen gesicherten Erkenntnisstand, gegenüber dem „andere Vorgehensweisen nicht mehr als vertretbar angesehen werden können“ ergibt.

Es handelt sich also allenfalls um eine faktische, objektive Grenze der Rechtsanwendung überhaupt, die alle an Recht und Gesetz gebundenen Staatsorgane gleichermaßen trifft, also neben der Rechtsprechung auch die vollziehende Gewalt.

Warum in diesem Fall die Verwaltungseinschätzung entgegen dem Gebot der umfassenden Gerichtskontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG die maßgebliche sein soll, begründet das Bundesverfassungsgericht nicht überzeugend.⁴⁵ Schon die Prämisse, dass die Einschätzung der Gerichte mangels größerer Expertise in außerrechtlichen tatsächlichen Fragen keine höhere Richtigkeitsgewähr bieten könnte als die behördliche,⁴⁶ kann bezweifelt werden; denn die richterliche Unabhängigkeit wirkt Distanzverlusten, die bei den selbst handelnden Behörden zu ihren Anliegen eintreten mögen, ebenso entgegen, wie sie verfälschende Einflussnahmen anderer Stellen ausschließt.⁴⁷

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die Entscheidung durch das Gericht wirklich keine größere Richtigkeitsgewähr bieten könnte, hat sie doch das Potential für eine größere Befriedungswirkung gegenüber den Betroffenen: Denn zum einen entscheidet eben eine unabhängige und zum andern überhaupt eine von der Ausgangsbehörde verschiedene, zweite Stelle als „Instanz[en] der unbeteiligten Streitentscheidung“. Nicht umsonst hat das Plenum des Bundesverfassungsgerichts entschieden, dass auch Gerichte, wenn sie „in voller richterlicher Unabhängigkeit, aber nicht in ihrer typischen Funktion als Instanzen der unbeteiligten Streitentscheidung“ handeln und damit funktional vollziehende Gewalt ausüben, zur öffentlichen Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gehören und insoweit aufgrund der Rechtsweggarantie der

45 Dezidiert ablehnend, auch zu „Funktionsgrenzen“ der Rechtsprechung, *Gassner* (Fn. 4), DVBl 2019, 1371 f.; Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG auch bei *Brandt* (Fn. 4), ZNER 2019, 93 f.; wohl auch bei *Reinhardt* (Fn. 4), NVwZ 2019, 198.

46 Insoweit dem Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zustimmend *Schröder* (Fn. 4), EurUP 2019, 94.

47 Für funktionelle Überlegenheit der Gerichte bei der Bewältigung rechtlicher Unbestimmtheiten ähnlich *Poscher* (Fn. 39), S. 536 ff.; *Thomas Jacob/Marcus Lau*, Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative, NVwZ 2015, 241 (247), sehen bei den Gerichten immerhin „den Vorteil, die institutionell neutralere Instanz zu sein“.

Kontrolle durch rechtsprechende Gerichte als einer zweiten Stelle unterworfen sind.⁴⁸

Der Argumentation mit dem Fehlen höherer Richtigkeitsgewähr fügt der Hinweis darauf, dass die gerichtliche Kontrolle „nicht zum Schutz der Rechte der Betroffenen beizutragen“ vermöge,⁴⁹ nichts Substanzielles hinzu.

Im Übrigen formuliert das Bundesverfassungsgericht, vielleicht ungewollt, teilweise so, dass es die Ersetzung der behördlichen durch die gerichtliche Einschätzung nicht ausschließt: So sieht es in der Ausgangssituation des unzureichenden Erkenntnisstandes der Wissenschaft „keine weitere, von der behördlichen Entscheidung unabhängige, eigenständige Einschätzung durch das Gericht *geboten*“⁵⁰, damit aber noch keineswegs „verboten“; das Gericht soll dementsprechend „seiner Entscheidung insoweit die [...] Einschätzung der Behörde zugrunde legen“ *können*,⁵¹ nicht aber müssen.

Dieser jedenfalls nicht klar ausgeschlossenen Freiheit der Gerichte, verbindlich eigene Einschätzungen vorzunehmen oder auch nicht, stellt das Bundesverfassungsgericht die fraglos unterstellte Entscheidungspflicht der Behörde gegenüber, zu der es heißt: „Diese muss - wenn das Gesetz dies von ihr verlangt - unter denselben Bedingungen eine Entscheidung notgedrungen treffen.“⁵² Der sonst gern allein den Gerichten zugeschriebene „Entscheidungszwang“⁵³ wird hier auf die Exekutive verlagert, allerdings – von der wohl nur rhetorisch bemühten „dringenden Not“ abgesehen – nur bei dahingehender gesetzlicher Anordnung.

Warum ausgerechnet Entscheidungen der Behörden, die angesichts wissenschaftlicher Erkenntnislücken nur zufällig „richtig“ sein können, der von Art. 19 Abs. 4 GG jedenfalls grundsätzlich gebotenen umfassenden Gerichtskontrolle in diesem zentralen Punkt entzogen sein müssten, wird nicht klar. Die gerichtliche Kontrolle zuzulassen, mag keine Verbesserung garantieren;

48 BVerfGE 107, 395 (406); auch die Unterwerfung gerichtlicher Verstöße gegen Verfahrensgrundrechte, die von Rechtsanwendungsorganen nur im Rahmen rechtsprechender Tätigkeit verletzt werden können, unter die Justizgewährungspflicht und damit die Kontrolle einer anderen, zweiten Stelle belegt die Bedeutung dieses Aspekts.

49 BVerfGE 149, 407 Rn. 22.

50 BVerfGE 149, 407 Rn. 21 – Hervorhebung hinzugefügt.

51 Ebd.

52 BVerfGE 149, 407 Rn. 21.

53 Wie z.B. bei *Luhmann*, vgl. *Martin Schulte*, Niklas Luhmann, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/110-luhmann>, zu III 2 b.

dass es verfassungsrechtlich zulässig wäre, von Art. 19 Abs. 4 GG abweichend den Gerichtsschutz zu verkürzen, ist damit aber noch nicht begründet.

Dies gilt umso mehr, als es prozessuale Konstellationen gibt, in denen es an einer behördlichen Ersteinschätzung der unaufklärbaren Frage ganz fehlt, die das Gericht als vertretbar hinnehmen könnte; zur Herstellung der Spruchreife genötigt, müsste das Gericht die Frage originär selbst prüfen und sich im Rahmen einer dann gerichtlichen Einschätzungsprärogative⁵⁴ für eine nur plausible Lösung entscheiden. So sieht es jedenfalls *Michael Eichberger*⁵⁵, der zur Zeit des Beschlusses erst gerade aus dem Bundesverfassungsgericht ausgeschieden war.

2. Zu Reichweite und Einschränkung von Art. 19 Abs. 4 GG

Legt man an Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG trotz seiner im Grundsatz eigentümlichen Struktur als rechtsstaatliches Leistungsgrundrecht die Messlatte der allgemeinen Grundrechtsdogmatik an, kann der Rechtsweg nur dann nicht offen stehen, wenn die für diese Rechtsfolge aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt sind oder wenn trotz Tatbestandserfüllung die grundgesetzlich vorgesehene Rechtsfolge zulässigerweise ausgeschlossen ist.

a) Rechtsschutzgarantie nur für subjektive Rechte

Die offene Flanke des Art. 19 Abs. 4 GG im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen sind die subjektiven Rechte, deren Verletzung bekämpft werden soll. Soweit nicht das Grundgesetz (wie bei den grundrechtlichen Abwehrrechten) verfassungsunmittelbar subjektive Rechte vorgibt, ergeben sich subjektive Rechte aus unterverfassungsrechtlichen Rechtsnormen, soweit diese auf die Begründung solcher Rechte gerichtet sind, um eine Kurzformel für die Schutznormlehre zu verwenden.⁵⁶ Damit liegt es vorbehaltlich von Bindungen durch höherrangiges Recht in der Hand des jeweiligen Normsetzers, ob und inwieweit er subjektive Rechte schafft oder nicht; selbst wenn er Regelungen trifft, die gezielt bestimmte Personengruppen begünstigen, kann er ihre Bindungskraft für die Behörden reduzieren – wie beim Ermessen, was den Inhalt

54 Für eine dahingehende „rechtstechnische Option“ *Buchheim* (Fn. 4), JZ 2019, 92 ff.

55 *Eichberger* (Fn. 4), NVwZ 2019, 1566.

56 S. zur Schutznormlehre und der genannten Kurzformel etwa *Sachs* (Fn. 16), Art. 19 Rn. 129; ausführlicher zu den Einzelheiten *ders.* (Fn. 8), § 40 Rn. 131 ff.

subjektiver Rechte entsprechend verengt, oder den Normen auch bei voller objektiver Bindungskraft die Ausrichtung auf Durchsetzbarkeit durch die Begünstigten vorenthalten. Die Begründung subjektiver Rechte kann auch dadurch eingeengt werden, dass die fraglichen Normen die rechtliche Bindung der Behörden dadurch reduzieren, dass sie ihnen Spielräume bei der Normauslegung oder -anwendung eröffnen. Derartige Normen mag man als „Ermächtigungen“ der Behörden bezeichnen, weil sie Entscheidungsfreiräume der Behörden schaffen. Dies geschieht aber dadurch, dass sie die Reichweite der durch die Norm begründeten subjektiven Rechte verengen, so dass schon die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Rechtswegeröffnung nach Art. 19 Abs. 4 GG insoweit nicht gegeben sind.

b) Gesetzliche Einschränkungen nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts

Soweit aber subjektive Rechte auf behördliches Handeln oder dagegen bestehen, ist der Ausschluss des zu ihrer Durchsetzung – notfalls nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG verfassungsunmittelbar zu den ordentlichen Gerichten – eröffneten Rechtswegs eine Abweichung von einem grundgesetzlichen Gebot, die auf derselben Ebene, also durch das Grundgesetz selbst, zugelassen sein muss, um verfassungsrechtlich zu bestehen. Soweit es an gerade auf den Ausschluss des Rechtswegs gerichteten Verfassungsbestimmungen, wie etwa den Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG,⁵⁷ fehlt, müsste die Wahrung anderweitiger Verfassungsanliegen als Inhalt „kollidierenden Verfassungsrechts“ die Grundlage für den Rechtsweg ausschließende, damit grundrechtsbeschränkende Gesetzgebung bieten; dies dürfte nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen.⁵⁸

c) Anwendung auf den Rechtsschutz der Windradbetreiber

Die Windradbetreiber genießen für ihr nachhaltiges, auf Erwerb gerichtetes Vorhaben den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG. Dies begründet für sie grundsätzlich subjektive Störungsabwehransprüche gegen Einschränkungen durch die grundrechtsgebundene Staatsgewalt,

57 Zu anderen Rechtsschutzausschlussklauseln im Grundgesetz *Michael Sachs*, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 508; auch *Sachs* (Fn. 16), Art. 19 Rn. 153.

58 Für eine solche Ausnahme BVerfGE 116, 1 (21 f.), zur Insolvenzverwalterbestellung; dazu *Sachs* (Fn. 16), Art. 19 Rn. 148 a.E., allgemein Rn. 153.

zumal gegen Verbotsgesetze, hier das Bundesimmissionsschutzgesetz. Lassen diese Verbotsgesetze hinreichend Raum für die Genehmigung von Ausnahmen von dem Verbot, vervollständigt erst deren Ablehnung den abwehrrechtlich abzuwehrenden Grundrechtseingriff. Damit ist grundsätzlich die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung gegeben, gegen die nach Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg offen steht. Eine Verkürzung des danach garantierten Rechtsschutzes ist daher als Beeinträchtigung dieses Grundrechts rechtfertigungsbedürftig; die Rechtfertigung bedarf einer Grundlage im kollidierenden Verfassungsrecht und einer darauf gestützten gesetzlichen Einschränkungregelung. Ohne eine gesetzliche Ermächtigung darf der gerichtliche Rechtsschutz nicht reduziert werden.

3. Auflösung eines „non liquet“ über Beweislastregeln

a) Zum Ansatz des Bundesverfassungsgerichts

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Rotmilanen sieht dies, wie erwähnt, anders, er will angesichts der „objektiven Grenzen der Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft“ die Gerichtskontrolle bezüglich der unaufklärbaren Punkte ausschließen, und zwar unabhängig von einer gesetzlich begründeten „Einschätzungsprärogative“ der Behörden,⁵⁹ wie sie die Verwaltungsgerichte angenommen hatten.⁶⁰

Solche gesetzlichen Ermächtigungen zur „Einräumung administrativer Letztentscheidungsrechte“ hält der Beschluss nur „bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe“ für nötig.⁶¹ Was immer damit genau gemeint sei mag, im Fall der Rotmilane ging es nicht um (zu) unbestimmte Rechtsbegriffe: Der Begriff „töten“ im naturschutzrechtlichen Tötungsverbot ist zwar nicht

59 Dazu und zum Folgenden BVerfGE 149, 407 Rn. 17ff.

60 Dazu nur die Zusammenfassung in BVerfGE 149, 407 Rn. 3 f.; aus dem Schrifttum zustimmend etwa *Rainald Enders*, in: Ludger Giesberts/Michael Reinhardt (Hrsg.), *Umweltrecht*, 2. Aufl. 2018, § 6 Rn. 25a m.w.N. zur Rechtsprechung; bei anderer Begrifflichkeit auch *Hans D. Jarass*, *Bundes-Immissionsschutzgesetz*, 12. Aufl. 2017, Rn. 29.

61 BVerfGE 149, 407 Rn. 23.

über jede Auslegungsnotwendigkeit erhaben; er hat aber nach der Interpretation im inzwischen auch gesetzlich aufgegriffenen Sinne⁶² dahin, dass das Risiko der jeweils gefährdeten Tiere nicht signifikant erhöht sein darf,⁶³ eine für die Rechtsanwendung hinreichend klare Bedeutung.⁶⁴

Dagegen nimmt das Bundesverfassungsgericht bei objektiver Unaufklärbarkeit einer für die Entscheidung maßgeblichen naturschutzfachlichen tatsächlichen Frage eine „faktische Grenze verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“ an, für die es „nicht eigens der gesetzlichen Ermächtigung bedürfe.“⁶⁵ Allerdings hat der Beschluss dann doch Bedenken dagegen, in grundrechtsrelevanten Bereichen Rechtsanwendung mit ihren in einem „Erkenntnisvakuum“ ja nur zufälligerweise richtigen Ergebnissen „längerfristig“ zuzulassen und fordert eine irgendwie geartete, auch nur mittelbar gesetzliche Abhilfe.⁶⁶

b) Zur Lösung nach Beweislastregeln

Der Senat übersieht oder übergeht dabei, dass es außerhalb des Dunstkreises von „Beurteilungsspielräumen“ und „Einschätzungsprärogativen“ längst gesetzliche Vorgaben dafür gibt, wie Gerichte⁶⁷ und Behörden⁶⁸ in Fällen unauflösbarer tatsächlicher Verhältnisse zu entscheiden haben, nämlich die Regeln

62 § 44 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG.

63 BVerfGE 149, 407 Rn. 2 unter Hinweis auf BVerwGE 130, 299 Rn. 219; entsprechend ferner etwa BVerwGE 158, 1 Rn. 466 m.w.N.

64 Zweifelnd wohl *Reinhardt* (Fn. 4), NVwZ 2019, 198.

65 BVerfGE 149, 407 Rn. 17ff.

66 BVerfGE 149, 407 Rn. 24: Der Gesetzgeber müsse „für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung beispielsweise durch Einsetzung fachkundiger Gremien zur Festlegung einheitlicher Maßstäbe und Methoden sorgen oder wenigstens genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen vorgeben.“ Zu Umsetzungsmöglichkeiten etwa *Maslaton* (Fn. 4), NVwZ 2019, 1081 ff.

67 Zur materiellen Beweislast im Verwaltungsprozess etwa *Thomas Würtenberger/Dirk Heckmann*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 658 ff.; *Wolf Rüdiger (sic) Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 23; grundlegend *Wilfried Berg*, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980; *Michael Nierhaus*, Beweismaß und Beweislast Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozeß, 1989.

68 Zur Bedeutung der materiellen Beweislast für behördliche Entscheidungen im Verwaltungsverfahren vgl. nur *Dieter Kallerhoff/Frank Fellenberg*, Stelkens u.a. (Fn. 8),

über die materielle Beweislast, auf deren Grundlage im Falle eines „non liquet“ zu entscheiden ist;⁶⁹ ein solches ist jedenfalls bei objektiver Unaufklärbarkeit der Tatsachenlage gegeben.⁷⁰

Die Beweislastregeln sind allerdings jedenfalls im öffentlichen Recht wohl ganz überwiegend nicht ausdrücklich normiert, auch in dessen materiellen Bestimmungen nicht durchweg stillschweigend mitgeschrieben. Sie sind aber gleichwohl bei erheblichen Unterschieden schon in der grundsätzlichen Herleitung⁷¹ als Bestandteile der Rechtsordnung, als geltendes, für die Rechtsanwendung verbindliches Recht anerkannt. Soweit Defizite bei der praktischen Anwendung der Beweislast im Verwaltungsrecht bestehen,⁷² ist es an der Zeit, diese aufzuarbeiten.

aa) Zur behördlichen Entscheidung

Lassen sich die für die Behördenentscheidung maßgeblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen (also: das signifikant erhöhte Tötungsrisiko) nicht feststellen, hat die Behörde keinen Entscheidungsspielraum, sondern muss

§ 24 Rn. 22, 38, 55 ff.; *Kluth* (Fn. 37), § 60 Rn. 50 ff.; für Parallelität der dort geltenden Regeln mit denen des Verwaltungsprozesses *Nierhaus* (Fn. 67), S. 14.

69 Auf die durch die Anerkennung von Einschätzungsprärogativen begründete „Gefahr [...], Fragen der Beweislast zu überspielen“, weist in diesem Zusammenhang auch *Schröder* (Fn. 4), EurUP 2019, 92 m.N. hin.

70 Wenn *Eichberger* (Fn. 4), NVwZ 2019, 1565, leugnet, dass die Klärung unmöglich sei, da die vertretbare Behördenentscheidung eben diese ja herbeiführe, und „den der Behörde hier eingeräumten Erkenntnisraum ernst nehmen“ will, unterliegt er damit einer *petitio principii*, setzt nämlich die Richtigkeit dieses Lösungsansatzes voraus.

71 Vgl. näher *Nierhaus* (Fn. 67), S. 214 ff.

72 *Külpmann* (Fn. 4), DVBl 2019, 140 (144), hegt gegenüber einer Lösung über die Beweislast „doppeltes Misstrauen“: gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit und gegen die Gesetzgebung; soweit auch das Schrifttum skeptisch eingeschätzt wird, sei auf die Monographien von *Berg* und *Nierhaus* (beide Fn. 67) verwiesen. Gegenüber der Annahme, angesichts der genannten Defizite dürfe auf „herkömmliche verwaltungsrechtliche Figuren zurückgegriffen werden“, ist festzuhalten, dass diese „Figuren“ eben nicht für den Fall der objektiven Unaufklärbarkeit entwickelt worden sind und auch nicht auf sie passen: Eine Darlegungslast für Unaufklärbares kann es sinnvollerweise nicht geben, insoweit steht auch die Untauglichkeit von Prognosen von vornherein fest und dass Sachverständige nicht weiter helfen können, ist Teil der Definition der zu bewältigenden Ausnahmesituation.

die aus den Beweis- oder Feststellungslastregeln folgende Entscheidung treffen: Sie hat daher die Genehmigung zu erteilen, wenn die Beweislast die Behörde trifft; das ist grundsätzlich für die Voraussetzungen der Versagung einer gebundenen Genehmigung zu grundrechtsgeschütztem Verhalten, wie der zur Errichtung einer betrieblichen Anlage im Rahmen der Berufsfreiheit, anzunehmen.⁷³ Trifft die Beweislast den Antragsteller, etwa aufgrund einer vielleicht mit Rücksicht auf Natur- oder Tierschutz anzunehmenden Beweislastumkehr⁷⁴ oder wegen einer auf diese⁷⁵ oder andere Gründe⁷⁶ gestützten gegenteiligen gesetzlichen Verteilung der Beweislast, kann die Behörde die Genehmigung versagen. Verkennt die Behörde die Verteilung der Beweislast, ist ihre auf die Beweislast gestützte Entscheidung, gleich in welche Richtung sie geht, (materiell)⁷⁷ rechtswidrig.

Wollte man in der Verkenning der Beweislastverteilung nur einen Verfahrensfehler sehen, wäre die behördliche Entscheidung ebenfalls rechtswidrig,

73 Vgl. allgemein etwa *Maurer* (Fn. 7), § 9 Rn. 52 f.; *Mauer/Waldhoff* (Fn. 7), § 9 Rn. 53 f.; zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG *Grages* (Fn. 4), RdL 2019, 97 f. (zum Rotmilane-Beschluss); *Constantin von der Groeben/Lars Kindler*, Stören Windenergieanlagen die Flugnavigation?, ZfBR 2015, 337340 f. m.w.N.; anders anscheinend im Kontext der § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG für den Regelfall OVG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. November 2016 – 2 L 112/14 –, juris, Rn. 60 (unter Berufung auf „Czajka, in: Feldhaus BImSchG, § 6 RdNr. 34“), das sich darauf stützt, dass die genannten Vorschriften anspruchsbegründender Natur seien.

74 Zu dieser Möglichkeit im Kontext der § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 01. Juli 2016 – 5 K 16/14 –, juris, Rn. 71, das allerdings bei einem bloßen Anfangsverdacht auf einen möglichen Verstoß gegen das Tötungsverbot eine solche Umkehr verneint.

75 Zur Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen durch Art. 20a GG zuletzt nur BVerwG, NJW 2019, 3096 Rn. 17 ff., 20, zur Begründung einer entsprechenden Gesetzesauslegung; gegen die Reduzierung der Gerichtskontrolle mit Rücksicht auf Art. 20a GG *Gassner* (Fn. 4), DVBl 2019, 1374 f.

76 Etwa, indem allgemein zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG wie zu Nr. 1 verlangt wird, dass die Einhaltung der anderen Vorschriften „sichergestellt“ sein muss, dass an ihr also kein ernsthafter Zweifel bestehen darf, so *Jarass* (Fn. 60), § 6 Rn. 25 m.w.N.; zustimmend *Johannes Dietlein*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, hrsg. von Martin Beckmann u.a., Bd. III, Stand: 1. Juni 2019 (90. Erg.-Lief.), § 6 BImSchG (2014) Rn. 28 (beide ohne Aussage zur Beweislast).

77 *Kallerhoff/Fellenberg* (Fn. 68), § 24 Rn. 55 zu Fn. 270, 271.

der Fehler wäre wesentlich; denn angesichts der Unaufklärbarkeit der tatsächlichen Voraussetzungen wäre der Verfahrensfehler für den Inhalt der Entscheidung ausschlaggebend gewesen, und nicht nur möglicherweise.⁷⁸

bb) Zur gerichtlichen Kontrolle

Die gerichtliche Kontrolle der Behördenentscheidung hat in der Beachtung der Beweislastregeln durch die Behörden einen ohne Weiteres justiziablen Bezugspunkt. Das Gericht kann daher die Behördenentscheidung ungeachtet der Unaufklärbarkeit der tatsächlichen Lage und trotz dazu fehlender besserer Erkenntnismöglichkeiten als "falsch" und "nicht rechtens" bezeichnen,⁷⁹ wenn sie auf einer Verkennung der Verteilung der materiellen Beweislast beruht. Ist dies zum Nachteil des Klägers der Fall, verletzt die rechtswidrige behördliche Entscheidung den Kläger (bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen im Übrigen) auch in seinen Rechten.

IV. Zum Schluss

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu den Rotmilanen hat in der anhaltenden Diskussion um Beurteilungsspielräume, Beurteilungsermächtigungen und „Funktionsgrenzen der Rechtsprechung“ neue Akzente gesetzt. Letztere sind dabei mit Recht als Begriff hinter die Grenzen naturwissenschaftlicher Erkenntnisse und damit jeder diesbezüglichen Rechtsanwendung überhaupt zurückgetreten. Gleichwohl hat der Beschluss wegen der Unaufklärbarkeit naturwissenschaftlicher Sachverhalte nur die Gerichtskontrolle der Rechtsanwendung der Verwaltung zurückgenommen, dieser damit bei unaufklärbarer Sachlage ein Letztentscheidungsrecht zugesprochen, das gleichermaßen zu richtigen wie zu falschen Ergebnissen führen kann. Dies ist so mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht in Einklang zu bringen, auch nicht, wenn den Gerichten die Möglichkeit verbleiben soll zu prüfen, ob ihnen die Einschätzung der Behörden „plausibel“ erscheint.⁸⁰ Mit Recht ist hierzu gefragt worden, wie die

78 Vgl. allgemein *Sachs* (Fn. 8), § 45 Rn. 116 ff., 123 f., wobei schon die mögliche Auswirkung des Verfahrensfehlers auf den Inhalt der Entscheidung ausreicht.

79 Dagegen aber BVerwGE 131, 274 Rn. 65, mangels besserer Erkenntnis des Gerichts in tatsächlicher Hinsicht, auf die es aber nicht ankommt.

80 BVerfGE 149, 407 Rn. 21, zu verbleibenden Kontrollmöglichkeiten im Übrigen Rn. 30. Für Rechtfertigungsbedürftigkeit einer bloßen Plausibilitätskontrolle *Beckmann* (Fn. 4), DVBl 2019, 1179.

Plausibilität einer Entscheidung festgestellt werden soll, „deren Prämissen jenseits des gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisstandes liegen.“⁸¹ Letztlich wird eine solche Prüfung wohl nur die Plausibilität der behördlichen Darlegung, ihre innere Konsistenz betreffen können,⁸² nicht aber das „Ergebnis der Entscheidung der Behörde“ in der Sache, da es ja „objektiv unmöglich“ ist zu wissen, ob dieses „richtig oder falsch ist.“⁸³

Demgegenüber scheint es geboten, auf die allerdings nicht immer leicht zu ermittelnden rechtlichen Regeln über die materielle Beweislast zurückzugreifen, die für Fälle der Unaufklärbarkeit entscheidungserheblicher tatsächlicher Fragen eingreifen. Diese sind auch für behördliche Entscheidungen in Verwaltungsverfahren verbindlich und bieten ohne Weiteres taugliche Maßstäbe für die Gerichtskontrolle einschlägiger Verwaltungsentscheidungen. Der Gesetzgeber, vom Bundesverfassungsgericht aufgefordert, „für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung“ zu sorgen oder „genauere Regeln für die behördliche Entscheidung zwischen mehreren vertretbaren Auffassungen“ vorzugeben,⁸⁴ hat insoweit die Möglichkeit, selbst unmittelbar die Maßstäbe für die behördlichen und die gerichtlichen Entscheidungen zu präzisieren, indem er schlicht die Verteilung der Beweislast unmissverständlich regelt.

81 Gärditz (Fn. 4), *Die Verwaltung* Bd. 52 (2019), 269: ähnlich gegen die Möglichkeit einer Vertretbarkeitsprüfung Reinhardt (Fn. 4), *NVwZ* 2019, 196; für den Maßstab der Plausibilität ausdrücklich Sow (Fn. 4), *DÖV* 2019, 318.

82 Die Plausibilität der behördlichen Darlegungen in Bezug auf Windräder und Rotmilane ablehnend etwa *OVG NRW*, *NVwZ-RR* 2019, 857 Rn. 19 ff.

83 *BVerfGE* 149, 407 Rn. 17.

84 *BVerfGE* 149, 407 Rn. 24.

Verwaltungsverfahrensrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren: Notwendigkeit, Ausgestaltung, Fehlerfolgen

Ulrich Stelkens*

I. Einleitung: Begriff des „vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens“, Beispielfälle und Fragestellung

Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren im „Staat-Bürger-Verhältnis“¹ lassen sich zwei Fallgruppen zuordnen. In der ersten Fallgruppe will der Bund, ein Land, eine Kommune oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts (im Folgenden: Verwaltungsträger)² aktiv gegenüber einem Privaten einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Anspruch durchsetzen. Hier tritt der Verwaltungsträger also als Gläubiger, der Private als Schuldner

* **Vorbemerkung:** In den Fußnoten dieses Beitrags finden sich Selbstzitate in ungewöhnlicher Zahl. Dies liegt vor allem daran, dass dieser Beitrag Überlegungen aus meinen früheren Arbeiten zusammenführt, die einzelne in diesem Beitrag behandelte Aspekte vertiefter behandeln. Die Selbstzitate sind daher letztlich vor allem als Querverweise zu verstehen.

¹ Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren sind auch vor gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern möglich. Da die Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern jedoch im Vergleich zu den Rechtsbeziehungen im Staat-Bürger-Verhältnis von zahlreichen Besonderheiten geprägt sind (siehe hierzu m. w. N. *U. Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 790 ff.), die auch zu Besonderheiten im Verwaltungsverfahrensrecht führen (siehe hierzu *V. Jungkind*, Verwaltungsakte zwischen Hoheitsträgern, 2008, S. 211 ff.), soll hier auf diese besondere Form vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren nicht eingegangen werden.

² Im Folgenden soll es nur um vorgerichtliche Verwaltungsverfahren von Verwaltungsträgern in öffentlich-rechtlicher Organisationsform gehen. Ob und inwieweit auch die Entscheidungen von Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand bei ihrer Entscheidungsfindung den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrensrechts unterworfen sind, wäre ein eigenes Thema. Siehe allgemein zu den offenen Fragen der „öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung“ derartiger juristischer Personen des Privatrechts: *U. Stelkens*, Von selbständigen Verwaltungshelfern, Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, Jura 2016, 1260 (1266 ff.).

des durchzusetzenden Anspruchs auf (1). In der umgekehrten zweiten Fallgruppe will ein Privater gegenüber einem Verwaltungsträger einen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Anspruch geltend machen. Hier tritt der Verwaltungsträger also als Schuldner, der Private als Gläubiger auf (2). In beiden Fällen fragt sich, ob und inwieweit der behördliche Entscheidungsprozess darüber, ob die Behörde Klage erheben oder den Privaten durch Erfüllung der geltend gemachten Ansprüche klaglos stellen soll, verwaltungsverfahrenrechtlich „eingefangen“ werden kann (3). Zur Klärung dieser Frage soll dargestellt werden, welche Bedeutung (die Unanwendbarkeit) der Verwaltungsverfahrensgesetze für die Fragestellung hat (II.), bevor auf die Gebotenheit der Anerkennung eines Verwaltungsverfahrenrechts für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren (III), deren Ablauf (IV) und schließlich auf die Folgen von Verfahrensfehlern (V) eingegangen wird.

1. Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren über Ansprüche eines Verwaltungsträgers gegenüber einem Privaten

Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren über Ansprüche eines Verwaltungsträgers gegenüber einem Privaten sind solche Verwaltungsverfahren, die auf die Entscheidung der Behörde gerichtet sind, einen ihrem Träger gegenüber einem Privaten (möglicherweise) zustehenden öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Anspruch, den die Behörde nicht durch Verwaltungsakt festsetzen kann, gerichtlich durchzusetzen, insbesondere durch Erhebung einer Klage³ vor den Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- oder Finanzgerichten (wobei im Folgenden für das jeweilige Gerichtsverfahrensrecht pars pro toto allein die ZPO und die VwGO zitiert werden). Beispiele für diese Fälle sind:

- Die Behörde prüft, ob kraft Gesetzes (z. B. nach § 115, § 116 SGB X, § 94 SGB XII, § 76 BBG) ein (i.d.R. privatrechtlicher) Anspruch auf ihren Träger

³ Die folgenden Ausführungen gelten entsprechend auch für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren, die nicht auf die Entscheidung über die Erhebung einer Klage, sondern über die Entscheidung eines sonstigen an das Gericht gerichteten Sachantrag („einseitige Prozesshandlungen“ und „Aufforderungen, eine inhaltlich bestimmte Entscheidung zu erlassen“, s. L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 64 Rn. 2) gerichtet sind, über den das Gericht nicht durch Urteil, sondern zwingend durch Beschluss entscheidet.

- übergeleitet wurde und ob sie diesen Anspruch gegenüber dem Anspruchsschuldner gerichtlich durchsetzen soll.⁴
- Ein Sozialversicherungsträger macht nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 266a StGB gegenüber dem schuldhaft handelnden Arbeitgeber Schadensersatz wegen Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen geltend.⁵
 - Ein Land nimmt gegenüber einem vorsätzlich oder grob fahrlässig handelnden Landesbeamten im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten (Art. 34 Satz 3 GG) Rückgriff nach § 48 BeamStG.⁶
 - Eine Kammer (IHK, Handwerkskammer, Anwaltskammer) überlegt, ob sie (ggf. gegenüber einem Kammermitglied) Unterlassungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG (vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 4 UWG) oder §§ 1 ff. UKlaG (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 UKlaG) durchsetzen soll.⁷
 - Ein Straßenbaulastträger erwägt die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen einen Bürger wegen Beschädigung von Straßenbestandteilen.⁸

⁴ Siehe zur Rechtsnatur derartiger Legalzessionen zu Gunsten von Verwaltungsträgern *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 426 ff. (mit Rechtsprechungsbeispielen). Siehe ferner BSG, Urt. v. 5.7.2018 – B 8 SO 21/16 R, NJW 2019, 875 (Rz. 11 ff.).

⁵ Siehe zu derartigen Fällen: BGH, Urt. v. 18.4.2005 – II ZR 61/03, BGHZ 163, 148 ff.; BGH, Hinweisbeschl. v. 14.7.2008 – II ZR 238/07, NJW 2008, 3557 f.; ferner hierzu und zu ähnlichen Konstellationen *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 619 ff. (mit weiteren Rechtsprechungsbeispielen).

⁶ Siehe zu den Besonderheiten der Beamtenhaftung bei Anwendbarkeit des Art. 34 Satz 3 GG: *J. Beckmann*, Die Haftung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn, 2002, S. 278 ff.; *H. Schnellenbach/J. Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis 9. Aufl. 2017, § 9 Rn. 55.

⁷ Siehe zu derartigen Fällen BVerfG, Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 981/00, BVerfGE 111, 366 ff.; BGH, Urt. v. 26.5.1972 – I ZR 8/71, GRUR 1972, 607 ff.; BGH, Urt. v. 9.7.1981 – VII ZR 139/80, BGHZ 81, 229 ff.; BGH, Urt. v. 9.4.2002 – I ZR 240/90, BGHZ 118, 53 ff.; BGH, Urt. v. 25.11.1993 – I ZR 281/91, BGHZ 124, 224 ff.; BGH, Urt. v. 25. Oktober 2001 – I ZR 29/99, NJW 2002, 2039 ff.; BGH, Urt. v. 6.4.2006 – I ZR 272/03, NJW 2006, 2481 ff.; BGH, Urt. v. 9. 6.2011 – I ZR 113/10, NJW 2012, 235 ff.

⁸ Siehe zu Schadensersatzklagen der Straßenbaulastträger auf Grundlage privatrechtlicher deliktischer Ansprüche z. B. BGH, Urt. v. 14.9.2004 – VI ZR 97/04, NJW 2004, 3557 ff.; BGH, Urt. v. 6.2.2007 – VI ZR 274/05, NJW 2007, 1683 ff.; BGH, Urt. v. 15.10.2013 – VI ZR 471/12, VersR 2013, 1544 ff.; BGH, Urt. v. 15.10.2013 – VI ZR 528/12, NJW 2014, 385 ff.; BGH, Urt. v. 18.2.2014 – VI ZR 10/13, NJW 2014, 2874 ff.; BGH, Urt. v. 9.12.2014 – VI ZR 138/14, NJW 2015, 1298 ff.; OLG Hamm, Urt. v.

- Ein Verwaltungsträger überlegt, gegen einen Privaten Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsansprüche nach § 1004 Abs. 1 BGB (analog), § 862 BGB oder auch § 12 BGB oder § 97 Abs. 1 UrhG gerichtlich geltend zu machen, weil er sich in seinen Besitz- oder Eigentumsrechten,⁹ seinem Namensrecht,¹⁰ seinem „Persönlichkeitsrecht“¹¹ oder auch seinem geistigen Eigentum¹² verletzt sieht.
- Eine Polizeibehörde erwägt, einen Aufwendungsersatzanspruch aus (öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher) Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber einem Bürger durchzusetzen, für den die Polizei ein zumindest „auch fremdes Geschäft“ geführt hat.¹³
- Die Behörde erwägt die gerichtliche Durchsetzung ihr gegenüber dem Bürger aus öffentlich-rechtlichem oder privatrechtlichem Vertrag zustehenden Ansprüchen.¹⁴

19.6.2015 – 11 U 168/14, NJOZ 2016, 523 ff.; siehe ferner *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 628 ff. (mit weiteren Rechtsprechungsbeispielen).

⁹ Siehe zu Klagen von Verwaltungsträgern aus § 1004 Abs. 1 BGB wegen Eigentumsverletzung: BGH, Urt. v. 12.3.1964 – II ZR 243/62, NJW 1964, 1365 ff.; BGH, Urt. v. 22.03.1966 – V ZR 126/63, NJW 1966, 1360 ff.; BGH, Urt. v. 1.3.1974 – V ZR 82/72, BGHZ 62, 186 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 16.11.2000 – 5 U 2/00, NWVBl. 2001, 447 f.; OLG Zweibrücken, Urt. v. 12.6.2003 – 4 U 26/02, NVwZ-RR 2004, 11 f.; VGH Kassel, Beschl. v. 21.8.2017 – 2 B 294/18, NVwZ-RR 2019, 306 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 27.5.2003 – 15 A 2182/03, NWVBl. 2003, 468.

¹⁰ Siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 15.3.1963 – Ib ZR 98/61, NJW 1963, 2267 ff.; BGH, Urt. v. 23.9.1992 – I ZR 251/90, BGHZ 119, 237 ff.; BGH, Urt. v. 28.3.2002 – I ZR 235/99, NJW-RR 2002, 1401 ff.; BGH, Urt. v. 9.6.2005 – I ZR231/01, NJW 2006, 146 ff.; BGH, Urt. v. 14.6.2006 – I ZR 249/03, WRP 2006, 1225 ff.; BGH, Urt. v. 27.10.2011 – I ZR 131/10, NJW 2012, 2279 ff.

¹¹ Siehe hierzu etwa BerlVerfGH, Beschl. v. 20.8.2008 – VerfGH 22/08, NJW 2008, 3491 ff.; BGH, Urt. v. 26.10.1999 – VI ZR 332/98, NJW 2000, 656 ff.; BGH, Urt. v. 30.5.2000 – VI ZR 276/99, NJW 2000, 3421 ff.; BGH, Urt. v. 22.4.2008 – VI ZR 83/07, BGHZ 176, 175 ff.; BGH, Urt. v. 2.12.2008 – VI ZR 219/06, NJW 2009, 915 ff.

¹² Siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 19.11.1992 – I ZR 254/90, BGHZ 120, 228 ff.; BGH, Urt. v. 28.5.1998 – ZR 81/96, BGHZ 139, 68 ff.; BGH, Urt. v. 1.3.2001 – I ZR 211/98, BGHZ 147, 56 ff.; BGH, Urt. v. 9.12.2014 – V ZR 324/13, NJW 2015, 2037 ff.; BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17, NJW 2019, 757 ff.

¹³ Siehe hierzu *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 634 ff. (mit zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen).

¹⁴ Insoweit entspricht es weitgehend allgemeiner Auffassung, dass Ansprüche der Verwaltung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen nicht durch Verwaltungsakt, sondern nur (verwaltungs-)gerichtlich durchgesetzt werden können, s. nur *H. J. Bonk/W.*

2. Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren über Ansprüche eines Privaten gegenüber einem Verwaltungsträger

Vorgerichtliche Verwaltungsverfahren über Ansprüche eines Privaten gegenüber einem Verwaltungsträger sind Verwaltungsverfahren, die auf die Entscheidung einer Behörde gerichtet sind, ob ein von einem Privaten gegenüber dem Behördenträger geltend gemachter öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch zu erfüllen ist, der weder auf Erlass eines Verwaltungsakts noch auf Abschluss eines privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrags gerichtet ist. Ziel dieser Verfahren ist die Entscheidung, ob durch Erfüllung des von einem Privaten geltend gemachten Anspruchs dieser klaglos zu stellen ist und so ein Gerichtsverfahren vermieden bzw. beendet werden kann.¹⁵

Ansprüche, die auf Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind, werden hier schon deshalb nicht einbezogen, weil derartige Verwaltungsverfahren unproblematisch in den Anwendungsbereich der §§ 9 ff. VwVfG, der entsprechenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder, sowie der §§ 8 ff. SGB X und (soweit es um Verwaltungsverfahren geht, die auf den Erlass von Verwaltungsakten gerichtet sind) der §§ 78 ff. AO richten (im Folgenden soll *pars pro toto* nur das VwVfG zitiert werden). Verwaltungsverfahren, die auf Abschluss privatrechtlicher Verwaltungsverträge gerichtet sind, sollen hier ausgenommen werden, weil sie teilweise über die Zweistufentheorie in den Anwendungsbereich der §§ 9 ff. VwVfG mit einbezogen werden, in anderen Fällen in den §§ 97 ff. GWB eine spezielle verwaltungsverfahrensrechtliche Ausgestaltung gefunden haben und für sie in weiteren Fällen (etwa für Verfahren, die auf Einstellung als Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gerichtet sind, für bestimmte Privatisierungsverfahren und für Vergabeverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB) besondere Rechtsprechungsgrundsätze entwickelt wurden oder sich in der Entwicklung befinden.¹⁶

Neumann/T. Siegel, in: P. Stelkens/H.-J. Bonk/M. Sachs/H. Schmitz (Begr. u. Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 61 Rn. 1.

¹⁵ Auch soweit hier und im Folgenden von „Klage“ gesprochen wird, ist hiermit *pars pro toto* jeder Sachantrag gemeint (vgl. Fn. 3).

¹⁶ Siehe zu derartigen Vertragsabschlussverfahren und der Bedeutung der Zweistufentheorie in diesem Zusammenhang (m. w. N.) *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 35 Rn. 106 ff., 123 ff., 127 f., 128.

Es geht damit bei der zweiten Fallgruppe vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren (nur) um die Fälle, in denen der Private darauf verwiesen ist, den behaupteten (nicht auf Erlass eines Verwaltungsakts oder auf Abschluss eines Verwaltungsvertrages gerichteten) Anspruch ggf. mit der allgemeinen Leistungsklage vor den Zivil-, Arbeits-, Verwaltungs-, Sozial- oder Finanzgerichten durchzusetzen. Beispiele hierfür wären etwa:

- Ein Bürger verlangt Erfüllung eines Amtshaftungsanspruchs nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG oder macht Schadensersatz wegen Verletzung privatrechtlicher Pflichten der Behörde aus § 823 Abs. 1 BGB (z. B. wegen Verkehrssicherungsverletzung) geltend.¹⁷
- Ein Bürger macht einen Aufwendungsersatzanspruch aus (öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher) Geschäftsführung ohne Auftrag geltend.¹⁸
- Ein Bürger verlangt Folgenbeseitigung wegen rechtswidriger Inanspruchnahme seines Grundstücks durch einen Straßenbaulastträger.¹⁹
- Ein Bürger verlangt Unterlassung/Widerruf staatlichen Informationshandelns²⁰ bzw. staatlicher Meinungsäußerungen.²¹
- Ein privater Verband oder ein privater Mitbewerber verlangt von einem Verwaltungsträger das Unterlassen von unlauteren geschäftlichen Handlungen nach § 8 Abs. 1 i. V. mit Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 UWG bzw. das Unterlassen wirtschaftlicher Betätigung entgegen der gemeindewirtschaftsrechtlichen oder haushaltsrechtlichen Vorgaben.²²

¹⁷ Zur verfahrensrechtlichen Dimension solcher Verfahren siehe bereits *U. Stelkens*, Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, DÖV 2006, 770 (778 f.).

¹⁸ Siehe zu derartigen Fällen z. B. BVerwG, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 7/16, BVerwGE 162, 63 ff.; siehe ferner *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 563 ff. (mit weiteren Rechtsprechungsbeispielen).

¹⁹ Siehe hierzu etwa OVG Koblenz, Urt. v. 4.4.2017 – 1 A 10865/16, NVwZ-RR 2017, 605 ff.

²⁰ Siehe hierzu etwa BVerwG, Urt. v. 19.2.2015 – 1 C 13.14, BVerwGE 151, 228 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.11.2015 – 3 C 27.13, NVwZ-RR 2015, 425 ff.

²¹ Siehe hierzu etwa BVerwG, Urt. v. 13.9.2017 – 10 C 6.15, BVerwGE 159, 327 ff.

²² Siehe hierzu aus jüngerer Zeit etwa BGH, Urt. v. 22.4.2009 – I ZR 176/06, NJW 2009, 3365 ff.; BGH, Urt. v. 1.3.2018 – I ZR 264/16, GewArch 2018, 388 ff.; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.11.2012 – 1 S 1258/12, NVwZ-RR 2013, 328 ff.; VGH Mannheim, Urt. v. 5.11.2014 – 1 S 2333/13, NVwZ-RR 2015, 307 ff.; OVG Münster, Beschl. v. 1.4.2008 –

- Ein Bürger verlangt von der Behörde Erfüllung seiner (nicht auf Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf Abschluss, Änderung oder Aufhebung eines Verwaltungsvertrages gerichteten) Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, einem Verwaltungsakt oder einer Zusage.²³
- Ein Bürger verlangt von der Behörde Erfüllung seiner Ansprüche aus einem privatrechtlichen Vertrag.

3. Fragestellung: Gibt es ein Verwaltungsverfahrensrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren?

Gemeinsam ist beiden Arten vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren, dass sie von einer Behörde des Verwaltungsträgers durchgeführt werden, der als Gläubiger den Privaten in Anspruch nimmt oder als Schuldner von dem Privaten in Anspruch genommen wird. Von dieser Behörde sind vorprozessual aber auch ggf. im laufenden Prozess Entscheidungen zu treffen, die letztlich dafür maßgeblich sind, ob ein Gerichtsverfahren überhaupt (von der Behörde oder dem Bürger) eingeleitet wird bzw. ob ein bereits eingeleiteter Prozess durch Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs erledigt bzw. durch Abschluss eines Vergleichs beendet werden kann. Neben der Abschätzung der Rechtslage betrifft dieser Entscheidungsprozess vor allem auch die Frage, wie sich der Sachverhalt darstellt, ob strittige Tatsachen vor Gericht bewiesen werden können, ob das Prozessrisiko den Aufwand wert ist, ob nicht auf gütliche Weise eine Einigung erzielt werden kann, ob ggf. auch eine Niederschlagung, Stundung oder ein Erlass nach § 31 Abs. 2 HGRG, § 59 Abs. 2 BHO/LHO in Betracht kommt usw.

Es finden damit in beiden Arten vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren jedenfalls faktisch *Verwaltungsverfahren* statt, weil die mit der Angelegenheit

15 B 122/08, NVwZ 2008, 1031 ff.; zur Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ansprüche in diesem Zusammenhang (und zu weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung) *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 484 ff.; zu öffentlich-rechtlichen Unterlassungsansprüchen in Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zusammenfassend *K. Lange*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 14 Rn. 124 ff.

²³ Siehe für einen Fall einer Klage aus einer Zusage etwa VGH Mannheim, Urt. v. 16.10.1989 – 1 S 1056/88, NVwZ 1990, 892 f.

befasste Behörde Informationen gewinnt und verarbeitet, um zu einer Entscheidung über die Klageerhebung oder Klaglosstellung zu kommen.²⁴ Die Frage, für die im Folgenden erste Antworten gegeben werden sollen, lautet also nicht, *ob* in allen eingangs genannten Fällen Verwaltungsverfahren faktisch durchgeführt werden. Die Frage ist vielmehr, ob diese administrativen Informations- und Kommunikations- und Entscheidungsprozesse rechtlich in einer Weise „strukturiert“²⁵ bzw. „planvoll gliedert“²⁶ werden, dass in diesen Verfahren behördliche Entscheidungen ergehen, die in der Sache auf einer richtigen und zweckmäßigen Rechtsanwendung beruhen, um so sowohl die Verwirklichung des objektiven (materiellen) Rechts als auch die der subjektiven Rechte des Einzelnen sicher zu stellen.²⁷ Die Frage nach einem Verwaltungsverfahrenrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren ist damit die Frage, ob der Behörde in diesen Verfahren ein strukturiertes und rechtverbindliches Arbeitsprogramm rechtlich vorgegeben ist, das insgesamt auf eine Reduzierung von Komplexität durch schrittweises und planvolles Vorgehen gerichtet ist.²⁸ Das „Abarbeiten“ der vorgesehenen Verfahrensschritte würde der Behörde dann v. a. ihre Aufgabe erleichtern, da gewährleistet wäre, dass

²⁴ Siehe zur Notwendigkeit der Trennung zwischen faktischen Verfahren und seiner rechtlichen Ordnung durch Verfahrensrecht *H. Hill*, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 193 ff.; dort auch zu dem hier verwendeten weiten, über den Verfahrens begriff des § 9 VwVfG hinausreichenden Begriff des Verwaltungsverfahrens. Zu Letzterem auch *F. Hufen/T. Siegel*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 29, 47 f.; *E. Schmidt-Aßmann*, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 1, 47 ff.

²⁵ *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 29.

²⁶ *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Rn. 6/47; ähnlich *W. Hoffmann-Riem*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 9 (23 ff.).

²⁷ Bei allen Streit um die Funktionen des Verwaltungsverfahrenrechts besteht jedenfalls dahingehend Einigkeit, dass das Verwaltungsverfahrenrecht *jedenfalls auch* der der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, s. nur (m.w.N.) *M. Burgi/W. Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, 2012, S. 29 f.; *M. Fehling*, Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (20119), S. 278 (284 f.).

²⁸ *H. Hill* (Fn. 24), S. 195 f.; ähnlich auch *C. Brüning*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Verwaltung 48 (2015), S. 155 (167 f.).

alle rechtlich relevanten Gesichtspunkte beachtet werden. Willkürentscheidungen könnten so vermieden und auch (zulässige) Handlungsalternativen rechtzeitig deutlich werden.²⁹ Dem betroffenen Bürger könnten zudem in diesen Verfahren Mitwirkungsmöglichkeiten und Mitwirkungsrechte und damit auch Gestaltungsmöglichkeiten zustehen:³⁰ Er könnte dann – bevor es überhaupt erst zu einem Gerichtsverfahren kommt – auf die Informationsgewinnung und Informationsbewertung der Behörde einwirken, indem er bei der Sachverhaltsermittlung durch eigene Informationen mitwirkt, Anregungen für Informationsbeschaffungsmaßnahmen formuliert oder auch Handlungsalternativen aufzeigt, auf die die Behörde von sich aus nicht gekommen ist.

Vorsorglich klarzustellen ist aber auch, dass es bei der Frage nach einem Verwaltungsverfahrensrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren nicht um die Frage gehen kann, wie die Behörde zu der Überzeugung kommt, dass die gesetzlichen Vorgaben, die sie in einem konkreten Fall anzuwenden hat, so und nicht anders auszulegen und zu verstehen sind. Wie die Behörde zu ihrer *Rechtsauffassung* gelangt, ist (in Deutschland) nicht Gegenstand verwaltungsverfahrensrechtlicher Regelungen. Dass die Behörde zu einer richtigen Rechtsauffassung kommt, kann allein eine korrekte Handhabung der juristischen Methodenlehre gewährleisten. Die „Richtigkeit“ des Ergebnisses des behördlichen Rechtsauffassungsfindungsprozesses steht zudem immer unter dem Vorbehalt der Bestätigung eben ihrer „Richtigkeit“ (und nicht nur ihrer „Vertretbarkeit“) in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren.³¹ Die Behörde

²⁹ Dass dem Verwaltungsverfahrensrecht eine solche „Arbeitserleichterungsfunktion“ durchaus zukommt, zeigt deutlich die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung für ein Verwaltungsverfahrensgesetz von 1973 (BT-Drs. 7/910, S. 28 (Nr. 5): „Der Erlaß eines guten und praktikablen Verfahrensgesetzes ist für die Verwaltung jedes Staates von eminent politischem Interesse [...]. [Durch] ein solches Gesetz [wird] die Arbeitsweise der Behörden entscheidend verbessert. Das Verwaltungsverfahren stellt die Arbeitsgrundlage der Verwaltung dar. Es bestimmt ihre Arbeitstechnik und rationelle Arbeitsweise und hat dadurch entscheidenden Einfluß auf die Verwirklichung staatlicher Aufgaben. Je einfacher und übersichtlicher dieses Instrument ‚Verwaltungsverfahren‘ gestaltet ist, desto besser wird die Effektivität der Verwaltung.“

³⁰ P. Stelkens, *Verwaltungsverfahren*, 1991, Rn. 8 und 221 ff.

³¹ Das ist letztlich Folge des auch in der täglichen „Rechtsarbeit“ im Verwaltungsrecht zu Grunde zu legenden „Idee der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung“ (korrekter: Idee der Existenz einer einzig richtigen Antwort auf eine konkrete Rechtsfrage). Ausführlich hierzu U. Stelkens, *Die Idee der einzig richtigen, sich aus dem Gesetz ergebenden Entscheidung und ihre Bedeutung für die deutsche*

muss daher zwar ggf. in der Entscheidungsbegründung ihre Rechtsauffassung darlegen,³² ist aber grundsätzlich nicht verpflichtet (etwa auf Grundlage des § 28 Abs. 1 VwVfG) hierüber mit den Beteiligten ein Rechtsgespräch zu führen.³³ Wenn im Folgenden von behördlicher „Rechtsanwendung“ gesprochen wird, ist somit nur die Prüfung gemeint, ob der Tatbestand einer (bereits ausgelegten) Rechtsnorm gegeben ist und welche Rechtsfolgen hieraus abgeleitet werden können.³⁴

II. Bedeutung (der Unanwendbarkeit) der Verwaltungsverfahrensgesetze für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren

Die eingangs genannten Beispiele für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren zeigen weiter, dass die Frage nach dem für diese Verwaltungsverfahren geltendem Recht nicht schlicht durch einen Verweis auf das VwVfG und dies sonstigen Verwaltungsverfahrensgesetze beantwortet werden kann (1). Dies schließt jedoch eine analoge Anwendung ihrer Bestimmungen bis ins Detail in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren nicht aus (2).

1. Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgesetze

Soweit es um die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche des Verwaltungsträgers oder die „Klaglosstellung“ des Bürgers wegen eines von ihm geltend gemachten privatrechtlichen Anspruchs geht, ergibt sich die Unanwendbarkeit des der Verwaltungsverfahrensgesetze schon daraus, dass sie insgesamt nur die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ der Behörde (vgl. § 1 Abs. 1 VwVfG) erfassen. Hierzu zählt die Entscheidung über die Durchsetzung

Rechtswissenschaft, in: S. van Oostrom/S. Weth (Hrsg.), Festschrift für Maximilian Herberger, 2016, S. 895 ff.

³² U. Stelkens, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, DVBl. 2010, 1078 (1079).

³³ Die schließt natürlich nicht aus, dass die Beteiligten der Behörde ihre Rechtsansichten zur Kenntnis bringen können. Jedoch besteht keine behördliche Pflicht (sondern allenfalls im Hinblick auf anschließende Gerichtsverfahren eine Obliegenheit) sich hiermit (umfangreich) argumentativ auseinander zu setzen, vgl. etwa F. Hufen/T. Siegel (Fn. 24) Rn. 301 f.; J. P. Schneider, Strukturen und Typen von Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 24), § 28 Rn. 45.

³⁴ Siehe hierzu auch P. Reimer, Verfahrenstheorie, 2015, S. 48 ff. (der Verwaltungsverfahren daher den sog. „Rechtsprüfungsverfahren“ zuordnet).

oder Erfüllung (vermeintlicher) privatrechtlicher Ansprüche nicht.³⁵ Soweit es dagegen um (behauptete) öffentlich-rechtliche Ansprüche geht, werden vorgerichtliche Verwaltungsverfahren deshalb nicht erfasst, weil sie eben weder auf Erlass eines Verwaltungsaktes noch auf Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind und daher vom Verwaltungsverfahrensbegriff des § 9 VwVfG nicht erfasst werden.

Dies wäre nur anders, würde man den an den Gericht gestellten Sachantrag der Behörde bzw. die behördliche Entscheidung über die Erfüllung/Nicht-Erfüllung des vom Privaten geltend gemachten Anspruchs als Verwaltungsakt i. S. des § 35 VwVfG konstruieren. Den von der Behörde an das Gericht gestellten Sachantrag als an den Antragsgegner gerichteten Verwaltungsakt zu begreifen, ist allerdings ersichtlich eine (nur sehr selten) gewählte Hilfskonstruktion.³⁶ Generell ist zudem die bloße behördliche Erfüllung eines (vermeintlichen) Anspruchs als solche ebenso wenig wie ein schlichtes behördliches Bestreiten eines (vermeintlichen) Anspruchs als solches ein Verwaltungsakt, weil die Behörde hiermit kein bestimmtes Recht begründet, aufhebt, ändert oder feststellt und damit keine Regelung erlässt.³⁷ Vielfach wird in die behördliche Entscheidung über die Erfüllung/Nichterfüllung eines geltend gemachten Antrags allerdings ein Verwaltungsakt hineingelesen, der über das Bestehen/Nichtbestehen des Anspruchs entscheidet. Jedoch dürfte dies immer dann ausgeschlossen sein, wenn der Behörde offensichtlich eine entsprechende Verwaltungsaktsbefugnis fehlt,³⁸ wie dies bei allen eingangs genannten Fällen angenommen wird. Deshalb ist der hier verwendete Begriff des Verwaltungsverfahrens auch weiter als der des § 9 VwVfG.³⁹ Die in § 9 VwVfG

³⁵ Siehe nur *H. Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 1 Rn. 83 ff.

³⁶ Teilweise wurde und wird dies bei der Verwaltungsvollstreckung wegen Geldforderungen in das Immobilienvermögen des Schuldners in Zusammenhang mit Anträgen der Vollstreckungsbehörde gegenüber dem Amtsgericht angenommen, teilweise auch bei Anträgen der Vollstreckungsbehörde gegenüber dem Insolvenzgericht auf Einleitung des Insolvenzverfahrens. Siehe hierzu (m.w.N.) *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 35 Rn. 166.

³⁷ S. nur (m.w.N.) *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 35 Rn. 89 ff., 99 ff., 145.

³⁸ S. nur (m.w.N.) *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 35 Rn. 72.

³⁹ Siehe zur Gebotenheit eines über den Begriff des § 9 VwVfG hinausreichenden Verwaltungsverfahrensbegriffs die Nachweise in Fn. 24.

enthaltene Legaldefinition dient allein dazu, den Anwendungsbereich der §§ 10 ff. VwVfG näher zu umschreiben.⁴⁰

2. Möglichkeit analoger Anwendung der Rechtsfolgen einzelner Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze „bis ins Detail“ auf außerhalb ihres Anwendungsbereichs liegende Verwaltungsverfahren

Aus der Unanwendbarkeit des VwVfG (und der übrigen Verwaltungsverfahrensgesetze) kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine rechtliche Einhegung vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren vom Gesetzgeber nicht gewollt sei. Dies ist zu betonen,⁴¹ weil das VwVfG oft als letztlich abschließende Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts verstanden wird, die als gegenteilige gesetzgeberische Entscheidung der Anerkennung weitergehender Verfahrensrechte und damit der Fortentwicklung des Verfahrensrechts entgegeng gehalten wird.⁴² Symptomatisch ist insoweit etwa folgende Aussage des BGH:

„Auszugehen ist davon, dass der Gesetzgeber den sachlichen Geltungsbereich des Verwaltungsverfahrensrechts in Kenntnis der sich aus dem Verwaltungsprivatrecht ergebenden Probleme auf die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Behörden beschränkt

⁴⁰ H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 9 Rn. 83 ff.

⁴¹ Die folgenden Ausführungen finden sich bereits mehr oder weniger wortgleich in U. Stelkens, Kodifikationssinn, Kodifikationseignung und Kodifikationsgefahren im Verwaltungsverfahrensrecht, in: H. Hill/K.-P. Sommermann/U. Stelkens/J. Ziekow (Hrsg.), 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, 2011, S. 271 (275 ff. und 292 ff.).

⁴² Sehr deutlich diese Entwicklung voraussagend (und billigend) H. J. Müller, Zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, Die Verwaltung 19 (1977), S. 513 (515): Die Positivierung der allgemeinen Grundsätze des materiellen Verwaltungsrechts „bringt – ungeachtet des eingeschränkten Anwendungsbereichs des VwVfG – vorerst eine schöpferische Rechtsentwicklung zum Abschluß, deren wesentliche Träger Rechtsprechung und Rechtslehre waren, und verweist für die Zukunft die Rechtsfortbildung in die – freilich nicht immer genau auszumachenden – Schranken der ergänzenden rechtsfortbildenden Interpretation.“ Kritisch hierzu W. Fiedler, Die materiellrechtlichen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die Systematik der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen, AöR 105 (1980), S. 79 (100 ff.)

hat und vor diesem Hintergrund bei der Heranziehung verfahrensrechtlicher Bestimmungen des öffentlichen Rechts Zurückhaltung geboten ist.“⁴³

Schon in dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963, der in der Regierungsbegründung zum VwVfG ausdrücklich als Grundlage für den schließlich zum Gesetz gewordenen Regierungsentwurf bezeichnet wird,⁴⁴ war jedoch klargestellt worden, dass eine solche „Sperrwirkung“ *nicht* Sinn des VwVfG ist. Denn dort heißt es:

„Es wäre falsch zu glauben, daß eine Kodifikation des Verfahrensrechts die klärende und rechtsschöpferische Funktion, die die Rechtsprechung auf allen Rechtsgebieten ausübt, gerade hier überflüssig machen würde. [Mit dem VwVfG] ist die Grundlage geschaffen, auf der sich das Recht des Verwaltungsverfahrens in einheitlichen Bahnen weiterentwickeln kann.“⁴⁵

Dies ist in Zusammenhang mit folgender Aussage zu sehen:

„Nur eine gesetzliche Regelung kann die notwendige Klärung der vielen Zweifelsfragen bringen, die auch heute noch das Verwaltungsverfahren belasten. Zwar haben Wissenschaft und Rechtsprechung in vieler Hinsicht klärend gewirkt. Die Gesamtsituation ist aber noch ungefestigt. Diese Labilität ist aber für niemanden wünschenswert.“⁴⁶

Hieraus folgt v. a., dass das VwVfG nur einen Zwischenschritt in der rechtsstaatlichen *Fortentwicklung* des Verwaltungsverfahrensrechts darstellen sollte: Das bisher Erreichte sollte kodifiziert werden, nicht jedoch eine Weiterentwicklung verwaltungsverfahrenrechtlicher Grundsätze durch Rechtsprechung und Wissenschaft verhindert werden. Das VwVfG sollte die Grundlage für eine solche Weiterentwicklung bilden, sofern sie notwendig erscheint, ihr

⁴³ BGH, Urt. v. 6. 11. 2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 (Rz. 36). Ähnlich pauschal etwa auch C. Sennekamp, in: T. Mann/C. Sennekamp/M. Uechtritz (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2019, § 9 Rn. 20.

⁴⁴ BT-Drs. 7/910, S. 29 f.

⁴⁵ Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bund-Länderausschusses (EVwVerfG 1963), 1964, S. 62.

⁴⁶ EVwVerfG 1963 (Fn. 45), S. 61.

aber nicht entgegenstehen. Es sollte das bisher Labile festigen, aber nicht versteinern.

Dies war und ist ein deutlicher Hinweis an Rechtsprechung und Wissenschaft, sich an einer rechtsstaatlich gebotenen Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts im Wege der Rechtsfortbildung durch das VwVfG nicht gehindert zu sehen. Erweist sich eine Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts als notwendig, steht das VwVfG seiner Ergänzung und Modernisierung durch weitergehende *ungeschriebene* Rechtsgrundsätze nicht entgegen, sofern diese Notwendigkeit methodengerecht begründet wird.⁴⁷ Dass das VwVfG im Wesentlichen nur Verwaltungsverfahren regelt, die auf Erlass von Verwaltungsakten oder auf Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet sind, bedeutet damit nicht, dass nicht jenseits des Anwendungsbereichs des VwVfG ungeschriebene Verfahrensregeln, die Verwaltungsverfahren anderer Art erfassen, entwickelt werden können und sollen.

Der beschränkte Anwendungsbereich des VwVfG schließt damit auch die analoge Anwendung seiner Bestimmungen auf vom VwVfG nicht erfasste Verwaltungsverfahren nicht aus. Der beschränkte Anwendungsbereich des VwVfG sperrt nicht als „gewollte Lücke“ die analoge Anwendung seiner Vorschriften, sondern ermöglicht sie, weil ihm letztlich eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers zu Grunde liegt, die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts für vom VwVfG nicht erfassten Verwaltungsverfahren der „Wissenschaft und Praxis“ zu überlassen.⁴⁸ Deshalb ist eine Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts im Wege der Rechtsfortbildung nicht nur zur Schließung „verfassungsrechtlicher Lücken“ möglich, also nicht nur dann, wenn etwa eine analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des VwVfG über deren Anwendungsbereich hinaus als in jeder Hinsicht verfassungsrechtlich zwingend geboten erscheint.⁴⁹ Auch im Verwaltungsrecht ist eine Rechtsfortbildung entlang des geltenden *einfachen* Rechts, wie sie im Zivilrecht gang

⁴⁷ U. Stelkens, Europäische Rechtsakte als „Fundgruben“ für allgemeine Grundsätze des deutschen Verwaltungsverfahrenrechts, ZEuS 2004, S. 129 (149 f.).

⁴⁸ Siehe zu „gewollten Lücken“ im Gesetz als gesetzgeberischer „Kunstgriff“ zur Ermöglichung von Rechtsfortbildung ohne die Notwendigkeit, eine „ungewollte“ Regelungslücke nachweisen zu müssen (am Beispiel des BGB): M. Brodführer, Bewusste Lücken im Gesetz und der Verweis auf „Wissenschaft und Praxis“, 2010, S. 19 ff.

⁴⁹ Die Diskussion zu Verfahrensrechten, Verfahrenspflichten und Verfahrensfehlerfolgen außerhalb des Anwendungsbereichs des VwVfG ist indes oft fast ausschließlich eine Diskussion darüber, welche Vorgaben für das Verwaltungsverfahren aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 19 Abs. 4 GG und sonstigen Verfassungsprinzipien folgen. Vgl. insoweit (für Entwicklung eines Verwaltungsverfahrenrechts in Zusammenhang

und gäbe ist und die allgemeinen Lehrbücher zur juristischen Methodenlehre beherrscht, möglich und letztlich auch oft einzig sinnvoll.⁵⁰

Um ein Verwaltungsverfahrenrecht zu schaffen, das tatsächlich geeignet ist, die Arbeitsabläufe der Verwaltung „planvoll zu gliedern“, reicht es zudem in der Regel nicht, das geschriebene Verwaltungsverfahrenrecht zu vergleichbaren verfahrensrechtlichen Regelungen bloß als Ausdruck letztlich unbestimmter allgemeiner Rechtsgrundsätze „entsprechend“ in Form einer Art Gesamtanalogie anzuwenden. Ist eine Regelungslücke im Wege der Analogie zu schließen, sollte die Lückenschließung nicht ihrerseits wieder lückenhaft sein. Sollen verwaltungsverfahrenrechtliche Vorgaben Grundlage der täglichen Verwaltungsarbeit und ihnen eine echte „Arbeitserleichterungsfunktion“ zukommen,⁵¹ müssen sie dem entsprechen. Sie müssen letztlich für die betroffenen Behördenbediensteten und Bürger selbsterklärend sein. Das bedeutet vor allem: Sie müssen unmittelbar operabel sein und dürfen nicht allzu große Wertungsspielräume offen lassen. Sie müssen für Behörde und Bürger „handfestes Verfahrensrecht bieten.“⁵²

Auch das ungeschriebene Recht muss daher z. B. genau festlegen, ob eine aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten erachtete Begründung einer

mit dem Abschluss und der Durchführung privatrechtlicher Verwaltungsverträge): BGH, Urt. v. 17. 6. 2003 – XI ZR 195/02, BGHZ 155, 166 (175 ff.); BGH, Urt. v. 6. 11. 2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 (Rz. 36); allgemein *J. H. Park*, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, 1999, S. 287 ff. Zu Recht wesentlich differenzierter dagegen *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 1 Rn. 276 ff.

⁵⁰ Daher bestehen etwa gegen die analoge Anwendung zivilrechtlicher Bestimmungen auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse keine grundsätzlichen Bedenken, auch wenn derartige Analogien nur in den seltensten Fällen verfassungsrechtlich geboten erscheinen (vgl. *J. H. Park* (Fn. 49), S. 63 ff.; *H. de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, 1999, S. 62 ff.). Auch sonst kommt die analoge Anwendung einzelner Normen des besonderen Verwaltungsrechts durchaus vor, wobei i.d.R. jedoch nur die Frage der Zulässigkeit belastender Analogien untersucht wird; s. hierzu die Zusammenstellung der einschlägigen Rechtsprechung bei *K. Hemke*, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006, S. 27 ff.; *R. P. Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 196 ff.

⁵¹ Siehe hierzu Fn. 29.

⁵² Siehe hierzu EVwVerfG 1963 (Fn. 45), S. 71: „Jede übermäßige Perfektion zu vermeiden, war das Bestreben des Ausschusses. Ausnahmefälle von überwiegend theoretischer Bedeutung blieben daher unberücksichtigt. Andererseits wurde das entgegengesetzte Extrem einer Flucht in verfahrensrechtliche Generalklauseln vermieden. Ein Verwaltungsverfahrensgesetz muss für alle interessierten Stellen und nicht zuletzt für die Fachverwaltung ein ‚handfestes‘ Verfahrensrecht bieten.“

Maßnahme, die als Nicht-Verwaltungsakt von § 39 VwVfG nicht erfasst wird,⁵³ nur soweit begründet werden muss, wie dies zu ihrem Verständnis erforderlich ist (vgl. § 121 Abs. 1 AO), ob in der Begründung grundsätzlich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen sind, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben (§ 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG und § 35 Abs. 1 S. 2 SGB X) und ob Ermessensentscheidungen begründet werden sollen (§ 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG) oder begründet werden müssen (§ 35 Abs. 1 S. 3 SGB X). Um diese Frage zu klären, muss folglich bestimmt werden, ob in einem konkreten Fall, in dem eine analoge Anwendung verwaltungsverfahrensgesetzlicher Begründungspflichten erwogen wird, § 39 VwVfG, § 35 SGB X, § 121 AO oder eine entsprechende Bestimmung des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes analog anzuwenden ist. Zur Schließung der angenommenen Regelungslücke müsste daher die Rechtsfolgen der „passenden“ Verfahrensvorschriften (im Beispiel die Rechtsfolgen der Vorschrift zur Begründungspflicht von Verwaltungsakten) desjenigen Verwaltungsverfahrensgesetzes bis Detail angewendet werden, das in dem jeweiligen Verwaltungszweig anwendbar wäre, wenn es sich um ein Verwaltungsverfahren handeln würde, das auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet wäre.⁵⁴ Für die Behörden der Länder und der landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind damit grundsätzlich die Konkretisierungen der allgemeinen Rechtsgrundsätze in den Landesverwaltungsverfahrensgesetzen maßgeblich, während für die Behörden des Bundes und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich das VwVfG des Bundes anwendbar ist. Soweit es sich um vorgerichtliche Verwaltungsverfahren der Sozialleistungsträger handelt, die in Zusammenhang mit der Vollziehung des Sozialgesetzbuches stehen, wäre demgegenüber das SGB X maßgeblich (§ 1 SGB X), so z. B. bei der Durchsetzung übergeleiteter Ansprüche durch einen Sozialleistungsträger. Demgegenüber könnte die Durchsetzung von vertraglichen Pflichten aus einem Bauvertrag, der von einem Sozialleistungsträger geschlossen wurde, wohl kaum als eine „Verwaltungstätigkeit“ dieses Sozialleistungsträgers angesehen werden, die „nach dem“ Sozialgesetzbuch (vgl. § 1 SGB X) ausgeführt wird. Dann wären wieder die Konkretisierungen des VwVfG des Bundes oder des jeweiligen Landes maßgeblich. Auf die Konkretisierung in der Abgabenordnung wäre zurückzugreifen, wenn Ansprüche in Zusammenhang mit der Erhebung von Steuern durch die Bundes- oder Landesfinanzbehörden (§ 1

⁵³ Für Beispiele, in denen dies diskutiert wird: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 39 Rn. 18 ff. m. w. N.

⁵⁴ Siehe hierzu und zum Folgenden *U. Stelkens* (Fn. 47), S. 162 f.

AO), oder – über die Verweise in den Kommunalabgabengesetzen – in Zusammenhang mit der Erhebung von Kommunalabgaben stehen. In den Bereichen außerhalb der „Drei Säulen“ (§ 2 VwVfG) müsste – mangels Alternativen – schließlich auf die Konkretisierungen zurückgegriffen werden, die in den allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzen enthalten sind.

III. Bestehen einer Regelungslücke im Verwaltungsverfahrenrecht für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren

Damit stellt sich die Frage, ob für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren eine (zwar gewollte aber Analogien nicht hindernde⁵⁵) Regelungslücke im geltenden Recht dahingehend besteht, dass für diese Verfahren eine rechtliche Strukturierung und planvolle Gliederung durch analoge Anwendung der aus den einzelnen Verwaltungsverfahrensgesetzen bekannten Verfahrensrechte und -pflichten als gerechtfertigt und geboten erscheint. Dies könnte vor allem unter Verweis auf die in dem jeweiligen Gerichtsverfahren bestehenden Verfahrensrechte verneint werden (1), was jedoch im Hinblick auf die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung im Ergebnis nicht überzeugt (2).

1. Unnötige Verdoppelung von Verfahrensrechten und -pflichten durch Anerkennung eines Verfahrensrechts für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren?

Grundsätzlich könnten die Regelungen über das (ggf. erst noch einzuleitende) Gerichtsverfahren als ausreichender gesetzlicher Rahmen gesehen werden, innerhalb dessen in einem geordneten Verfahren über das Bestehen/Nichtbestehen der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche unter Berücksichtigung der Einwendungen⁵⁶ des Beklagten entschieden wird. Hieraus könnte geschlossen werden, dass der Gesetzgeber annimmt, (erst) im Gerichtsverfahren sei durch das Gericht umfassend zu prüfen, ob der nach Maßgabe des einschlägigen Prozessrechts aufzuklärende Sachverhalt eine gerichtliche Ent-

⁵⁵ Siehe Fn. 48.

⁵⁶ Mit dem Begriff der „Einwendung“ wird hier das gesamte Verteidigungsvorbringen des Beklagten gegen die Begründetheit der Klage bezeichnet, siehe *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald* (Fn. 3), § 103 Rn. 1 ff.

scheidung rechtfertigt, die den Beklagten zu der mit der Klage verfolgten Leistung verpflichtet.⁵⁷ Dies könnte der Gebotenheit einer „Verdoppelung“ von Verfahrensrechten und Verfahrenspflichten im „Gesamtverfahren“ (vorgerichtliches Verwaltungsverfahren + Gerichtsverfahren) entgegenstehen.

Dem lässt sich nicht bereits entgegenhalten, dass eine solchen Verdoppelung von Verfahrensrechten und Verfahrenspflichten die Regel ist, wenn gerichtliche Rechtsbehelfe gegen eine in einem Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG getroffene Entscheidung eingelegt werden. Entscheidender Unterschied zwischen den „Standardverfahren“ nach den §§ 9 ff. VwVfG und den eingangs erwähnten Fallgestaltungen ist, dass vorgegerichtliche Verwaltungsverfahren fast durchgehend Verfahren betreffen, die von der jeweiligen Behörde nicht routinemäßig als Bestandteil ihrer eigentlichen Hauptaufgabe durchgeführt werden. Sie betreffen fast immer entweder Annextätigkeiten (wie die Durchführung fiskalische Hilfsgeschäfte, Personalangelegenheiten) oder außergewöhnliche, wenig standardisierbare Angelegenheiten (wie die Abwicklung von Amtshaftungsansprüchen, die Durchsetzung übergeleiteter Ansprüche oder von Unterlassungsansprüchen nach UWG). Die Behörde kann daher für die Durchführung vorgegerichtlicher Verwaltungsverfahren nur sehr eingeschränkt regelrechte Routinen entwickeln.⁵⁸ Dies könnte die Annahme rechtfertigen, dass sich die Bemühungen der Behörde zur Sachverhaltsaufklärung auf das Gerichtsverfahren unter Leitung Gerichts konzentrieren sollte. Denn für das Gericht sind derartige Entscheidungslagen weniger atypisch, weil es letztlich täglich z. B. mit Bau- und Arbeitsgerichtsprozessen, Nachbarrechtsstreitigkeiten, deliktischen und Amtshaftungsansprüchen, Wettbewerbsklagen usw. zu tun hat.

Allerdings bietet das Gerichtsverfahrensrecht weder dem Privaten noch dem Verwaltungsträger Schutz davor, unnötigerweise in ein Gerichtsverfahren verwickelt zu werden und dort seine Rechte verteidigen zu müssen. Dass an einem solchen Schutz ein nachvollziehbares Interesse bestehen kann, ist anerkannt in den Fällen, in denen sich die Behörde unter Berufung auf eine (angeblich) fehlende „Verwaltungsaktsbefugnis“ der Durchführung eines Ver-

⁵⁷ Dementsprechend wird etwa als Zweck des Zivilprozesses (und damit des Zivilprozessrechts als Verfahrensrecht) in der „Feststellung und Verwirklichung subjektiver Rechte“ gesehen: BGH, Urt. v. 8.10.1953 – III ZR 206/51, BGHZ 10, 333 (336); BGH, Urt. v. 18.11.2004 – X ZR 229/03, BGHZ 163, 138 (143); L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald (Fn. 3), § 1 Rn. 9.

⁵⁸ Deshalb kann es sinnvoll sein, sich in diesen Verfahren frühzeitig (spezialisierte) anwaltlicher Hilfe zu versichern, siehe hierzu auch im Text bei Fn. 100.

waltungsverfahrens nach den §§ 9 ff. VwVfG entzieht und ihre Ansprüche sofort durch Erhebung einer Leistungsklage durchzusetzen versucht oder es auf eine Klageerhebung durch den Bürger „ankommen lässt“. Hier hat das BVerwG die Notwendigkeit, sich vor Gericht mit dem Verwaltungsträger auseinander setzen zu müssen, durchaus auch als eine besondere Belastung des Bürgers im Hinblick auf die mit einem Gerichtsverfahren verbundenen Zeit- und Kostenaufwand angesehen.⁵⁹ Fraglich ist jedoch, ob ein verwaltungsverfahrensrechtlicher Schutz davor, unnötigerweise in ein Gerichtsverfahren verwickelt zu werden, sachlich geboten ist.

Generell geht das geltende Gerichtsverfahrensrecht nämlich davon aus, dass die zeitlichen, finanziellen und psychologischen Belastungen, die von jedem Gerichtsverfahren für die Beteiligten ausgehen, Belastungen sind, für die oftmals selbst im Fall des späteren Obsiegens kein vollständiger Ausgleich ge-

⁵⁹ Deutlich etwa BVerwG, Urt. v. 3.3.2011 – 3 C 19/10, BVerwGE 139, 125 (Rz. 16): „Allein damit, dass [die Inanspruchnahme des Klägers] auf hoheitliche Weise – durch Leistungsbescheid – erfolgt, ist aber kein ins Gewicht fallender Nachteil verbunden. Hierzu müssen nicht sämtliche Eingriffswirkungen der Handlungsform Verwaltungsakt in den Blick genommen werden [...]; es genügt der Vergleich mit der alternativen Leistungsklage. Richtig ist, dass der Leistungsbescheid gegenüber der Leistungsklage für die Verwaltung den Vorteil mit sich bringt, sich selbst einen vollstreckbaren Titel verschaffen zu dürfen; der Gegner muss demzufolge im Streitfall die Prozessrolle des Klägers, nicht des Beklagten einnehmen. Sollte hierin überhaupt ein Nachteil zu sehen sein [...], so stünden dem doch erhebliche Vorteile gegenüber. Ein Leistungsbescheid kann nur auf der Grundlage eines Verwaltungsverfahrens ergehen, in dem der Betroffene gesetzlich bestimmte Verfahrensrechte wie insbesondere das Recht auf Anhörung genießt [...]. Das führt dazu, dass Einwände des Betroffenen schon im Leistungsbescheid Berücksichtigung finden, so dass es der – zeitaufwendigen und teuren – Inanspruchnahme der Gerichte oft gar nicht mehr bedarf. Schließlich verursacht der Leistungsbescheid als solcher weit geringere Kosten als ein Leistungsurteil.“ Von ähnlichen Erwägungen geleitet ist etwa die Annahme, die „Schuldnerschutzvorschriften“ des Verwaltungsvollstreckungsrechts verböten der Verwaltung, bestehende Handlungspflichten des Bürgers nicht durch Verwaltungsakt festzusetzen (und anschließend im gestuften Verwaltungszwangsverfahren zu vollstrecken), sondern im Wege der Selbstvornahme unter Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag faktisch durchzusetzen, so z. B. (m. w. N.) *E. Gurlit*, in: D. Ehlers/H. Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 35 Rn. 14; kritisch zu dieser Argumentation in Bezug auf die konkrete Fallkonstellation (nicht grundsätzlich) *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 603 f.

währt wird. So nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung an, dass die Einleitung eines Gerichtsverfahrens⁶⁰ ebenso wie die Rechtsverteidigung in einem Gerichtsverfahren⁶¹ für sich allein keine nach *Deliktsrecht* schadensersatzbegründende Handlung gegenüber dem jeweiligen Prozessgegner begründet, selbst wenn die Aussichtslosigkeit des Prozesses oder die Unbegründetheit der Rechtsverteidigung auf der Hand liegt. Insoweit hat der BGH etwa in einem grundlegenden Urteil vom 3. Oktober 1961 ausgeführt:

„Wer sich zum Vorgehen gegen seinen Schuldner eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bedient, greift auch dann nicht unmittelbar und rechtswidrig in den geschützten Rechtskreis des Schuldners ein, wenn sein Begehren sachlich nicht gerechtfertigt ist und dem anderen Teil aus dem Verfahren Nachteile erwachsen. Der Gläubiger ist deshalb nicht verpflichtet, zuvor mit Sorgfalt zu prüfen, ob er sich zur Ingangsetzung des Verfahrens für berechtigt halten darf, oder gar seine Interessen gegen die des Schuldners abzuwägen. Den Schutz des Schuldners, gegebenenfalls auch durch Interessenabwägung, übernimmt vielmehr das Verfahren selbst nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung. Diese sieht teilweise Schadensersatzansprüche des Schuldners bei ungerechtfertigter Inanspruchnahme vor [...]. Wo solche Sanktionen fehlen, sind sie nicht durch einen Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen, schon weil es an der Rechtswidrigkeit mangelt. So können aus der objektiv unbegründeten Erwirkung eines Zahlungsbefehls oder Anstrengung einer Klage dem Betroffenen Nachteile über den Kostenpunkt hinaus erwachsen, ohne dass er dieserhalb den Gläubiger oder Kläger in Anspruch zu nehmen vermöchte.“⁶²

Damit ordnet der BGH das Risiko, in ein Gerichtsverfahren verwickelt zu werden, dem allgemeinen Lebensrisiko zu, das jeder selbst zu tragen hat und für das deliktsrechtlich kein Ausgleich gewährt wird, soweit keiner der seltenen

⁶⁰ Siehe etwa BGH, Urt. v. 25.3.2003 – VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269 (271 ff.); BGH (GS), Beschl. v. 15.7.2005 – GSZ 1/04, BGHZ 164, 1 (6 f.); BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 (Rz. 12).

⁶¹ BGH, Urt. v. 11.11.2003 – VI ZR 371/02, NJW 2004, 446 (447).

⁶² BGH, Urt. v. 3.10.1961 – VI ZR 242/60, BGHZ 36, 18 (20 f.).

Fälle einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) oder des Prozessbetrugs (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 263 StGB) vorliegt.⁶³ Gerechtfertigt wird dies in einem Urteil vom 25.3.2003 wie folgt:

„Der Schutz des Prozeßgegners wird [...] regelmäßig durch das gerichtliche Verfahren nach Maßgabe seiner gesetzlichen Ausgestaltung gewährleistet. So muß der Gegner im kontradiktorischen Verfahren die Rechtsgutsbeeinträchtigung nur deshalb ohne deliktsrechtlichen Schutz hinnehmen, weil die Prüfung der Rechtslage durch das Gericht erfolgt und er sich gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme in dem Rechtspflegeverfahren selbst hinreichend wehren kann [...].“⁶⁴

Die dieser Rechtsprechung zu Grunde liegende Annahme, ein Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme sei allein *im* Gerichtsverfahren zu gewähren, während es grundsätzlich keinen Schutz *vor* eine Verwicklung in ein Gerichtsverfahren gibt, wird allerdings auch im Zivilrecht nicht uneingeschränkt durchgehalten. Die unberechtigte Geltendmachung von Ansprüchen bzw. die unberechtigte Erhebung von Einwendungen gegen Ansprüche *aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis*⁶⁵ (z. B. die unbegründete Geltendmachung von Ansprüchen, die sich aus wirksam geschlossenen Vertrag ergeben [sollen], oder das Erheben unbegründeter Einwendungen gegen solche Ansprüche), kann nämlich grundsätzlich zu Schadensersatzpflichten nach § 280 Abs. 1 BGB führen. Denn hierin wird grundsätzlich ein Verstoß gegen die allgemeine Nebenpflicht des § 241 Abs. 2 BGB gesehen, nach der jeder Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet ist.⁶⁶ Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB sind in diesen Fällen daher möglich, wenn die Nebenpflichtverletzung von demjenigen, der die Nebenpflicht verletzt hat, zu vertreten ist, dieser also zumindest fahrlässig gehandelt hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit § 276 BGB). Zur Frage, wann eine unberechtigte

⁶³ BGH, Urte. v. 25.3.2003 – VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269 (273 ff.); BGH, Urte. v. 11.11.2003 – VI ZR 371/02, NJW 2004, 446 (447); BGH, Urte. v. 12.12.2006 – VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458 (Rz. 18).

⁶⁴ BGH, Urte. v. 25.3.2003 – VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269 (271 f.); ebenso BGH, Urte. v. 11.11.2003 – VI ZR 371/02, NJW 2004, 446 (447).

⁶⁵ Allein durch die Geltendmachung eines Anspruchs, der tatsächlich nicht besteht, wird ein solches Schuldverhältnis nicht begründet, so dass die schlichte Berührung, einen Anspruch zu haben, nicht zum Schadensersatz verpflichtet: BGH, Urte. v. 12.12.2006 – VI ZR 224/05, NJW 2007, 1458 (Rz. 13 f.).

⁶⁶ BGH, Urte. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 (Rz. 17).

Geltendmachung von Ansprüchen bzw. die unberechtigte Erhebung von Einwendungen gegenüber bestehenden Ansprüchen fahrlässig sein kann, hat der BGH nun eine sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung entwickelt. Diese setzt unterschiedliche Sorgfaltspflichtmaßstäbe an, je nachdem ob ein im Ergebnis nicht bestehender Anspruch aus einem bestehenden Schuldverhältnis geltend gemacht wird⁶⁷ oder ob im Ergebnis unbegründete Einwendungen gegenüber einem bestehenden Anspruch aus einem Schuldverhältnis erhoben werden.⁶⁸

Ob sich diese unterschiedlichen Sorgfaltspflichtmaßstäbe tatsächlich rechtfertigen lassen, soll hier nicht diskutiert werden.⁶⁹ Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang, dass auch das Zivilrecht jedenfalls in bestimmtem Umfang *vorgerichtliche Prüf- und Sorgfaltspflichten* des Gläubigers und Schuldners kennt, soweit den Parteien besondere Rücksichtnahmepflichten (aus einem Schuldverhältnis) einander gegenüber obliegen. Dies bedeutet, dass die mit einer Anerkennung von verwaltungsverfahrensrechtlichen Rechten und Pflichten in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren verbundene „Verfahrensverdoppelung“ nicht vollständig atypisch wäre. Sie könnte sich sogar

⁶⁷ Der BGH (BGH, Urt. v. 16.1.2009 – V ZR 133/08, BGHZ 179, 238 [Rz. 20]; BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 [Rz. 33]) nimmt an, der (vermeintliche) Gläubiger handle nicht schon dann fahrlässig, wenn er nicht erkennt, dass seine Forderung in der Sache nicht berechtigt sei, da dies sicher nur in einem Rechtsstreit geklärt werden könne. Es könne vom Gläubiger nur verlangt werden zu prüfen, ob der eigene Rechtsstandpunkt plausibel sei. Bleibe dabei ungewiss, ob tatsächlich eine Pflichtverletzung der anderen Vertragspartei vorliege, dürfe der Gläubiger die sich aus einer Pflichtverletzung ergebenden Rechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen, auch wenn sich sein Verlangen im Ergebnis als unberechtigt herausstelle,

⁶⁸ Soweit der Schuldner gegenüber einem Anspruch aus einem Schuldverhältnis unbegründete Einwendungen erhebt, fordert nach Auffassung des BGH (BGH, Urt. v. 11.6.2014 – VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 [Rz. 34 ff.]) der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Verpflichtete grundsätzlich das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trage. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum könne bei einem Schuldner daher i.d.R. nur vorliegen, wenn er die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft habe und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Dies könne letztlich nur angenommen werden, wenn eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung für die Rechtsauffassung des Schuldners spreche. Wer sich als Schuldner dagegen im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewege, handle daher in der Regel fahrlässig, wenn er die Leistung verweigere.

⁶⁹ Siehe hierzu etwa die umfassende Kritik von *D. Damler/S Zeyher*, Der Rechtsirrtum in der offenen Gesellschaft, AcP 218 (2018), S. 905 ff.

in die Grundgedanken des Zivilrechts und das Zivilprozessrecht einfügen, soweit begründbar wäre, dass in allen der eingangs genannten Fälle besondere Rücksichtnahmepflichten des Verwaltungsträgers gegenüber dem Privaten bestehen. Umgekehrt formuliert: Bestehen in allen der eingangs genannten Fällen besondere Rücksichtnahmepflichten des Verwaltungsträgers gegenüber den Interessen des Privaten, läge nahe, diesen Rücksichtnahmepflichten (u. a.) durch Anerkennung entsprechender vorgerichtlicher Verfahrenspflichten der Behörde bzw. entsprechender vorgerichtlicher Verfahrensrechte des Bürgers Rechnung zu tragen.

2. Privatautonomie, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Dispositionsmaxime

Für die Anerkennung besonderer Rücksichtnahmepflichten der Behörde gegenüber dem Privaten in allen eingangs erwähnten Fallgestaltungen spricht insbesondere, dass sich die geschilderte sehr vorsichtige Rechtsprechung des BGH zur Schadensersatzpflicht wegen unberechtigter Verwicklung in ein Gerichtsverfahren damit erklärt, dass die Entscheidung eines Privaten, einen Anspruch gerichtlich durchzusetzen oder seine Erfüllung zu verweigern, Ausdruck seiner *Privatautonomie* ist. Privatautonomie bedeutet dabei vor allem auch, dass sich grundsätzlich niemand dafür rechtfertigen muss, ob er bestimmte ihm nach Privatrecht gegenüber anderen Privaten zustehende Rechte in Anspruch nimmt oder er hierauf verzichtet, ob er seine Rechte durchsetzt oder es lässt.⁷⁰ Es steht im Grundsatz auch jedem Privaten frei, die ihm zustehenden privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten nach Gutdünken zu nutzen ohne rational handeln zu müssen.⁷¹

Die so verstandene Privatautonomie setzt sich letztlich in der *Dispositionsmaxime* des Zivilprozessrechts fort:⁷² Niemand ist gesetzlich gezwungen, seine ihm zustehenden Rechte gerichtlich durchzusetzen, selbst wenn es sich um zwingendes Recht handelt. Für einen Privaten ist die Durchsetzung ihm zustehender Rechte – aber auch die Verteidigung gegenüber einer unberechtigten Inanspruchnahme durch einen anderen Privaten – stets eine Option, keine

⁷⁰ Deutlich *E. Schmidt-Aßmann* (Fn. 26), Rn. 6/15.

⁷¹ Siehe hierzu *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 6 ff.; *M. Wolf/J. Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 10 Rn. 27 ff.

⁷² Deutlich *P. Reimer* (Fn. 34), S. 221; *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald* (Fn. 3), § 75 Rn. 1.

Pflicht.⁷³ Er ist insbesondere auch nicht zur Gleichbehandlung seiner Schuldner in der Form verpflichtet, dass er gleichartige Rechte bei gleicher Sachlage konsequent gerichtlich durchsetzen müsste.⁷⁴ Dies gilt auch, soweit Private subjektiv-öffentliche Rechte gegenüber Verwaltungsträgern geltend machen. Ob und aus welchen Gründen sie die ihnen gegenüber einem Verwaltungsträger zustehenden Rechte gerichtlich oder außergerichtlich geltend machen, müssen sie grundsätzlich nicht rechtfertigen. Selbst soweit subjektiv öffentliche Rechte unverzichtbar sind, besteht keine Pflicht zu ihrer gerichtlichen Durchsetzung. Daher ist für Private auch die Dispositionsmaxime im Verwaltungsprozessrecht Ausdruck ihrer Privatautonomie: Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG „der Rechtsweg offen“. Es besteht keine Pflicht, ihn zu beschreiben.⁷⁵

Dagegen ist (heute⁷⁶) unstrittig, dass sich Verwaltungsträger schlechthin (auch nicht bei Handeln in Privatrechtsform) auf Grundrechte und damit auf die Privatautonomie berufen können, sondern (auch bei Handeln in Privatrechtsform) immer unmittelbar an die Kompetenzordnung, das Haushaltsrecht, die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) und alle anderen Pflichten gebunden sind, die für jedes Verwaltungshandeln gelten.⁷⁷ Das BVerfG hat dies in den letzten Jahren mehrfach klargestellt und damit letzte Zweifel ausgeräumt.⁷⁸

⁷³ Deutlich *M. Fries*, Schadensersatz ex machina, NJW 2019, 901 (904).

⁷⁴ Siehe hierzu etwa BGH, Urt. v. 17. 9. 1998 – I ZR 117–96, NJW 1999, 1398 (1399).

⁷⁵ Dies könnte man als „negative Rechtsschutzgarantie“ beschreiben, deren Geltung so selbstverständlich zu sein scheint, dass sie – soweit ersichtlich – in keiner der zahlreichen Kommentierungen zu Art. 19 Abs. 4 GG behandelt wird. Teilweise wird aber betont, aus dem Charakter des Art. 19 Abs. 4 GG als Teilhaberecht folge, dass die Bestimmung den Betroffenen eine Prozessverantwortung in Form einer Obliegenheit zuweise, sich selbst um die Durchsetzung seiner Rechte zu kümmern, s. *P. M. Huber*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck/P. M. Huber/A. Voßkuhle (Begr. u. Hrsg.), Grundgesetz – Band 1, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 4 Rn. 374; *E. Schmidt-Aßmann*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz, Loseblatt, Art. 19 Abs. 4 Rn. 8 (Bearbeitung 2014); *W.-R. Schenke*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Art. 19 Abs. 4 Rn. 29 (Bearbeitung 2009).

⁷⁶ Zur früheren Diskussion *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 27 ff.

⁷⁷ Siehe hierzu zusammenfassend z. B. *M. Burgi*, Rechtsregime, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 18 Rn. 45 ff.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 (245); dies nur noch knapp bestätigend: BVerfG, Urt. v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 und 1 BvR 1181/10,

Jedes Handeln eines Verwaltungsträgers muss damit gerechtfertigt werden können, darf nicht willkürlich sein, ist nicht Ausdruck persönlicher Freiheit, sondern rechtlicher Bindung. Einem Verwaltungsträger steht damit – anders als dem Bürger – nicht die Freiheit zu, sich für seine Entscheidungen nicht rechtfertigen zu müssen und damit auch nicht die Freiheit, unvernünftig oder willkürlich zu handeln.

Hieraus folgen eine Reihe materiellrechtlicher Konsequenzen, die für die Frage nach der Gebotenheit eines Verwaltungsverfahrensrechts für vorgeordnete Verwaltungsverfahren von erheblicher Bedeutung sind. Zunächst folgt hieraus, dass der privatrechtliche Verwaltungsvertrag eine „normale“ Handlungsform der Verwaltung ist, die sie zu Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzen kann, ohne dass der Verwaltung deshalb Privatautonomie zustünde oder ihr ein Abstreifen öffentlich-rechtlichen Bindungen durch eine „Flucht ins Privatrecht“ möglich wäre.⁷⁹ Hieraus folgt ebenso, dass auch die gerichtliche Durchsetzung der Verwaltung zustehender gesetzlicher Ansprüche „Verwaltung“ ist, die den genannten allgemeinen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt. Insbesondere liegt auch ein Grundrechtseingriff immer schon dann vor, wenn ein Verwaltungsträger von einem Privaten unter Berufung auf einen gesetzlichen Anspruch Leistungen verlangt und dieses Verlangen (ggf. mit gerichtlicher Hilfe) durchsetzt.⁸⁰

Hieraus folgt vor allem auch, dass sowohl die Beachtung des Privatrechts durch einen Verwaltungsträger, soweit es auf sein Handeln anwendbar ist, als auch die Beachtung der ihm auch beim privatrechtlichen Verwaltungshandeln obliegenden öffentlich-rechtlichen Bindungen ein Gebot der *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* ist.⁸¹ Verlangt ein Verwaltungsträger von einem Privaten eine Leistung, zu der dieser weder nach Privatrecht noch nach öffentlichem Recht verpflichtet ist, stellt dies also einen Grundrechtseingriff dar, der nicht durch eine (privatrechtliche⁸² oder öffentlich-rechtliche) gesetzliche Ermächtigung

BVerfGE 138, 296 (Rz. 84); BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11 u. a., BVerfGE 143, 246, (Rz. 188 f.); BVerfG (K), Beschl. v. 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, 3153 (Rz. 30).

⁷⁹ U. Stelkens (Fn. 1), S. 709, 786 f., 904 f.

⁸⁰ U. Stelkens (Fn. 1), S. 1075.

⁸¹ U. Stelkens (Fn. 1), S. 1095.

⁸² Gewährt das Privatrecht einem Verwaltungsträger einen Anspruch gegenüber einem Privaten, ist in der entsprechenden privatrechtlichen Bestimmung die Ermächtigung des Verwaltungsträgers zur Durchsetzung dieses Anspruchs gegenüber dem Privaten

gedeckt ist. Damit liegt ein Verstoß gegen den *Vorbehalt des Gesetzes* vor. Ergibt sich aus dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht, dass ein Verwaltungsträger zu einer bestimmten Leistung gegenüber einen Privaten verpflichtet ist, ist umgekehrt die Erfüllung des hierauf gerichteten Anspruchs des Privaten Ausdruck *gebundener Verwaltung*.⁸³ Dem entspricht, dass die Beachtung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ansprüche durchaus Gegenstand von Rechtsaufsichtsmaßnahmen z. B. der Kommunalaufsichtsbehörde sein kann.⁸⁴

Ferner folgt aus dem Umstand, dass sich Verwaltungsträger nicht auf eine Privatautonomie berufen können, dass die auch für Verwaltungsträger geltende Dispositionsmaxime im Zivil- und Verwaltungsprozess nicht Ausdruck ihrer Privatautonomie sein kann. Die Entscheidung des Verwaltungsträgers, zur Durchsetzung eines Anspruchs Klage zu erheben, ist daher als *Ermessensentscheidung* anzusehen. Diese unterliegt den in § 40 VwVfG und § 114 Satz 1 VwGO zum Ausdruck kommenden Bindungen.⁸⁵ Sie ist daher entsprechend

zu sehen. Insoweit ist das Privatrecht also auch „Gesetz“ i. S. des Vorbehalts des Gesetzes: BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 (257 f.); *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 1075.

⁸³ Zur Entscheidung über die Zuerkennung von Staatshaftungsansprüchen als gebundene Verwaltung *U. Stelkens* (Fn. 17), S. 778; deutlich in diese Richtung auch BVerfG (K), Beschl. v. 26.8.2002, NJW 2003, 125 (126).

⁸⁴ Siehe hierzu etwa OVG Lüneburg, Urt. v. 11.9.2013 – 10 ME 88/12, NVwZ-RR 2013, 995 (996); OVG Münster, Urt. v. 23.1.1963 – III A 355/57, DVBl. 1963, 862 (863); VGH Mannheim, Urt. v. 25.4.1989, NJW 1990, 136 (138); OVG Weimar, Beschl. v. 7.6.2006 – 4 EO 534/06, DÖV 2007, 261 (262); OVG Weimar, Beschl. v. 7.12.2006 – 4 EO 534/06, ThürVBl. 2007, 141 (142): zusammenfassend K. Lange (Fn. 22), Kap. 17 Rn. 24. Ebenso zur Aufsicht gegenüber Sozialversicherungsträgern BSG, Urt. v. 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 U R, BSGE 91, 269 (272); LSG NRW, Urt. v. 29.1.2014, NZS 2014, 503 (Rz. 6). Frühere Bedenken im Hinblick auf eine grundsätzliche Subsidiarität der staatlichen Rechtsaufsicht gegenüber einem Gerichtsverfahren, das von dem beaufsichtigten Verwaltungsträger durchzuführen sei (so BSG, Urt. v. 27.10.1966 – 3 RK 27/64, BSGE 25, 224 [226]; *F. E. Schnapp*, Zum Funktionswandel der Staatsaufsicht, 480 [483 ff.]), haben sich nicht durchsetzen können (ausführlich hierzu *A. Berger*, Aktienrecht als Kontrollmaßstab der gemeindeinternen Beanstandung, DVBl. 2013, 825 [827 ff.]; *V. Hassel*, Subsidiaritätsaufsicht und Kommunalaufsicht, DVBl. 1985, 697 ff.). In *Rheinland-Pfalz* (§ 127 Abs. 2 GO) und im *Saarland* (§ 137 Abs. 2 KSVG) unterliegen allerdings „bürgerlich-rechtliche Verpflichtungen der Gemeinde, die im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen sind“ nicht der Kommunalaufsicht, siehe hierzu OVG Koblenz, Urt. v. 21.9.1951 – 2 229/50, AS 1 [RhPf.]. 288 ff.

⁸⁵ Dass § 40 VwVfG und § 114 Satz 1 VwGO allgemeine Rechtsgrundsätze konkretisieren, die für jede behördliche Ermessensentscheidung gelten, ist wohl unbestritten, s.

dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und es sind auch die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Eine wichtige Ermessensgrenze ergibt sich aus der haushaltsrechtlichen Pflicht, dass Einnahmen vollständig und rechtzeitig zu erheben sind (§ 19 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 34 Abs. 1 BHO/LHO). Dies kann sich zu einer Pflicht zur gerichtlichen Durchsetzung finanzwirksamer Ansprüche des Verwaltungsträgers verdichten.⁸⁶ Umgekehrt können sich zu Gunsten des Privaten Ermessensgrenzen etwa aus Art. 3 Abs. 1 GG mit der hiermit verbundenen Verpflichtung ergeben, dass die Behörde nicht willkürlich aus einer Gruppe ähnlich gelagerter Fälle nur einen Fall herausgreift und nur in diesem Fall den Betroffenen „mit einer Klage überzieht“.⁸⁷ Auch kann eine behördliche Klageerhebung unverhältnismäßig sein, z. B. wenn die Voraussetzungen für eine Niederschlagung, Stundung oder einen Erlass nach § 31 Abs. 2 HGrG, § 59 Abs. 2 BHO/LHO vorliegen.⁸⁸

nur *M. Ruffert*, in: H. J. Knack/H.-G. Henneke (Begr. u. Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 11. Aufl. 2020, § 40 Rn. 21; *M. Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 40 Rn. 4; *K. Schönenbroicher*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Fn. 43), § 40 Rn. 11 f.

⁸⁶ Siehe etwa *H. Tappe*, in: C. Gröpl (Hrsg.), *BHO/LHO*, 2. Aufl. 2019, § 34 Rn. 22.

⁸⁷ Das BVerwG leitet in ständiger Rechtsprechung aus Art. 3 Abs. 1 GG ab, dass dann, wenn ein Gesetz die Behörde dazu ermächtige, unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Verhaltensweisen nach Ermessen zu untersagen oder zu gebieten, das Ermessen in gleichgelagerten Fällen gleichmäßig auszuüben sei. Ergreife oder unterlasse die Behörde z. B. Maßnahmen zur Bekämpfung rechtswidriger Zustände, so habe sie in vergleichbaren Fällen in der gleichen Art und Weise zu verfahren. Bei einer Vielzahl von Verstößen müsse sie zwar nicht gleichzeitig tätig werden, jedoch dürfe sie nicht systemlos oder willkürlich vorgehen (zusammenfassend: BVerwG, Urt. v. 9.7.2014 – 8 C 365.12, NVwZ 2014, 1583 [Rz. 25]; BVerwG, Urt. v. 26.10.2017 – 8 C 18/16, BVerwGE 160, 193 [Rz. 20 ff.]). Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf die Fälle behördlicher Klageerhebung: VGH Kassel, Beschl. v. 17.6.2009 – 7 D 1536/09, NJW 2010, 168 f. (für eine Vaterschaftsanfechtungsklage durch das Jugendamt); BGH, Urt. v. 26.10.1960 – V ZR 122/59, BGHZ 33, 230 (233); OLG Hamm, Urt. v. 16.11.2000 – 5 U 2/00, NWVBl. 2001, 447 f. (jeweils für eine Abwehrklage nach § 1004 BGB).

⁸⁸ Zur Ermessensentscheidung, einen Anspruch aus einem privatrechtlichen Verwaltungsvertrag durchzusetzen: BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93 (106). Siehe ferner für Ermessenskontrolle bei behördlicher Stellung eines Insolvenzantrages: FG Berlin, Urt. v. 21.9.2004 – 7 K 7182/04, DStRE 2006, 175 f.; FG Münster, Beschl. v. 15.3.2000 – 12 V 1054/00 AO, DStRE 2000, 668 ff.; FG Saarland, Urt. v. 21.1.2004 – 1 K 67/603, EFG 2004, 759.

Aus diesen materiellen Vorgaben ergibt sich, dass ein Verwaltungsträger und die für ihn handelnde Behörde kein in irgendeiner Weise rechtlich geschütztes Eigeninteresse daran haben darf, sich anders als gesetzlich vorgeschrieben zu verhalten. Aus dem objektiv-rechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgt damit Pflicht jedes Verwaltungsträgers, subjektive Rechte Privater von sich aus zu beachten.⁸⁹ Es wäre folglich schlicht ein Verstoß gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wenn ein Verwaltungsträger gegenüber einem privaten Gläubiger (in der Hoffnung, dass der Gläubiger schon nicht klagen werde) nicht leistet, obwohl eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Leistungsverpflichtung besteht. Ebenso läge ein Verstoß gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vor, wenn ein Verwaltungsträger versucht, einen Privaten zu einer Leistung zu bewegen, zu der dieser nicht verpflichtet ist. Deshalb hebt das BVerfG zu Recht hervor, von einer „Gegnerschaft“ zwischen der Behörde und dem Betroffenen im laufenden Verwaltungsverfahren, also bevor eine verfahrensabschließende Entscheidung getroffen worden sei, könne noch nicht gesprochen werden, da die Behörde die Rechte des Betroffenen bei der Entscheidung von sich aus zu beachten habe.⁹⁰ Deshalb gehen die Gerichte auch zu Recht davon aus, dass ein Informationszugangsverweigerungsgrund nach § 3 IFG und der entsprechenden Bestimmungen anderer Informationsfreiheitsgesetze nicht allein schon deshalb vorliegen kann, weil jemand informationsfreiheitsrechtliche Ansprüche geltend macht, um die erlangten Informationen in einem Gerichtsverfahren gegen den Verwaltungsträger verwenden zu können. Insbesondere sind hier weder der Verweigerungsgrund des § 3 Nr. 1 lit. g. IFG (Schutz laufender Gerichtsverfahren) noch der Verweigerungsgrund nach § 3 Nr. 6 IFG (Schutz fiskalischer Interessen im Wirtschaftsverkehr oder wirtschaftliche Interessen der Sozialversicherungen) einschlägig. Ein sachlich richtiges Gerichtsurteil beeinträchtigt selbst bei Prozessverlust keine schutzwürdigen Interessen des Verwaltungsträgers.⁹¹

⁸⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 17. 7. 2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173 (Rz. 29): Bei einer Behörde entfalle im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter (so dass es im eigenen Interesse der Behörde liege, die Bürger vor Inanspruchnahme durch überhöhte Gebühren zu schützen).

⁹⁰ BVerfG (K), Beschl. v. 30. 6. 2009 – 1 BvR 470/09, NJW 2009, 3420 (Rz. 11). Dies führte im konkreten Fall zu der Annahme, dass die Gewährung von Beratungshilfe in einem laufenden Verwaltungsverfahren verfassungsrechtlich nicht geboten sei.

⁹¹ Siehe hierzu etwa: BVerwG, Beschl. v. 9.11.2010 – 7 B 43/10, NVwZ 2011, 235 (Rz. 11 f.); OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 8.5.2014 – OVG 12 B 4/12, NVwZ 2015,

Hieraus folgt für alle eingangs genannten Fälle, dass der zuständigen Behörde allgemeine Rücksichtnahmepflichten gegenüber jedem Privaten obliegen, der ihren Träger in Anspruch nimmt oder der von der Behörde in Anspruch genommen werden soll. Diese Rücksichtnahmepflichten reichen deutlich über die im Rechtsverkehr zwischen Privaten bestehenden Rücksichtnahmepflichten hinaus. Anders als ein Privater muss ein Verwaltungsträger immer mit Sorgfalt prüfen, ob er sich zur gerichtlichen (oder außergerichtlichen) Durchsetzung bestimmter Ansprüche oder zur Erhebung von Einwendungen gegen ihm gegenüber geltend gemachter Ansprüche berechtigt halten darf und muss insoweit durchaus auch seine (fiskalischen) Interessen mit denen des betroffenen Privaten abwägen. Einfachrechtlich kommt dies (bezogen auf die Sachverhaltsvermittlung) in § 24 Abs. 2 VwVfG letztlich unmissverständlich zum Ausdruck: „Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch *die für die Beteiligten günstigen Umstände* zu berücksichtigen“.

IV. Verfahrensrechte und Verfahrenspflichten in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren

Damit kommt man für alle der eingangs genannten Fallgestaltungen zu folgendem Zwischenergebnis: Die geltenden Verwaltungsverfahrensgesetze enthalten eine (zwar gewollte, aber Analogien nicht hindernde)⁹² Regelungslücke insoweit, als sie vorgerichtliche Verwaltungsverfahren nicht regeln und damit nicht gewährleisten, dass in diesen Verfahren behördliche Entscheidungen ergehen, die in der Sache auf einer richtigen und zweckmäßigen Rechtsanwendung beruhen und die subjektiven Rechte des Einzelnen sicherstellen. Diese Regelungslücke ist durch analoge Anwendung „passender“ Bestimmungen aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz zu schließen, das in dem jeweiligen Verwaltungszweig anwendbar wäre, wenn es sich um ein Verwaltungsverfahren handeln würde, das auf Erlass von Verwaltungsakten oder den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet wäre.⁹³ Ziel dieser Analogien wäre,

126; OVG Lüneburg, Urt. v. 29.8.2002 – 11 LB 123/02, NdsVBl. 2003, 105 (106); OVG Münster, Beschl. v. 8.5.2002 – 21 E 349/02, NWVBl. 2003, 23; OVG Münster, Beschl. v. 19.6.2002, NVwZ-RR 2003, 800 (801 ff.); OVG Schleswig, Urt. v. 6. 12. 2012 – 4 LB 11/12, NVwZ 2013, 810 (Rz, 52 ff.); VG Potsdam, Urt. v. 27.4.2010 – 3 K 1595/05, LKV 2010, 573 (575); allgemein zur Nutzung der Informationsfreiheitsansprüche zur Vorbereitung von Zivilprozessen gegenüber Verwaltungsträgern *D. Scholz*, Verwaltungszivilprozessrecht, 2013, S. 256 ff.

⁹² Siehe hierzu Fn. 48.

⁹³ Siehe hierzu im Text bei Fn. 54.

vorgerichtliche Verwaltungsverfahren durch ein klares „Arbeitsprogramm“ (das auch als Bestandteil umfassender Projekt-, Vertrags- und Forderungsmanagement-Konzepte verstanden werden kann) zu strukturieren und so (auch durch Einbindung des betroffenen Bürgers in das Verfahren) ein Gerichtsverfahren möglichst zu vermeiden. Insoweit ist hinsichtlich der Abläufe vorgegerichtlicher Verwaltungsverfahren zwischen den Fällen, in denen ein Verwaltungsträger einen Anspruch gegenüber einem Privaten durchsetzen will (1) und den Fällen, in denen ein Verwaltungsträger von einem Privaten in Anspruch genommen wird (2) zu unterscheiden. Im Folgenden soll zudem wieder – pars pro toto – nur das VwVfG herangezogen werden, soweit es um das Verwaltungsverfahrensrecht geht, und nur die ZPO und die VwGO, soweit auf das Gerichtsverfahrensrecht verwiesen wird.

1. Ablauf eines auf Entscheidung über die behördliche Klageerhebung gerichteten Verwaltungsverfahrens

Ein auf behördliche Klageerhebung⁹⁴ gerichtetes Verwaltungsverfahren beginnt von Amts wegen i.d.R. aus Anlass eines bestimmten Ereignisses, dass die Möglichkeit der Entstehung eines bestimmten Anspruchs gegenüber einem Privaten erkennen lässt (vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 34 Abs. 1 BHO/LHO).⁹⁵ Dem eigentlichen Verfahrensbeginn (i. S. des § 22 VwVfG), der das Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und den Beteiligten entstehen lässt,⁹⁶ gehen aber i.d.R. eine Reihe von vorbereitenden Maßnahmen/Überlegungen voraus, die das spätere Verwaltungsverfahren erst konturieren.⁹⁷ Hierzu zählt zunächst die Bestimmung des Verfahrensgegenstandes⁹⁸ und der Personen, die am Verwaltungsverfahren zu beteiligen sind: Wer soll auf welcher Rechtsgrundlage zur welcher Leistung verpflichtet werden? Dies schließt die Frage ein, wen genau die Behörde in Anspruch nehmen will. Diese Person ist am vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren als „Adressat“ der erwogenen Klage zu beteiligen (analog § 13 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG).

In diesem Zusammenhang ist auch die *Zuständigkeit* für die Durchführung des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens zu klären. Das ist grundsätzlich

⁹⁴ Siehe hierzu Fn. 3.

⁹⁵ Siehe hierzu im Text vor Fn. 86.

⁹⁶ Vgl. *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 9 Rn. 10 ff., § 22 Rn. 4.

⁹⁷ *K. Ritgen*, in: Knack/Henneke (Fn. 85), § 9 Rn. 39.

⁹⁸ Vgl. *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 9 Rn. 108 ff.

die Behörde, die „berufen ist“, den Verwaltungsträger „in dem Rechtsstreit zu vertreten“ (vgl. § 18 ZPO). Die zuständige Behörde zu bestimmen, ist insbesondere in Bezug auf vermögensrechtliche Ansprüche von Bund und Ländern nicht immer einfach, weil es hierfür oft an ausdrücklichen Zuständigkeitsvorschriften fehlt. Mit der Rechtsprechung ist insoweit anzunehmen, dass zur Geltendmachung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Ansprüche – soweit nichts anderes bestimmt ist – regelmäßig diejenige Behörde berechtigt ist, die zur Verwaltung des Haushaltstitels zuständig ist, auf den sich die Nichterfüllung der fraglichen Leistungspflichten auswirkt.⁹⁹ Ferner sollte schon frühzeitig geklärt werden, ob die Behörde das vorgerichtliche Verwaltungsverfahren zielführend durch eigenes Personal durchführen kann oder ob wegen der in der Regel gegebenen Nicht-Standardisierbarkeit vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren¹⁰⁰ spezialisierte anwaltliche Hilfe „eingekauft“ werden muss.¹⁰¹

⁹⁹ Siehe hierzu BGH, Urt. v. 12.12.1952 – I ZR 57/52, BGHZ 8, 197 (201); BGH, Urt. v. 15. 6. 1967 – III ZR 137/64, NJW 1967, 1755 f.; P. Schmieder, Die Vertretung des Fiskus, ZJP 126 (2013), S. 359 (365 ff.); U. Stelkens (Fn. 1), S. 161 f.

¹⁰⁰ Siehe hierzu im Text bei Fn. 58.

¹⁰¹ Die Beauftragung von Rechtsanwälten mit der Wahrnehmung behördlicher Belange im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen ist eine grundsätzlich zulässige Form „funktionaler Privatisierung“, auch wenn dies dazu führt, dass die eigentliche Entscheidungsverantwortung in dem konkreten Verwaltungsverfahren ein Stück weit aus der Hand der Behördenbediensteten eben in die Hand des Rechtsanwalts gelegt wird, näher U. Stelkens (Fn. 2), S. 1262 f. Hiervon ist die Frage zu unterscheiden, ob und auf welcher Rechtsgrundlage die Behörde von dem in Anspruch genommenen Bürger die ihr im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren entstehenden Anwaltskosten erstattet verlangen kann. Insoweit wird etwa zu § 80 Abs. 2 VwVfG angenommen, dass die Beiziehung eines Rechtsanwalts im Vorverfahren durch die Ausgangsbehörde i.d.R. nicht notwendig sei, da die Ausgangsbehörde mit hinreichend qualifizierten Fachpersonal in einer Weise ausgestattet sein müsse, dass sie ihre „normalen“ Verwaltungsaufgaben ohne anwaltliche Hilfe erledigen kann (vgl. D. Kallerhoff/K. Keller, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 80 Rn. 85). Teilweise werden derartige Erwägungen trotz des § 162 Abs. 2 VwGO auch auf die Frage der Erstattungsfähigkeit behördlicher Anwaltskosten im Verwaltungsprozess übertragen (hierzu S. Olbertz, in: F. Schoch/J.-P. Schneider/W. Bier [Hrsg.], VwGO, Loseblatt, § 162 Rn. 35). Die Beurteilung komplizierter bauvertraglicher, IT-vertraglicher oder eigentumsrechtlicher Fragen wird jedoch i.d.R. deutlich außerhalb der Fachkompetenzen des Verwaltungspersonals einer Behörde liegen. Deren Qualifikationsprofil wird sich nach deren „normalen“ und „laufenden“ Verwaltungsaufgaben richten. Eine allgemeine Pflicht, fachkundiges Personal auch für rechtliche Spezialfragen außerhalb des normalen Aufgabenbereichs des jeweiligen Verwaltungsträgers vorzuhalten, wird man kaum annehmen können.

Ist entschieden, welche Behörde welche Leistung auf Grund welcher Rechtsgrundlage wem gegenüber durchsetzen soll, ist eine schriftliche oder elektronische *Verfahrensakte* zur Dokumentation der einzelnen Verfahrensvorgänge anzulegen, die den Entscheidungsprozess der Behörde für diese selbst, den Betroffenen aber auch etwa für Aufsichtsbehörden¹⁰² überprüfbar macht. Die vollständige schriftliche oder elektronische aktenmäßige Dokumentation des Entscheidungsprozesses wird von allen Verwaltungsverfahrensgesetzen implizit vorausgesetzt und ist als rechtsstaatliches Gebot anerkannt.¹⁰³

Das eigentliche vorgerichtliche Verwaltungsverfahren beginnt dann *von Amts wegen* (analog § 22 VwVfG) mit der „nach außen wirkenden“ Prüfung der Behörde, ob die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs vorliegen (analog § 9 VwVfG). Grundsätzlich gilt dabei der Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (analog § 10 VwVfG). Auch vorgegerichtliche Verwaltungsverfahren sind daher einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen. Dennoch ist der Sachverhalt von *Amts wegen* (auch unter Berücksichtigung der für den Beteiligten günstigen Umstände) nach den in § 24 und § 26 VwVfG festgelegten (und analog anzuwendenden) Grundsätzen zu ermitteln.¹⁰⁴ In diesem Rahmen kann auch erwogen werden diese Amtsermittlung, in ein „selbständiges Beweisverfahren“ nach §§ 485 ff. ZPO (ggf. i. V. mit § 98 VwGO¹⁰⁵) auszulagern, um das Ergebnis in einem späteren Prozess nach § 493 ZPO (ggf. i. V. mit § 98 VwGO) nutzen zu können.

¹⁰² Siehe hierzu Fn. 84.

¹⁰³ Vgl. *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 9 Rn. 52 ff.

¹⁰⁴ Soweit eine analoge Anwendung der § 24, § 26 VwVfG bei privatrechtlichen Verwaltungshandeln für ausgeschlossen gehalten wird, werden i.d.R. allein Verwaltungsverfahren in den Blick genommen, die auf Abschluss privatrechtlicher Verträge gerichtet sind. Diese sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung (siehe bei Fn. 16). Im Übrigen wird durchaus konzidiert, dass die Behörde bei Durchsetzung gesetzlicher privatrechtlicher Ansprüche nicht völlig uninformiert handeln darf (so etwa *F. Hufen/T. Siegel* [Fn. 24], Rn. 699). Dann ist jedoch nicht erkennbar, weshalb dies nicht zu einer analogen Anwendung der § 24, § 26 VwVfG führen können soll; siehe hierzu auch *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 1079 f.

¹⁰⁵ Siehe zu einem Fall der Anwendbarkeit des selbständigen Beweisverfahrens im Verwaltungsprozess: VGH Kassel, Beschl. v. 12.4.2018 – 2 B 227/18, BeckRS 2018, 9397 (Rz. 3 ff.).

Im Rahmen der „nach außen wirkenden Prüfung“ des Vorliegens der Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs ist ferner der Beteiligte *anzuhören* (analog § 28 Abs. 1 VwVfG),¹⁰⁶ was insbesondere voraussetzt, dass ihm zu gegebenen Zeitpunkt mitgeteilt wird, auf Grund welcher Tatsachen/Beweismittel die Behörde davon ausgeht, dass ihrem Träger auf welcher gesetzlichen Grundlage welcher Anspruch welchen Inhalts zusteht.¹⁰⁷ Die Anhörung muss sich zudem auch auf die abwägungsrelevanten Gesichtspunkte der ordnungsgemäßen Ausübung des *Klageerhebungsermessens*¹⁰⁸ und die Beachtung von deren Grenzen (z. B. Verhältnismäßigkeit Gleichbehandlungsgrundsatz) zu erstrecken. Auch sind spätestens in diesem Zusammenhang mögliche *Befangenheiten* (analog § 20, § 21 VwVfG) zu klären.¹⁰⁹ Selbstverständlich kann sich der Beteiligte auch im Verwaltungsverfahren durch einen Bevollmächtigten, insbesondere einen Rechtsanwalt, vertreten lassen (analog § 14 VwVfG).¹¹⁰ Beantragt der Beteiligte *Akteneinsicht*, ist ihm diese nach ver-

¹⁰⁶ Dass die Verwaltung den Betroffenen vor einem gezielten Eingriff in SEINE Grundrechte auch dann anhören muss, wenn dieser Grundrechtseingriff kein Verwaltungsakt ist, dürfte mittlerweile unstrittig sein (s. etwa *R. Engel/M. Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz [Fn. 43], § 28 Rn. 35; *F. Hufen/T. Siegel* [Fn. 24], Rn. 779; *D. Kallerhoff/T. Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz [Fn. 14], § 28 Rn. 15; *K. Ritgen*, in: Knack/Henneke [Fn. 85], § 28 Rn. 27). Dies wird jedoch i.d.R. nur auf faktische gezielte Grundrechtseingriffe bezogen, während ein Grundrechtseingriff durch gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs nicht in den Blick genommen wird.

¹⁰⁷ Zur Notwendigkeit einer präzisen Anhörungsmitteilung, damit der Beteiligte sinnvoll von seinem Anhörungsrecht Gebrauch machen kann, siehe *D. Kallerhoff/T. Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 28 Rn. 35.

¹⁰⁸ Siehe hierzu im Text bei und nach Fn. 85.

¹⁰⁹ Die Geltung der § 20, § 21 VwVfG als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze ist bei privatrechtlichem Verwaltungshandeln allgemein anerkannt: *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 695; *K. Ritgen*, in: Knack/Henneke (Fn. 85), § 21 Rn. 20 f.; *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 20 Rn. 19; *M. Steinkühler*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 43), § 20 Rn. 33. Spezifische Probleme der analogen Anwendbarkeit der § 20, § 21 VwVfG auf vorgerichtliche Verwaltungsverfahren treten im Fall der Inanspruchnahme eines Verwaltungsträgers durch einen Privaten auf, so dass sie in diesem Zusammenhang behandelt werden sollen, siehe vor Fn. 137.

¹¹⁰ Wie hier (m. w. N.) *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 702.

waltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen (analog § 29 VwVfG) zu gewähren,¹¹¹ so dass es eines Umwegs über die Informationsfreiheitsgesetze¹¹² nicht (mehr) bedarf.¹¹³ Es gibt kein schützenswertes Interesse der Behörde daran, dass der Beteiligte die Informationen aus der Akte nicht zu seiner Rechtsverteidigung im späteren Gerichtsverfahren nutzen kann.¹¹⁴

Das vorgerichtliche Verwaltungsverfahren endet entweder mit Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs durch den Schuldner, der wirksamen Klagerhebung durch den Verwaltungsträger (der eine „letztmalige“ außergerichtliche Aufforderung zur Leistung vorausgehen wird), dem Abschluss eines privatrechtlichen (§ 779 BGB) oder öffentlich-rechtlichen (§ 55 VwVfG) Vergleichsvertrags oder durch schlichte Verfahrenseinstellung durch die Behörde. Letzteres kommt in Betracht, wenn die Behörde auf Grund der eigenen Sachverhaltsermittlung oder Rechtsprüfung zu dem Ergebnis kommt, dass die gerichtliche Durchsetzung des Anspruchs aussichtslos ist oder dass der Anspruch nach § 31 Abs. 2 HGRG, § 59 Abs. 2 BHO/LHO nieder zu schlagen sei.¹¹⁵ In diesen Fällen kann eine Einstellungsmitteilung an den Beteiligten zweckmäßig

¹¹¹ Wie hier (m. w. N.) *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 705; im Ergebnis ähnlich (jedoch von der Konstruktion her anders) *D. Scholz* (Fn. 91), S. 270 ff.

¹¹² Dass die Geltendmachung von Ansprüchen nach den Informationsfreiheitsgesetzen in den hier interessierenden Fällen ein nicht in jeder Hinsicht passender „Ersatz“ für Akteneinsichtsrechte nach dem Vorbild des § 29 VwVfG sind, machen deutlich: BVerwG, Beschl. v. 21.11.2016 – 10 AV 1/16, NVwZ 2017, 329 (Rz. 10 ff.); BGH, Beschl. v. 27.11.2013 – III ZB 59/13, BGHZ 199, 159 (Rz. 13 ff.).

¹¹³ Siehe hierzu im Text bei Fn. 91.

¹¹⁴ Dem können nicht die Argumente von BVerwG, Urt. v. 27.11.2014 – 7 C 12/13, NVwZ 2015, 675 (Rz. 48) entgegen gehalten werden. In diesem Fall ging es um die Frage, inwieweit der unterlegene Bieter bei einem Immobilienverkauf durch die Verwaltung Einsicht in die Unterlagen bezüglich der Auswahl des Vertragspartners haben kann. Insoweit hat das BVerwG eine analoge Anwendbarkeit des § 29 VwVfG abgelehnt (ähnlich auch BVerwG, Beschl. v. 21.11.2016 – 10 AV 1/16, NVwZ 2017, 329 [Rz. 4 ff.]). Unabhängig davon, dass die dem zu Grunde liegende Behandlung von Privatisierungsverfahren als ausschließlich privatrechtliche Vertragsabschlussverfahren der Rechtsentwicklung seit den 1990er Jahren nicht mehr gerecht wird (*U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* [Fn. 14], § 35 Rn. 127 f.), hat diese Konstellation aus den (im Text vor Fn. 16) genannten Gründen wenig mit der Konstellation vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren gemein.

¹¹⁵ Vgl. *H. Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 9 Rn. 199.

sein, ebenso eine Angabe der Gründe für die Einstellung zumindest für die Akten. Beides ist aber wohl nicht rechtlich zwingend geboten.¹¹⁶ Da die Einstellung auch im Fall ihrer Mitteilung an den Beteiligten nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist,¹¹⁷ würde sie das Verfahren nicht bestandskräftig abschließen. Das Verfahren kann also jederzeit neu aufgegriffen werden, wenn sich neue Erkenntnisse ergeben.

Wird Klage erhoben, ergibt sich eine Pflicht zur *Klagebegründung* bereits aus dem Prozessrecht. Hiernach ist zumindest ein Klagegrund anzugeben (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, § 82 Abs. 1 Satz 3 VwGO). In diesem Rahmen lassen sich dann dem Gericht und dem Beklagten, die „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen“, die die Behörde zu ihrer Entscheidung, Klage zu erheben, bewogen haben (analog § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG). Aus § 138 Abs. 1 ZPO (i. V. mit § 173 VwGO¹¹⁸) ergibt sich, dass die behördlichen Angaben insoweit der prozessualen Wahrheitspflicht unterliegen. Die Behörde ist also verpflichtet, in der Klageschrift die tatsächlichen Gründe in der Form darzustellen, wie sie sich als Ergebnis des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens darstellen. Da die Ermessensgerechtigkeit der Klageerhebung¹¹⁹ – wie noch zu zeigen sein wird¹²⁰ – für die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses von Bedeutung ist, sollte die Klagebegründung auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Klageerhebungsermessens ausgegangen ist (analog § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG). Dies ermöglicht dem Gericht (bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses) die Prüfung, ob insoweit der Zweck der Ermächtigung und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens eingehalten wurden.¹²¹ Weil sich aus § 19 Abs. 1 Satz 1 HGrG, § 34 Abs. 1

¹¹⁶ Vgl. K. Ritgen, in: Knack/Henneke (Fn. 85), § 9 Rn. 88; H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 9 Rn. 200.

¹¹⁷ Siehe hierzu im Text bei Fn. 37.

¹¹⁸ Zur Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 ZPO im Verwaltungsprozess: C. Meissner/C. Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 101), § 173 Rn. 151.

¹¹⁹ Siehe hierzu im Text bei und nach Fn. 85.

¹²⁰ Siehe hierzu im Text bei und nach Fn. 151.

¹²¹ Siehe zu diesem Zweck des § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG: U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 39 Rn. 59.

BHO/LHO grundsätzlich eine Pflicht zur gerichtlichen Durchsetzung finanzwirksamer Ansprüche des Verwaltungsträgers ergibt,¹²² ist das Klageerhebungsermessen jedoch i.d.R. intendiert, so dass insoweit im Regelfall keine besonders ausführliche Begründung notwendig ist.¹²³

Von der Frage der Ausgestaltung der Klagebegründung ist die Frage zu unterscheiden, ob auch die „*letztmalige*“ *außergerichtliche Aufforderung* zur Leistung durch die Behörde einer Begründung entsprechend den o. g. Grundsätzen bedarf.¹²⁴ Hierfür könnte sprechen, dass eine solche Begründung durchaus den anerkannten Begründungs-Funktionen gerecht würde. Sie würde dem Beteiligten noch einmal deutlich machen, von welcher Rechts- und Tatsachengrundlage die Behörde ausgeht, so dass er auf dieser Grundlage das Risiko, sich auf einen Prozess einzulassen, besser abschätzen kann.¹²⁵ Die Behörde würde durch die Annahme einer solchen Begründungspflicht auch nicht übermäßig belastet, da sie sie für ihre u. U. notwendige Klageschrift wieder verwenden könnte. Vor allem aber könnte akzeptanzsteigernde Funktion der Begründung u. U. zu einer Einsicht des Beteiligten in seine Leistungspflicht führen, so dass er den Anspruch erfüllt und es gar nicht mehr zu einem Gerichtsverfahren kommen muss.

2. *Ablauf eines auf Entscheidung über die „Klaglosstellung“ gerichteten Verwaltungsverfahrens*

Der Ablauf eines auf Entscheidung über die „Klaglosstellung“ gerichteten Verwaltungsverfahrens ist dem Ablauf auf Entscheidung über die behördliche Klageerhebung gerichteten Verwaltungsverfahrens weitgehend ähnlich, unterscheidet sich aber hiervon auch in einigen Aspekten. Zunächst wird das Verwaltungsverfahren hier typischerweise nicht von Amts wegen eingeleitet, sondern auf Grund eines Antrags der Person, die sich als Gläubiger des Anspruchs sieht (im Folgenden: Antragsteller). Dieser Antrag kann die Form einer Forderung, Anfrage, Rechnung, (Ab-)Mahnung oder sonstigen Behauptung haben, dem Antragsteller stehe ein bestimmter privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Anspruch zu. Dem Antrag sollte dann unmittelbar die Anlegung der

¹²² Siehe hierzu im Text bei Fn. 86.

¹²³ Vgl. hierzu *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 39 Rn. 69 ff.

¹²⁴ In diese Richtung wohl auch *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 707.

¹²⁵ Siehe zu den Funktionen der Begründung nach § 39 VwVfG: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 39 Rn. 1.

Verfahrensakte¹²⁶ folgen. Hervorzuheben ist allerdings, dass keine Rechtsvorschrift existiert, nach der ein Verwaltungsträger in den eingangs genannten Fällen nur auf Antrag leisten darf (vgl. § 22 Satz 2 Nr. 2 VwVfG). Aufgrund seiner Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln ist jeder Verwaltungsträger grundsätzlich verpflichtet, ihm gegenüber bestehende Ansprüche von sich aus zu erfüllen. Ermessen steht ihm insoweit nicht zu.¹²⁷

Vor dem eigentlichen Beginn des Verwaltungsverfahrens ist auch hier zunächst wieder der eigentliche Verfahrensgegenstand festzulegen. Zu klären ist, was der Antragsteller eigentlich auf welcher Grundlage von wem begehrt. Insoweit dürfte zumindest eine *Beratungs- und Auskunftspflicht* analog § 25 Abs. 1 Satz 1 VwVfG gegeben sein,¹²⁸ d. h. die Behörde müsste ggf. das genaue Anliegen des Antragstellers klären.¹²⁹ In diesem Zusammenhang ist auch die (nicht immer unproblematisch festzustellende¹³⁰) *Zuständigkeit der Behörde* für die Entscheidung über die Klaglosstellung zu klären. Ferner kann sich die Frage stellen, ob in einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren Dritte beizuladen (§ 65 VwGO) bzw. als Streitgenossen mit dem Antragsteller (§§ 59 ff. ZPO) gemeinsam klagen könnten. Dann wäre über die Frage ihrer Hinzuziehung als Beteiligte des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens (analog § 13 Abs. 2 VwVfG) zu entscheiden.¹³¹ Schließlich wäre auch hier wieder frühzeitig zu überlegen, ob das Verfahren auf Grund seiner Besonderheiten von der federführenden Behörde ohne Einschaltung eines auf die fragliche Materie spezialisierten Rechtsanwalts zielführend durchführen kann.¹³² Auch die Beteiligten können sich natürlich im Verwaltungsverfahren (insbesondere durch einen Rechtsanwalt) vertreten lassen (analog § 14 VwVfG).¹³³

¹²⁶ Siehe hierzu im Text vor Fn. 103.

¹²⁷ Siehe hierzu im Text bei Fn. 81.

¹²⁸ Ähnlich wie hier *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 705; *K. Ritgen/A. Schink*, in: *Knack/Henneke* (Fn. 85), § 25 Rn. 44.

¹²⁹ Vgl. zum weiten Antragsbegriff des § 25 VwVfG *D. Kallerhoff/F. Fellenberg*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 25 Rn. 38 ff.

¹³⁰ Siehe hierzu im Text bei Fn. 99.

¹³¹ Ähnlich wie hier *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 703.

¹³² Siehe hierzu Fn. 101.

¹³³ Siehe hierzu im Text vor Fn. 110.

Besondere Probleme kann die Prüfung der *Befangenheiten* (analog § 20, § 21 VwVfG)¹³⁴ vor allem in den Fällen aufwerfen, in denen Schadensersatzansprüche gegen den Verwaltungsträger geltend gemacht werden, der zuständige Bedienstete selbst in die schädigende Handlung involviert war und damit rechnen muss (bzw. befürchtet) für den durch eine Schadensersatzleistung entstehenden mittelbaren Schaden seines Dienstherrn/Arbeitgeber nach Art. 34 Satz 2 GG i. V. mit § 75 BBG, § 48 BeamtStG oder arbeitsrechtlichen Grundsätzen in Regress genommen werden zu können. Vergleichbare Befangenheitsfragen stellen sich, wenn der verantwortliche Bedienstete befürchtet oder befürchten muss, für eine zu „vorschnelle“ Klaglosstellung des Antragstellers regresspflichtig gemacht zu werden. Die Probleme entstehen dadurch, dass die Beurteilung der Frage, ob insbesondere Rechtsanwendungsfehler als „grob fahrlässig“ i. S. der Regressvorschriften zu qualifizieren sind, mit erheblichen Unsicherheiten für den betroffenen Bediensteten verbunden sind¹³⁵ und dass im Falle einer Rechnungsprüfung der jeweilige Rechnungshof i.d.R. die Pflicht und die Befugnis hat (vgl. § 98 BHO)¹³⁶ der zuständigen Stelle unverzüglich Mitteilung zu machen, wenn nach seiner Auffassung ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem verantwortlichen Amtswalter geltend zu machen ist. Daher ist nicht auszuschließen, dass der verantwortliche Amtswalter bei unsicherer Rechts- und Sachlage eine „Flucht in das Gerichtsverfahren“ antritt, um so einen „entschuldigenden“ Richterspruch herbeizuführen. Diese Probleme sollten nicht unterschätzt werden. Sie lassen sich sinnvoll wohl nur durch verwaltungsorganisationsrechtliche Regelungen lösen, die die Zuständigkeiten zur Entscheidung über besonders „regressanfällige“ Ansprüche bei einer hierfür besonders ausgestattete Behörde bündelt. So wäre es sinnvoll, wenn ein Land eine Landesbehörde schaffen würde, die für das Land, die Kommunen und sonstige landeszugehörige Verwaltungsträger Verfahren über Staatshaftungsansprüche (unter Beteiligung der schadensverursachenden Behörde)

¹³⁴ Siehe hierzu auch die Nachweise in Fn. 109.

¹³⁵ Ausführlich zur groben Fahrlässigkeit bei Rechtsanwendungsfehlern: *R. Simianer*, Vermögensrechtliche Haftung des Beamten dem Dienstherrn gegenüber, ZBR 1993, 33 (42 f.); *U. Stelkens*, Die persönliche Verantwortlichkeit der Bediensteten für fehlerhafte Vergabe von Zuwendungen in den neuen Bundesländern, LKV 1999, 161 (166); siehe ferner: *J. Beckmann* (Fn. 6), S. 129 ff.; *H. Schnellenbach/J. Bodanowitz* (Fn. 6), § 9 Rn. 27; *S. Schönrock*, Beamtenhaftung und Fürsorgepflichten des Dienstherrn, ZBR 2019, 370 (371). Für ein Beispiel OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.08.2012 – 5 LA 220/11, NdsVBl. 2013, 116 ff.

¹³⁶ Zu den verschiedenen landesrechtlichen Regelungen *K. A. Schwarz*, in: Gröpl (Fn. 86), § 98 Rn. 3

vorgerichtlich abwickeln. Dies könnte auch Verfahrensstandardisierungen ermöglichen und Synergieeffekte fördern.¹³⁷

Das eigentliche auf die Entscheidung über die „Klaglosstellung“ gerichtete Verwaltungsverfahren beginnt auch hier erst mit der „nach außen wirkenden“ Prüfung der Behörde, ob die Voraussetzungen des geltend vom Antragsteller gemachten Anspruchs vorliegen (analog § 9 VwVfG). Es ist vor allem der Sachverhalt von Amts wegen (auch unter Berücksichtigung der für den Beteiligten günstigen Umstände) nach den in § 24 und § 26 VwVfG festgelegten (und analog anzuwendenden) Grundsätzen zu ermitteln, wobei letztlich nichts anderes gilt als bei vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren, die auf Entscheidung über die behördliche Klageerhebung gerichtet sind.¹³⁸ Insoweit sind auch Ermessenserwägungen dahingehend anzustellen, ob u. U. der Abschluss eines privatrechtlichen (§ 779 BGB) oder öffentlich-rechtlichen (§ 55 VwVfG) Vergleichsvertrags in Betracht kommt oder andere Formen der gütlichen Streitbeilegung denkbar und haushaltsrechtlich zulässig sind (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 HGrG, § 58 Abs. 1 Nr. 2 BHO/LHO).

Wer in Verwaltungsverfahren i. S. des § 9 VwVfG, die auf Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet sind, § 28 VwVfG auf den Fall analog anwendet, dass die Behörde einen beantragten begünstigenden Verwaltungsakt ablehnt,¹³⁹ wird eine doppelt analoge Anwendung des § 28 VwVfG auch bei ablehnender Entscheidung über die Klaglosstellung in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren und damit insoweit eine *Anhörungspflicht* bejahen müssen. Um spätere Überraschungen im sich u. U. anschließenden Gerichtsverfahren zu vermeiden, ist aber unabhängig vom Bestehen einer Rechtspflicht zur Anhörung sinnvoll, den Antragsteller eine Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, bevor die Entscheidung über die Klaglosstellung endgültig gefällt wird. Beantragt der

¹³⁷ Ausführlich hierzu *U. Stelkens*, Staatshaftung und E-Government: Verwaltungsorganisationsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: H. Hill/U. Schliesky (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Digitalen Staat – auch ein besserer Staat?*, 2015, S. 189 (219 ff.). Der Sache nach erfolgt eine solche Professionalisierung der Abwicklung von Amtshaftungsansprüchen und Ansprüchen wegen Verkehrssicherungsverletzungen im kommunalen Bereich über die Kommunalversicherungen oder den kommunalen Schadensausgleich i. S. des § 1 Abs. 3 VAG, vgl. hierzu BGH, *Beschl. v. 16.10.2013 – IV ZR 6/13*, *NJOZ* 2014, 1616 (Rz. 18).

¹³⁸ Siehe hierzu im Text bei Fn. 104.

¹³⁹ So z. B. *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 285; *D. Kallerhoff/T. Mayen*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 28 Rn. 31 ff.; *K. Ritgen*, in: *Knack/Henneke* (Fn. 85), § 28 Rn. 26; a. A. *R. Engel/M. Pfau*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz* (Fn. 43), § 28 Rn. 32.

Antragsteller *Akteneinsicht*, ist ihm diese nach verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundsätzen (analog § 29 VwVfG) zu gewähren, so dass es auch insoweit keines Umwegs über die Informationsfreiheitsgesetze bedarf. Auch hier gilt letztlich nichts anderes als bei solchen vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren, die auf Entscheidung über die behördliche Klageerhebung gerichtet sind.¹⁴⁰

Das auf Entscheidung über die Klaglosstellung des Antragstellers gerichtete vorgerichtliche Verwaltungsverfahren endet entweder mit der Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs durch den Verwaltungsträger, den Abschluss eines privatrechtlichen (§ 779 BGB) oder öffentlich-rechtlichen (§ 55 VwVfG) Vergleichsvertrags oder mit der Entscheidung, den Antragsteller *nicht* klaglos zu stellen. Letztere Entscheidung wäre auch dann, wenn es um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch geht, in den eingangs genannten Fällen nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren,¹⁴¹ so dass diese Entscheidung das Verwaltungsverfahren nicht bestandskräftig abschließen würde. Es könnte daher jederzeit – etwa parallel zu einem vom Antragsteller schließlich eingeleiteten Gerichtsverfahren – wieder aufgegriffen werden.

Obwohl es sich bei der Entscheidung, den Antragsteller *nicht* klaglos zu stellen, um keinen Verwaltungsakt handelt, spricht aber dennoch einiges dafür, dass die Behörde in diesem Fall dem Antragsteller (analog § 39 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) die „wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen“ hat, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, von einer Klaglosstellung abzusehen.¹⁴² Dies würde den Funktionen der *Begründung* (Selbstkontrolle der Verwaltung, Akzeptanzfunktion, Beweisfunktion und Rechtsschutzfunktion) gerecht werden.¹⁴³ Erhebt der Antragsteller Klage gegen den Verwaltungsträger, hat der Verwaltungsträger diese Gründe dann – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens – in seiner Klageerwidern (§ 277 Abs. 1 Satz 1 ZPO, § 86 Abs. 3 und 4 VwGO) anzugeben.

¹⁴⁰ Siehe hierzu im Text bei Fn. 113.

¹⁴¹ Siehe hierzu im Text bei Fn. 37.

¹⁴² In diese Richtung wohl auch *F. Hufen/T. Siegel* (Fn. 24), Rn. 707.

¹⁴³ Siehe zu den Funktionen der Begründung nach § 39 VwVfG: *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz* (Fn. 14), § 39 Rn. 1.

V. Folgen von Verfahrensfehlern in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass die Strukturierung vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren nach den vorstehend genannten Grundsätzen nicht nur zweckmäßig, sondern auf Grund analoger Anwendung der genannten Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze rechtlich zwingend geboten ist, folgt hieraus umgekehrt, dass ihre Nichtbeachtung ist rechtswidrig wäre. Dies kann jedenfalls dienst-, haftungs- und aufsichtsrechtliche Auswirkungen haben (1). Hieraus folgt jedoch nicht, dass eine in einem vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren verfahrensfehlerhaft zu Stande gekommene Entscheidung auf Grund dieses Verfahrensfehlers nichtig wäre oder in irgend einer Weise gerichtlich oder durch die Behörde selbst aufgehoben werden müsste. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, da keine der hier aufgezeigten Möglichkeiten verfahrensabschließender behördlicher Entscheidungen¹⁴⁴ geeignet ist, das vorgerichtliche Verwaltungsverfahren bestandskräftig abzuschließen. Daher stellt sich auch nicht die Frage, ob Verfahrensfehler in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren analog § 45 VwVfG geheilt werden oder analog nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein können. Die Rechtsnatur dieser behördlichen Entscheidungen ist auch viel zu unterschiedlich, als dass es insoweit einheitliche Folgen von Verfahrensfehlern geben könnte. Vor diesem Hintergrund kann nur versucht werden zu skizzieren, wie sich Fehler in vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren auf die Zulässigkeit behördlicher Klagen (2) und die Position des Verwaltungsträgers in dem (nicht zwingend) nachfolgenden Gerichtsverfahren auswirken können (3).

1. Dienst- und haftungs-, und aufsichtsrechtliche Auswirkungen von Verfahrensfehlern

Ist die Nichtbeachtung des für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren geltenden (ungeschriebenen) Verwaltungsverfahrensrechts rechtswidrig, stellt sie zumindest eine Dienstpflichtverletzung der verantwortlichen Amtswalter dar und kann Gegenstand rechtsaufsichtsrechtlicher Beanstandungen sein.¹⁴⁵ Indirekt dürften unstrukturierte Verfahren behördlicher Anspruchsdurchsetzung oder behördlicher Rechtsverteidigung bei einer Rechnungsprüfung durch

¹⁴⁴ Siehe hierzu im Text nach Fn. 114 und nach Fn. 140.

¹⁴⁵ Ausführlich zur persönlichen Verantwortlichkeit von Beamten für die Verletzung von Verfahrenspflichten und zur Zuständigkeit der Rechtsaufsicht *U. Stelkens* (Fn. 32), S. 1082 (m. w. N.).

die Rechnungshöfe als Hinweis auf möglicherweise haushaltsrechtlich bedenkliche Entscheidungen verstanden werden, die für den verantwortlichen Amtswalter das Regressrisiko steigern können.¹⁴⁶ Bei einem dokumentierten, strukturierten und planmäßigen Entscheidungsprozess dürfte dagegen Einiges für zumindest vertretbare Entscheidungen unter Berücksichtigung auch der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung sprechen. Die ordnungsgemäße Durchführung vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren vermag somit auch den verantwortlichen Amtswalter vor Regressforderungen schützen.

Umgekehrt kann wiederum die Nichtbeachtung der genannten Verfahrensvorschriften auch eine Nichtbeachtung drittschützender Amtspflichten darstellen, so dass jedenfalls dann, wenn es um die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche geht, ein Amtshaftungsanspruch nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG entstehen kann, soweit dem Privaten durch die Verfahrensrechtsverletzung ein Schaden entsteht. Dies wäre etwa der Fall, wenn er nachweisen kann, dass er sich nicht auf einen Prozess eingelassen hätte, wenn das vorgerichtliche Verwaltungsverfahren ordnungsgemäß geführt worden wäre und er auf Grund dessen die Aussichtslosigkeit seines Standpunkts erkannt hätte.¹⁴⁷ Entsprechendes sollte auch bei Verletzung vorgerichtlicher Verfahrenspflichten in Zusammenhang mit der Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche angenommen werden. Die Rechtsprechung lehnt es aber (zu Unrecht) generell ab, die Verletzung *öffentlich-rechtlicher* Vorgaben bei *privatrechtlichem* Verwaltungshandeln als Verletzung öffentlich-rechtlicher Amtspflichten i. S. der § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG anzuerkennen und behilft sich allenfalls mit einer „kreativen“ Auslegung privatrechtlicher Haftungstatbestände unter „Uminterpretation“ öffentlich-rechtlicher Pflichten in privatrechtliche Sorgfaltspflichtanforderungen, um zu einer Haftung zu kommen. Dies ist allerdings ein generelles Problem einer wenig überzeugenden Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht zu den Haftungsfolgen öffentlich-rechtlicher Pflichtverletzungen bei privatrechtlichem Verwaltungshandeln. Es kann nicht nur punktuell in Bezug auf Verfahrenspflichtverletzungen bei auf Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche gerichteten vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren angegangen, sondern müsste grundsätzlich gelöst werden. Dies kann hier nicht geleistet werden.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Siehe hierzu oben im Text vor Fn. 137.

¹⁴⁷ Siehe für Staatshaftungsansprüche bei Missachtung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften *U. Stelkens* (Fn. 32), S. 1082 f. (m. w. N.).

¹⁴⁸ Allgemein hierzu *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 1045 ff.

2. Auswirkungen fehlerhafter vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren auf die Zulässigkeit behördlicher Klagen

Erhebt die Behörde eine Klage, ohne zuvor ein vorgerichtliches Verwaltungsverfahren durchgeführt zu haben, könnte zunächst versucht werden, einen Anspruch des Beklagten auf Klagerücknahme zu konstruieren. Tatsächlich wurde in verschiedenen, allerdings sehr speziellen Konstellationen bereits angenommen, im Falle der ermessensfehlerhaften Klageerhebung (oder der behördlichen Stellung eines sonstigen Sachantrags) könne ein (seinerseits gerichtlich [ggf. in einem anderen Verfahren] durchsetzbarer) Anspruch des Beklagten (Antragsgegners) auf Rücknahme der Klage (des Antrags) bestehen.¹⁴⁹ Ein solcher Klagerücknahmeanspruch würde jedoch letztlich der Schutzfunktion der verletzten Verfahrensrechte zuwider laufen. Sollen die vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrensrechte u. a. dazu dienen, den Privaten von der Kosten und Mühen unnötiger gerichtlicher Auseinandersetzungen mit dem Verwaltungsträger zu bewahren,¹⁵⁰ kann die Eröffnung weiterer Verfahren, die von dem bereits behördlich eingeleiteten Gerichtsverfahren unabhängig durchzuführen sind, kaum eine angemessene Reaktion auf die Verletzung dieser Verfahrensrechte sein.

Bei fehlerhafter Ausübung des *Klageerhebungsermessens* durch die Behörde¹⁵¹ liegt es allerdings nahe, Ermessensfehlern im Rahmen des *Rechtsschutzbedürfnisses* Rechnung zu tragen, so dass im Falle ermessensfehlerhafter Klageerhebung die Klage als unzulässig abgewiesen werden könnte. Dies würde sich nicht nur sinnvoll in die zivilprozessuale Dogmatik einpassen lassen (wie an anderer Stelle ausführlich ausgeführt worden ist¹⁵²), sondern auch in

¹⁴⁹ Siehe etwa zu Klagen auf Rücknahme behördlich gestellter Insolvenzanträge: FG Berlin, Urt. v. 21.9.2004 – 7 K 7182/04, DStRE 2006, 175 f.; FG Saarland, Urt. v. 21.1.2004 – 1 K 67/603, EFG 2004, 759. Für Klage auf Rücknahme einer Vaterschaftsanfechtungsklage durch das Jugendamt: VGH Kassel, Beschl. v. 17.6.2009 – 7 D 1536/09, NJW 2010, 168 f.; allgemein zu dieser Konstruktion *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 1084.

¹⁵⁰ Siehe hierzu oben bei III.

¹⁵¹ Siehe hierzu und den insoweit bestehenden Ermessensbindungen im Text bei und nach Fn. 85.

¹⁵² Ausführlich hierzu *U. Stelkens* (Fn. 1), S. 1084 ff. sowie S. 1089 f. Siehe hierzu etwa auch BGH, Urt. v. 26.05.1972 – I ZR 8/71, GRUR 1972, 607 (wo die Zuständigkeit einer Steuerberaterkammer zur Durchführung eines Wettbewerbsprozesses als Frage des Rechtsschutzbedürfnisses behandelt wird).

die des Verwaltungsprozessrechts.¹⁵³ Da das Rechtsschutzbedürfnis als Prozessvoraussetzung erst zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der jeweils entscheidenden Gerichtsstanz vorliegen muss,¹⁵⁴ wird eine bloß *verfahrensfehlerhaft* zu Stande gekommene Ermessensentscheidung über die Klageerhebung jedoch für sich allein kaum zur Unzulässigkeit der Klage führen: Die Behörde könnte diese Ermessensentscheidung insgesamt bis zum Abschluss der gerichtlichen Verhandlung vollständig – unter Berücksichtigung des gerichtlichen Vorbringens des Beklagten – nachholen und (auch im Verwaltungsprozess) nicht nur i. S. des § 114 Abs. 1 Satz 2 VwGO ergänzen. Allerdings erlauben fehlende Ausführungen in der Klageschrift zur Begründung des „Klageerhebungsermessens“ (analog § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG)¹⁵⁵ dem Gericht, auf einen materiellen Ermessensausfall zu schließen, der das Rechtsschutzbedürfnis entfallen lassen kann.¹⁵⁶

3. Auswirkungen fehlerhafter vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren auf die Rechtsstellung des Verwaltungsträgers im Prozess

Die meisten Verfahrensfehler vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren werden sich allerdings darauf beziehen, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs nicht ordnungsgemäß geprüft, insbesondere der Sachverhalt nicht entsprechend den Vorgaben der (analog anzuwendenden) § 24 und § 26 Abs. 1 VwVfG festgestellt wurde und Verfahrens- und Mitwirkungsrechte der Beteiligten (insbesondere nach § 26 Abs. 2, § 28 Abs. 1, § 29 VwVfG analog) im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren nicht berücksichtigt wurden. Auch hier ist es so, dass der Schutzfunktion dieser vorgerichtlichen Verfahrensrechte letztlich nur Rechnung getragen werden kann, wenn

¹⁵³ Dies zeigt insbesondere die Behandlung der Fälle, in denen das Rechtsschutzbedürfnis für eine behördliche Leistungsklage mit dem Argument bestritten wird, der Behörde stehe mit der Möglichkeit, einen Verwaltungsakt zu erlassen, ein einfacherer und billigerer Weg zur Anspruchsdurchsetzung zur Verfügung (siehe hierzu *D. Ehlers*, in: Schoch/Schneider/Bier [Fn. 101], Vorbem zu § 40 Rn. 84 ff. [m.w.N.]).

¹⁵⁴ *D. Ehlers*, in: Schoch/Schneider/Bier [Fn. 101], Vorbem zu § 40 Rn. 19 f.; *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald* (Fn. 3), § 94 Rn. 40.

¹⁵⁵ Siehe hierzu im Text bei Fn. 118.

¹⁵⁶ Siehe zur Indizwirkung fehlender Ermessensbegründung für einen materiellen Ermessensausfall: BVerwG, Urt. vom 5.9.2006 – 1 C 20/05, NVwZ 2007, 470 (Rz. 18 ff.); *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 39 Rn. 28 f.

ihre Verletzung nicht zu einer „Neueröffnung“ des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens führt.¹⁵⁷ Die Lösung kann nur darin bestehen, dass Verfahrensfehler im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren nachteilige Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Verwaltungsträgers im Prozess haben.

In Zusammenhang mit den gerichtlichen Kostenentscheidungen kann etwa bei der Anwendung der § 96 ZPO oder des § 155 Abs. 4 VwGO angenommen werden, dass Mehrkosten im Gerichtsverfahren, die dadurch entstehen, dass keine ordnungsgemäße Sachverhaltsaufklärung bereits im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren durchgeführt wurde, Kosten sind, die auch beim Obsiegen des Verwaltungsträgers diesem aufzuerlegen sind, weil sie auf dessen „Verschulden“ zurück zu führen sind. Umgekehrt wird man den Rechtsgedanken des § 45 Abs. 3 VwVfG entnehmen können, dass Kosten, die der private Beklagte verursacht, weil die Behörde ihre Entscheidungen nicht ordnungsgemäß begründet hat oder eine erforderliche Anhörung versäumt hat, keine im Sinne des § 96 ZPO oder des § 155 Abs. 4 VwGO von dem privaten Beklagten „verschuldeten“ Kosten sind (diese dem Beklagten also auch nicht ausnahmsweise im Falle seines Obsiegens auferlegt werden können). Ebenso kann nach § 93 ZPO und § 156 VwGO angenommen werden, dass der private Beklagte nicht schon dann Anlass zur Klage eines Verwaltungsträgers gegeben hat, wenn er die Klageforderung im Vorfeld des Prozesses zwar bestritten hat, jedoch kein ordnungsgemäßes vorgerichtliches Verwaltungsverfahren durchgeführt worden ist. Erledigt sich der Prozess in der Hauptsache, wäre bei der gerichtlichen Ermessensentscheidung über die Kosten nach § 91a Abs. 2 ZPO, § 161 Abs. 2 VwGO ebenfalls als „Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes“ dem Umstand Rechnung zu tragen, ob und inwieweit die Fehlerhaftigkeit des vorgerichtlichen Verwaltungsverfahrens dazu beigetragen hat, dass es überhaupt zu einem Rechtsstreit gekommen ist.

Verfahrensfehler im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren können sich aber vor allem auch auf der Ebene der Darlegungs- und Substantiierungslasten im Zivilprozess, der richterlichen Überzeugungsbildung im Zivil- (vgl. § 286 Abs. 1 ZPO) und Verwaltungsprozess (vgl. § 108 Abs. 1 VwGO) und schließlich bei der Frage auswirken, inwieweit eine behördliche Unterlassung der Sachverhaltsfeststellungen im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren u. U. zu einer Umkehr der materiellen Beweislast führen kann, weil dies entweder als Beweisvereitelung oder als Verletzung bestehender „Befundsicherungs- und

¹⁵⁷ Siehe im Text bei Fn. 150.

Dokumentationspflichten“ anzusehen ist.¹⁵⁸ Insoweit ist etwa generell anerkannt, dass es bei nicht ordnungsgemäßer behördlicher Aktenführung zu einer Umkehr der Beweislast kommen kann.¹⁵⁹ Konkret können sich daher Verfahrensfehler im vorgerichtlichen Verwaltungsverfahren zu Gunsten des Privaten auf der Ebene der Begründetheit der schließlich erhobenen Klage auswirken. Insoweit bestätigt sich, dass (auch) vorgerichtliche Verwaltungsverfahren vor allem der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen.¹⁶⁰ Dies hat insbesondere den Vorteil, dass den besonderen Problemen der Beteiligung der Verwaltung im Zivilprozess nicht durch Schaffung eines im Ergebnis sehr unbestimmten „Verwaltungsprozessrechts“¹⁶¹ begegnet wird, sondern eben auf der Ebene des materiellen Rechts.

VI. Fazit

Die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder regeln das deutsche Verwaltungsverfahrenrecht nicht abschließend, sondern lassen Raum für die Entwicklung ungeschriebenen Verwaltungsverfahrenrechts für behördliche Entscheidungsprozesse, die von ihnen nicht erfasst werden, weil deren verfahrensrechtliche „Einhegung“ in den 1960er und 1970er Jahren noch nicht für möglich oder notwendig erachtet worden ist. Die Anerkennung des Vorliegens einer Regelungslücke bezüglich vorgerichtlicher Verwaltungsverfahren und deren Schließung durch eine analoge Anwendung passender Bestimmungen der für den jeweiligen Verwaltungszweig geltenden Verwaltungsverfahrensgesetze (bis ins Detail) ist nur ein Beispiel hierfür. Dabei ist zu betonen, dass eine solche Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts nicht allein der Verwirklichung von „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ und der Rechtsschutzinteressen der Bürger dient. Eine klare („handfeste“) Struk-

¹⁵⁸ Vgl. zur Beweislastumkehr bei Beweisvereitelung und bei Verletzung vorprozessualer Dokumentationspflichten: *M. Dawin*, in: Schoch/Schneider/Bier (Fn. 101), Vorbem. zu § 40 Rn. 19 f.; *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald* (Fn. 3), § 116 Rn. 17 ff.

¹⁵⁹ *D. Kallerhoff/T. Mayen*, in: Stelkens/Bonk/Sachs/Schmitz (Fn. 14), § 29 Rn. 32; allgemein hierzu etwa OVG Greifswald, Beschl. v. 22. 12. 2000 – 2 L 38/99, NVwZ 2002, 104 (106 ff.).

¹⁶⁰ Siehe oben bei Fn. 27.

¹⁶¹ Vgl. zum „Verwaltungsprozessrecht“ *D. Scholz* (Fn. 91), S. 183 ff.; siehe hierzu die Kritik in der Buchbesprechung von *U. Stelkens*, *Die Verwaltung* 48 (2015), S. 299 (301 f.).

turierung der Entscheidungsprozesse der Verwaltung durch verbindliche Verfahrensregeln dient vor allem auch der Arbeitserleichterung der Behörde,¹⁶² weil sie sicherstellt, dass keine relevanten Gesichtspunkte übersehen werden, unsachliche Einflussnahmen seitens der Politik transparent werden können (und damit letztlich unterbleiben) und auch die Beachtung der haushaltsrechtlichen Vorgaben gewährleistet wird. Dies kann dem für die Durchführung dieser Verfahren zuständigen Amtswalter insbesondere auch bei hohen Streitwerten und trotz der für vorgerichtliche Verwaltungsverfahren „typischen Atypik“ der zu treffenden Entscheidungen¹⁶³ die Sorge vor den Risiken einer persönlichen Regresspflicht für Entscheidungen nehmen, die sich im Nachhinein als materiellrechtlich fehlerhaft herausstellen.¹⁶⁴

¹⁶² Siehe hierzu oben im Text bei Fn. 52.

¹⁶³ Siehe hierzu oben im Text vor Fn. 58.

¹⁶⁴ Siehe hierzu oben im Text vor Fn. 137.

Die Dogmatik der Bestandskraft von Verwaltungsakten auf dem Prüfstand

Ulrich Ramsauer

I. Einführung

1. Die Bestandskraft als Rechtsfigur des deutschen Verwaltungsrechts

Die Bestandskraft von Verwaltungsakten gehört zu den Grundpfeilern des deutschen Verwaltungsrechts. Aus dem Gedanken der Rechtskraft entwickelt,¹ hat sie die Praxis der Verwaltung seit dem 19. Jahrhundert geprägt. Obwohl Art und Umfang der Bestandskraft als solche keine positiv-rechtliche Regelung gefunden haben (sieht man einmal von der Überschrift über dem 2. Abschnitt des Dritten Teils des Verwaltungsverfahrensgesetzes ab),² spielt sie auch in der Praxis der modernen deutschen Verwaltung immer noch eine ganz wesentliche Rolle. Gemeinhin wird zwischen der formellen und der materiellen Bestandskraft unterschieden.³ Die formelle Bestandskraft tritt ein, wenn ein Verwaltungsakt nicht mehr mit regulären Rechtsbehelfen (Widerspruch und/oder Klage) angegriffen werden kann.⁴ Die nach den Regeln des Prozessrechts eintretende Unanfechtbarkeit findet ihre verwaltungsrechtliche Entsprechung in dem Begriff der formellen Bestandskraft. Die materielle Bestandskraft ist dagegen Ausdruck der spezifischen Bindungswirkung von Verwaltungsakten und bedeutet in ihrem Kern, dass die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts (§ 43 VwVfG) nicht davon abhängt, ob der Verwaltungsakt formelle oder materielle Fehler aufweist, solange die Fehlerhaftigkeit nicht zu

¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, § 10 Rn 14; *Wolf/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht Bd. I, 13. Aufl., 2017, § 50 Rn 7: Parallelbegriff.

² Gleiches gilt für die Überschrift über §§ 39 ff. SGB X.

³ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl., 2019, § 43 Rn 29 ff.; *Leisner-Egensperger*, in: *Mann/Sennekamp/Uechtritz*, VwVfG, 2. Aufl., 2019, § 43 Rn 16.

⁴ Allg. Meinung, vgl. nur BVerfGE 60, 269; BVerwG DVBl 1980; DÖV 1982, 941; VGH Kassel, NJW 1981, 2315; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2015, § 10 Rn 16; *Schenke*, DÖV 1983, 321; *Martens*, NVwZ 1985, 158; *Ipsen*, Vw 1984, 168.

seiner Nichtigkeit (§ 44 VwVfG) führt.⁵ Die im Verwaltungsakt getroffene Regelung hat also unabhängig von der materiellen Rechtslage „Bestand“, soweit der Verwaltungsakt nicht nichtig ist und solange er nicht aufgehoben wird oder sich anderweitig erledigt.⁶

In dem mit „Bestandskraft von Verwaltungsakten“ überschriebenen Abschnitt des Verwaltungsverfahrensgesetzes finden sich nach den §§ 43 – 47 VwVfG allerdings auch Vorschriften, welche die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte, den Widerruf von Verwaltungsakten sowie das Wiederaufgreifen des Verfahrens regeln (§§ 48 ff. VwVfG). Sie betreffen die Bestandskraft von Verwaltungsakten insofern, als sie Möglichkeiten eröffnen, die Wirksamkeit eines Verwaltungsakts zu beenden und damit seinen weiteren Bestand aufzuheben. Wohl auch deshalb werden die §§ 48 ff. VwVfG als Teil der Bestandskraftregelungen angesehen. Diese Vorschriften enthalten im Interesse der jeweils Betroffenen aber auch Elemente eines Bestands- und Vertrauensschutzes. Insoweit könnte man auch die Meinung vertreten, es gehe nur um „Bestandsschutz“, nicht um „Bestandskraft.“⁷ Das gilt insbesondere insofern, als die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte (vgl. die Definition in § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG) wegen nachträglich eingetretener Umstände eingeschränkt wird, aber auch darüber hinaus.⁸

2. Bestandskraft in Zeiten der Europäisierung des Verwaltungsrechts

Die Einflüsse des Unionsrechts auf die deutsche Rechtsordnung machen auch vor dem Verwaltungsrecht nicht Halt. Für die Europäische Union, als Rechtsgemeinschaft entstanden, ist die Übereinstimmung der von der Verwaltung getroffenen Regelungen mit dem einschlägigen materiellen Recht von erheblicher Bedeutung; die praktischen Aspekte der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, die der Bestandskraft zugrunde liegen,⁹ wiegen dagegen nicht

⁵ Ungenau ist es, wenn es heißt, die materielle Bestandskraft setze die formelle voraus, weil die rechtliche Unabhängigkeit des Verwaltungsakts von der materiellen Rechtslage Unanfechtbarkeit nicht voraussetzt (zutreffend StBS).

⁶ BVerfGE 60, 269 f.; 32, 308; *Menger*, VerwArch 1975, 88; *Kopp*, DVBl 1983, 393; *Rößler*, NJW 1986, 972.

⁷ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl., 2018, § 43 Rn 102.

⁸ Zum Streit um die Bedeutung des Bestands- bzw. Vertrauensschutzes im Rahmen des Ermessens *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl., 2019, § 48 Rn 135 ff.

⁹ BVerfGE 60, 269 f.; *Menger*, VerwArch 1975, 88; *Kopp*, DVBl 1983, 393.

vergleichbar schwer. Bestandskraftwirkungen von Verwaltungsakten können der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts im Wege stehen. In einer ganzen Reihe von Fällen hat der EuGH eine Durchbrechung der Bestandskraftwirkungen von Verwaltungsakten verlangt, um eine effektive Durch- und Umsetzung des Unionsrechts i.S. der effet-utile-Doktrin sicherzustellen.¹⁰ Die Entscheidungen betrafen nicht nur Fälle anfänglicher Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten, sondern auch Fälle, in denen der Widerspruch zu Bestimmungen des Unionsrechts erst zu einem späteren Zeitpunkt eintrat. Die Judikatur hat zu einer gewissen Rechtsunsicherheit geführt, weil sie nur begrenzt systembildend war und Einzelfälle betraf.¹¹ Mit dem Umweltschadensgesetz¹² hat der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung von Vorgaben der Umwelthaftungsrichtlinie¹³ im Jahre 2007 für den Bereich des Umweltrechts erstmals Regelungen getroffen, mit denen die Bestandskraft von Genehmigungen im Bereich des Umweltrechts substantiell eingeschränkt wird. Anfänglich schienen die Auswirkungen der neuen Regelungen eher überschaubar zu bleiben; inzwischen sind zum Umweltschadensrecht bereits einige Entscheidungen ergangen, welche die praktische Reichweite erahnen lassen.¹⁴

Eine aktuelle Entscheidung des OVG Hamburg¹⁵ befasst sich zwar nicht unmittelbar mit den Einschränkungen des Bestandsschutzes durch das Umweltschadensgesetz; der spektakuläre Fall eignet sich aber besonders gut dafür, daran die Bedeutung der Bestandskraft und ihrer Einschränkungen durch das

¹⁰ EuGH, Urt. v. 2.2.1989 – Rs. 94/87 – EuZW 1990, 387; Urt. v. 20.3.1997 – C 24/95 – DVBl 1997, 951 – Alcan; BVerwG, Urt. v. 23.4.1998 – 3 C 13.97 – BVerwGE 106, 328 = DVBl 1999, 44 – Alcan II – § 48 VwVfG; *Stüer/Rieder*, EurUP 2004, 13; *Stüer/Spreen* VerwArch. 1/2005; Urt. v. 14.1.2010 – C-226/98 - Slg 2010, I-131 = DVBl 2010, 242, *Stüer*, DVBl 2010, 245, *Gärditz*, DVBl 2010, 247, *Stüer*, DVBl 2014, 1276 – Emsvertiefung; Urt. v. 14.1.2016 – C-399/14 – DVBl 2016, 566 m. Anm. *Stüer/Stüer* 571 - Dresdener Waldschlösschenbrücke.

¹¹ BVerfG, NVwZ 2012, 1033; ausführlich v *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 546 ff.

¹² Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz – USchadG) v 10.5.2007 (BGBl. I S. 666) zuletzt geändert durch G v. 4.8.2016 (BGBl. I S. 1972).

¹³ Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (ABl. L 143 S. 56).

¹⁴ OVG Schleswig, Urteil v 4.2.2016 – 1 LB 2/13 (Trauerseeschwalbe) – NuR 2016, 572-580.

¹⁵ OVG Hamburg, Urteil vom 8. April 2019 – 1 Bf 200/15 – NordÖR 2019, 407.

Umweltschadensrecht deutlich werden zu lassen. Der Fall wirft zwar eine ganze Reihe spezifisch umweltrechtlicher Fragen auf; im Rahmen der vorliegenden Thematik soll aber der Schwerpunkt auf Fragen der Bestandskraft liegen. Den umweltrechtlichen Fragen, die der Fall aufwirft, soll dagegen nicht weiter nachgegangen werden. Das Fachrecht in Deutschland regelt die Reichweite der Bestandskraft von Zulassungsentscheidungen jeweils fachspezifisch zwar sehr unterschiedlich; allgemein lässt sich aber feststellen, dass die Bestandskraft von Verwaltungsakten nach wie vor die Grundlage bildet.

3. Ein spektakulärer Beispielfall

Im Jahre 2002 genehmigte das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) die Errichtung und Betrieb eines Windparks mit 80 Windenergieanlagen (WEA) in der Nordsee etwa 35 km westlich der Insel Sylt. Das Gebiet befindet sich vollständig in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ). Die Genehmigung wurde auf der Grundlage der Seeanlagenverordnung in ihrer seinerzeit geltenden Fassung (SeeAnIV a.F.)¹⁶ erteilt. Später wurde die Seeanlagenverordnung mehrmals novelliert¹⁷ und schließlich durch das derzeit geltende Windenergie-auf-See-Gesetz (WindSeeG)¹⁸ ersetzt. Maßgeblich bleibt für die 2002 genehmigte Anlage die Seeanlagenverordnung.¹⁹

Die Frist für die Ausnutzung der Genehmigung wurde mehrmals verlängert, weil sich die Errichtung des Windparks nicht zuletzt infolge diverser Probleme bei der Umsetzung länger hinzog. Der Windpark wurde infolge diverser technischer Verzögerungen erst im Jahr 2013 mit einem Kostenaufwand von 1,3 Mrd Euro fertig gestellt und in Betrieb genommen. Er ist an das Landstromnetz angebunden und liefert ca. 288 MW regenerativen Strom.

Der Windpark liegt im Hauptverbreitungsgebiet von Rastvogelarten, insbesondere der sog. Seetaucher (Sterntaucher und Prachtttaucher),²⁰ die in den

¹⁶ SeeAnIV v 23.1.1997 (BGBl. I S. 57), aufgehoben durch G v. 13.10.2016 (BGBl. I S. 2258).

¹⁷ Verordnung zur Neuregelung des Rechts der Zulassung von Seeanlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres v 15.1.2012 (BGBl. I S. 112); Zweite Verordnung zur Änderung der Seeanlagenverordnung v 29.8.2013 (BAnz AT 30.08.2013 V1)

¹⁸ Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See (Windenergie-auf-See-Gesetz – WindSeeG) v 13.10.2016 (BGBl. I S. 2258, 2310)

¹⁹ Vgl. § 77 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WindSeeG.

²⁰ Prachtttaucher (*Gavia arctica*), Sterntaucher (*Gavia stellata*)

Wintermonaten in diesem weniger tiefen Teil der Nordsee Station machen, bevor sie etwa im April in die arktischen Brutgebiete weiterziehen. Dieser Umstand war im Genehmigungsverfahren bekannt. Der Erteilung der Genehmigung gingen deshalb umfangreiche Untersuchungen und Überlegungen im Hinblick auf mögliche Auswirkungen des Vorhabens auf die Seetaucher voraus. Die Seetaucherproblematik spielte auch deshalb eine wichtige Rolle, weil das Hauptverbreitungsgebiet der Seetaucher zugleich als sog. faktisches Vogelschutzgebiet²¹ eingestuft werden musste. Nach intensiven Untersuchungen kam das BSH auf Grundlage der seinerzeit verfügbaren Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass der Windpark nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des faktischen Vogelschutzgebiets und der Seetaucherpopulation führen werde, weil die hierfür in Anspruch genommene Fläche weniger als 1 % der Verbreitungsfläche der Seetaucherpopulation betrage. Diese sog. 1 %-Grenze wird naturschutzfachlich gelegentlich herangezogen, um die Grenze der Erheblichkeit eines Habitatverlustes zu beschreiben. Es handelt sich dabei allerdings lediglich um einen sehr groben Maßstab, eine Art „Daumenregel“, die sich im Einzelfall naturschutzfachlich auch als unzutreffend herausstellen kann.²²

Bei der Ermittlung des voraussichtlichen Flächenverlustes für das Habitat der Seetaucher ging man seinerzeit zutreffend davon aus, dass das gesamte Gebiet des Windparks für das Habitat der Seetaucher verloren gehen würde, weil Seetaucher Gebiete mit Windenergieanlagen weiträumig meiden.²³ Welchen Abstand Seetaucher zu Windenergieanlagen einhalten würden, war seinerzeit noch nicht näher untersucht worden. Um „auf der sicheren Seite“ zu sein, ging das BSH für die Berechnung des Habitatverlustes von einem sog. Meide- oder Scheuchabstand von 2 km zu den Windenergieanlagen aus. Hieraus ergab sich rechnerisch ein Flächenverlust für das Habitat von ca. 100 qkm. Bei einem Gesamtverbreitungsgebiet der Seetaucher in der östlichen Nordsee von ca. 313.513 ha²⁴ errechnete sich hieraus ein Flächenverlust von weniger

²¹ Zum Begriff des faktischen Vogelschutzgebiets siehe BVerwG, Urteil v 31.1.2002 – 4 A 15/01 – DVBl 2002, 990.

²² Näher *Wahl/Garthe/Heinicke/Knief* u.a., Anwendung des internationalen 1%-Kriteriums für wandernde Wasservogelarten in Deutschland, siehe auch *Möckel*, in: *Schlacke GK-BNatschG*, § 34 Rn 114 ff.

²³ *Garthe, S.* (2003), Erfassung von Rastvögeln in der deutschen AWZ von Nord- und Ostsee. Abschlussbericht für das F+E-Vorhaben FKZ: 802 85 280 – K 1 (Bundesamt für Naturschutz).

²⁴ Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebietes „Östliche Deutsche Bucht“ v 15.9.2005 (BGBl I, 2782).

als 1 %. Hieraus ließ sich schlussfolgern, dass die Beeinträchtigung der Seetaucher durch den Windpark unterhalb der Erheblichkeitsschwelle bleiben würde.

Kurz vor der Inbetriebnahme des Windparks im Jahr 2014 stellte ein seinerzeit bei der Anfechtung der Zulassungsentscheidung mangels Klagebefugnis erfolglos gebliebener Umweltverband beim BSH einen Antrag auf behördliches Einschreiten gegen den Windpark mit dem Ziel einer Verhinderung der Fertigstellung und der Untersagung des Betriebs. Dabei stützte er sich u.a. auf das 2007 erlassene Umweltschadensgesetz, das für den Fall eines drohenden oder eingetretenen Umweltschadens die Möglichkeit eines Einschreitens vorsieht.

Zur Begründung verwies er auf neuere ornithologische Untersuchungen, die ergeben hätten, dass der Betrieb des Windparks entgegen den Annahmen aus dem Genehmigungsverfahren zu erheblichen Beeinträchtigungen der Seetaucherpopulation führe. Insbesondere sei das BSH von einem wesentlich zu geringen Meide- bzw. Scheuchabstand ausgegangen. Neuere Untersuchungen hätten gezeigt, dass der zutreffende Meide- oder Scheuchabstand ein Mehrfaches des zugrunde gelegten Abstands von 2 km betrage. Der Flächenverlust für die Seetaucher sei wegen des größeren Abstands wesentlich größer als seinerzeit angenommen und überschreite insbesondere auch die 1%-Grenze, die seinerzeit zugrunde gelegt worden sei. Bei weiterem Betrieb des Windparks drohe eine Gefahr für den Bestand der Population und damit für die Meeresumwelt. Mit dem Ziel, das BSH zum Erlass einer Untersagungsverfügung zu verpflichten, scheiterte der Umweltverband vor dem VG Hamburg ebenso wie vor dem OVG Hamburg. Der Rechtsstreit ist derzeit beim BVerwG anhängig.

II. Fachrechtliche Eingriffsgrundlagen

1. Verhältnis von Zulassung und fachrechtlichen Eingriffsgrundlagen

Für nachträgliche Eingriffe in einen aufgrund einer Zulassungsentscheidung genehmigten Bestand bedarf es einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage. Das einschlägige Fachrecht enthält zumeist nicht nur Regelungen über die Zulassung von Anlagen, sondern stellt auch Eingriffsgrundlagen zur Verfügung, mit denen in unterschiedlichem Umfang etwa Gefahren abgewendet, Störungen beseitigt oder Anpassungen von Anlagen an neue rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse verlangt werden können. Ein Beispiel hierfür bietet das Immissi-

onsschutzrecht, das in § 4 BImSchG für bestimmte Anlagen ein Genehmigungserfordernis aufstellt und in § 17 BImSchG die Grundlage für nachträgliche Anordnungen bereitstellt.

Die Reichweite der Legalisierungswirkung einer Zulassungsentscheidung ist grundsätzlich der im Verwaltungsakt getroffenen Regelung zu entnehmen. Sie kann nur im Rahmen des Regelungsgehalts der Genehmigung nach deren Gegenstand, Inhalt und Umfang eintreten.²⁵ In sachlicher Hinsicht haben Zulassungsentscheidungen typischerweise zwei unterschiedliche Regelungswirkungen: Sie erlauben erstens die Errichtung und den Betrieb der zugelassenen Anlage; zweitens enthalten sie die Feststellung, dass Errichtung und Betrieb im Zeitpunkt der Zulassung mit den im Zulassungsverfahren zu prüfenden rechtlichen Regelungen vereinbar sind (bzw. waren). Soweit diese Feststellung inhaltlich reicht und solange sie zeitlich anhält, darf dem Betrieb der Anlage nicht die Unvereinbarkeit mit dem materiellen Recht entgegengehalten werden. Welche materiell-rechtlichen Fragen in einem Genehmigungsverfahren geprüft werden müssen, ergibt sich regelmäßig aus der fachrechtlichen Genehmigungsregelung. Wenn also beispielsweise in einem vereinfachten Baugenehmigungsverfahren²⁶ keine Vorschriften des Immissionsschutzrechts zu prüfen sind, dann schützt die Baugenehmigung auch nicht gegen Maßnahmen zur Durchsetzung immissionsschutzrechtlicher Anforderungen.

2. Sperrwirkung der fachrechtlichen Zulassung

Die Bestandskraft einer Zulassungsentscheidung kann auch gegenüber fachrechtlichen Eingriffsgrundlagen eine Sperrwirkung entfalten mit der Folge, dass nachträgliche Anordnungen in Bezug auf die zugelassene Anlage nur getroffen werden dürfen, wenn zuvor oder zugleich die Zulassungsentscheidung ganz oder teilweise aufgehoben worden ist. Wie weit eine solche Sperrwirkung reicht, ist grundsätzlich eine Frage des Fachrechts. Dies zeigt sich wieder beispielhaft am Immissionsschutzrecht, das in § 17 Abs. 1 BImSchG vorsieht, dass gegenüber den Betreibern von nach § 10 BImSchG genehmigten Anlagen nachträgliche Anordnungen „zur Erfüllung der sich aus diesem Gesetz (BImSchG) ergebenden Pflichten“ nachträglich Anordnungen getroffen werden dürfen. Diese Pflichten, insbesondere die in § 5 Abs. 1 BImSchG genannten

²⁵ BVerwGE 151, 156 Rn. 44 unter Hinweis auf BVerwGE 125, 325 Rn. 31 und BVerwGE 55, 118, 123.

²⁶ Vgl. z.B. § 61 Abs. 2 HBauO.

Pflichten, sind in der Weise dynamisch ausgestaltet, dass sich aus dem Umstand, dass die Anforderungen im Zeitpunkt der Genehmigung erfüllt waren, für die Zukunft wenig²⁷ oder gar nichts hergeleitet werden kann. Demgegenüber bleiben die Möglichkeiten nachträglicher Eingriffe im Bauordnungsrecht deutlich dahinter zurück: Nach den § 76 Abs. 3 MBauO entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften kann die Bauordnungsbehörde die Anpassung bestehender baulicher Anlagen an bauordnungsrechtliche Vorschriften nur verlangen, wenn und soweit dies wegen einer Gefährdung der Sicherheit oder Gesundheit erforderlich ist.

Werden über diese fachrechtlich und ggfs. auch ordnungsrechtlich eröffneten Möglichkeiten hinaus weitergehende nachträgliche Anordnungen für erforderlich gehalten, so setzt dies eine nachträgliche Einschränkung oder Aufhebung der zugrunde liegenden Zulassungsentscheidung durch Rücknahme oder Widerruf voraus. Solange die Wirksamkeit der Zulassungsentscheidung nach § 43 VwVfG nämlich andauert, sperrt sie weitergehende Eingriffe in den zugelassenen Bestand der Anlage und seine zweckentsprechende Nutzung. Die Rechtsprechung hat es zwar zugelassen, eine Einschränkung oder Aufhebung der Zulassungsentscheidung zeitgleich und im Rahmen der Eingriffsentscheidung vorzunehmen; das ändert aber nichts daran, dass in diesen Fällen rechtlich zwei Regelungen getroffen werden, die nur uno actu zusammengefasst werden. Für beide Regelungen müssen die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.

3. Nachträgliche Anordnungen im Beispielfall

In dem oben beschriebenen Beispielfall ist also eine Eingriffsermächtigung erforderlich, wenn der weitere Betrieb des auf der Grundlage der erteilten Genehmigung errichteten und betriebenen Windparks nach Art und Umfang eingeschränkt oder von zusätzlichen Anforderungen abhängig gemacht werden soll, wie dies hier vom Kläger verlangt wurde. Das OVG Hamburg kam in seinem Urteil vom 8. April 2019²⁸ zunächst zu dem Ergebnis, dass sich der klagende Umweltverband nicht auf das Umweltschadensgesetz berufen könne,

²⁷ Gewisse Einschränkungen ergeben sich aus § 17 Abs. 2 BImSchG.

²⁸ OVG Hamburg, Urteil v 8.4.2019 – 1 Bf 200/15, UPR 2019, 359.

weil das Gesetz einem Umweltverband keine Verbandsklagebefugnis im Hinblick auf die Durchsetzung von Gefahrenabwehrmaßnahmen²⁹ eröffne³⁰ und prüfte sein Begehren deshalb allein am Maßstab des auf die Anlage noch anwendbaren § 16 Abs. 3 SeeAnlG. Diese Vorschrift erlaube indes nicht die Untersagung des weiteren Betriebs, weil insoweit die Legalisierungswirkung der seinerzeit erteilten Genehmigung entgegenstehe. Ohne vorherige Aufhebung der Genehmigung komme eine Untersagung auf der Grundlage von § 16 Abs. 3 SeeAnlV nicht in Betracht. Damit ist im Beispielsfall die Frage nach der Sperrwirkung der seinerzeit erteilten Genehmigung aufgeworfen. Die vom OVG Hamburg geprüfte Eingriffsnorm lautet:

(3) Führt eine Anlage, ihre Errichtung oder ihr Betrieb zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder einer Gefahr für die Meeresumwelt oder einer Beeinträchtigung militärischer oder sonstiger überwiegender öffentlicher Belange, kann das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie die Errichtung oder den Betrieb ganz oder teilweise bis zur Herstellung des ordnungsgemäßen Zustands untersagen, soweit sich die Beeinträchtigung nicht auf andere Weise abwenden lässt oder die Einstellung der Errichtung oder des Betriebs zur Aufklärung der Ursachen der Beeinträchtigung oder der Gefahr unerlässlich ist. Kann die Beeinträchtigung oder Gefahr nicht auf andere Weise abgewehrt werden, kann das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie die Beseitigung der Anlage anordnen.

Das OVG Hamburg gelangte zu dem Ergebnis, dass diese Vorschrift nicht zu einer Untersagung des Betriebs ermächtige, weil die Bestandskraft der Genehmigungsentscheidung insoweit eine Sperrwirkung entfalte. Gefahren, die bereits im Rahmen des Genehmigungsverfahrens zu prüfen gewesen seien, könnten eine nachträgliche Untersagung auf der Grundlage des § 16 Abs. 3 SeeAnlG nicht rechtfertigen. Die Vorschrift solle lediglich sicherstellen, dass eingeschritten werden könne, wenn nachträglich Gründe eintreten, die auch eine Versagung der Genehmigung rechtfertigen könnten. Da im Rahmen der Genehmigung des Windparks die Gefahr für die Meeresumwelt umfangreich

²⁹ Die Durchsetzung von Sanierungsmaßnahmen war vom Gericht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit nicht zu prüfen.

³⁰ Ob das Umweltschadengesetz im Einklang mit der Umwelthaftungs-RL eine Beschränkung der Verbandsklagebefugnis auf Sanierungsmaßnahmen enthält, ist u.a. Gegenstand des anhängigen Revisionsverfahrens.

untersucht und verneint worden war, könne dies Ergebnis nicht über die Eingriffsnorm revidiert werden. Wörtlich heißt es im Urteil:

„§ 16 Abs. 3 SeeAnIV ist dagegen nicht so auszulegen, dass er der Genehmigungsbehörde jederzeit die erneute Prüfung einer bestimmten bereits in der Genehmigung behandelten Gefahr für die Meeresumwelt eröffnet und auf dieser Grundlage eine Untersagung des genehmigten Betriebs ... ermöglicht.“

In diesen Fällen erfordere der Eingriff zunächst oder zugleich eine nachträgliche Rücknahme oder einen Widerruf der Genehmigung in dem erforderlichen Umfang. Damit befindet sich das Gericht in guter Gesellschaft: So hat der BGH für einen vergleichbaren Fall entschieden, dass zunächst die Legalisierungswirkung der Genehmigung durch deren Einschränkung oder Aufhebung beseitigt werden müsse, bevor ein ordnungsrechtliches Einschreiten zulässig sei.³¹ Hierfür sind wiederum die Vorschriften in §§ 48, 49 VwVfG zu prüfen. Diese Position hat gute Gründe für sich. Sicherlich soll die Eingriffsgrundlage in § 16 Abs. 3 SeeAnIV nicht die Möglichkeit eröffnen, die Genehmigung und die ihr zugrunde liegenden Bewertungen jederzeit zu revidieren. Fraglich ist aber, wie weit hier die Legalisierungswirkung der Genehmigung nach § 2 ff. SeeAnIV a.F. reicht.

a) Bindungswirkung der Seeanlagengenehmigung

Maßgeblich ist insoweit die Regelungswirkung der erteilten Genehmigung, die ihrerseits vom Tenor der Entscheidung, dem Sachverhalt und der rechtlichen Entscheidungsgrundlage abhängt. Die Reichweite der tatsächlich durchgeführten Prüfung kann demgegenüber nicht maßgeblich sein, weil eine unzulängliche inhaltliche Prüfung durch die Behörde zwar die Rechtmäßigkeit der Entscheidung berühren kann, nicht aber ihre Bindungswirkung und damit auch nicht ihre Legalisierungswirkung. Für die Bindungswirkung kommt es hier auf § 3 SeeAnIV a.F. an. Darin heißt es:

„Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs oder die Meeresumwelt gefährdet wird, ohne dass dies durch eine Befristung, durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann.“

³¹ BGHZ 143, 362 (Legalisierungswirkung einer wasserrechtlichen Erlaubnis).

Weiter heißt es über die Pflichten des Betreibers der Anlage in § 13 SeeAnIV a.F. wörtlich:

„Der Betreiber hat sicherzustellen, dass während des Betriebs oder nach Betriebseinstellung keine Beeinträchtigungen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und keine Gefahren für die Meeresumwelt ausgehen.“

Gefahren für die Meeresumwelt waren demnach seinerzeit Gegenstand der Prüfung im Genehmigungsverfahren nach § 2 SeeAnIV a.F. und wurden tatsächlich auch geprüft. Wenn es nach § 13 SeeAnIV a.F. zu den laufenden Betreiberpflichten gehört, dass während des Betriebs keine Gefahren für die Meeresumwelt auftreten dürfen, dann spricht das systematische Verhältnis dieser beiden Vorschriften dafür, dass sich letztere Vorschrift nicht auf solche Gefahren beziehen soll, die bereits Gegenstand der Prüfung im Genehmigungsverfahren waren. Das würde eine Sperrwirkung der Genehmigung zur Folge haben. Es spricht in der Tat viel dafür, dass die Eingriffsnorm des § 16 Abs. 3 SeeAnIV solche Gefahren erfassen soll, die während des laufenden Betriebs entstehen, also nicht um Sachverhalte, die im Genehmigungsverfahren pflichtgemäß geprüft und dabei nicht als Gefahren für die Meeresumwelt eingestuft worden sind.

b) Sperrwirkung und Gefahrenbegriff

Aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht folgt nach allgemeiner Auffassung, dass auch zugelassene Anlagen keine Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auslösen dürfen. Wenn also etwa aus einer zugelassenen Anlage bestimmungswidrig Schadstoffe entweichen, die eine Gefahr für die Umwelt bedeuten können, dann besteht unzweifelhaft eine Möglichkeit, ja geradezu eine Pflicht zum Eingreifen, auch dann wenn die Sicherheit und Funktionsfähigkeit eines schadhafte Aggregats Gegenstand der Zulassungsprüfung war. Gleiches gilt, wenn eine bauordnungsrechtlich genehmigte bauliche Anlage infolge einer Baufälligkeit oder wegen eines besonderen Ereignisses (Explosion, Erdbeben usw.) einzustürzen droht. Etwas anderes muss indes gelten, wenn die Genehmigungsfähigkeit einer zugelassenen Anlage im Nachhinein anders – nämlich negativ – beurteilt wird. Wenn also etwa ein Wohnhaus im Außenbereich bauordnungsrechtlich zugelassen wird, obwohl dies nach den maßgeblichen Bestimmungen des Bauplanungsrechts unzulässig war. In solchen Fällen kann ein Einschreiten aus Gründen der Gefahrenabwehr nicht damit gerechtfertigt werden, die bauliche Anlage stelle eine Störung der

öffentlichen Sicherheit dar, weil sie rechtswidrig errichtet worden sei. Gleiches dürfte auch dann gelten, wenn die zugelassene bauliche Anlage zugleich einen Eingriff in Natur und Landschaft darstellt und im Zulassungsverfahren versäumt wurde, Vermeidungs- und Kompensationsmaßnahmen anzuordnen. In derartigen Fällen fehlt es schon an einer „Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit; der möglicherweise eingetretene Rechtsverstoß mag zwar ordnungsrechtlich eine Störung der öffentlichen Sicherheit darstellen; diese Störung ist aber durch die Zulassungsentscheidung eingriffsrechtlich nicht mehr relevant, solange die Zulassung besteht. Wird eine bauliche Anlage genehmigt, von der nach der Inbetriebnahme Immissionen ausgehen, so ist zu differenzieren: Im Anwendungsbereich des § 22 BImSchG sind schädliche Umwelteinwirkungen zu vermeiden, soweit sie nach dem Stand der Technik vermeidbar sind, unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen sind auf ein „Mindestmaß“ zu reduzieren. Für Anlagen, die nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigt werden, gelten die Betreiberpflichten des § 5 BImSchG mit den jeweils einschlägigen Konkretisierungen. In diesen Fällen sind die Zulassungsentscheidungen von vorneherein mit den immissionsschutzrechtlichen Betreiberpflichten gleichsam belastet. Die Zulassung erfolgt mit der Maßgabe, dass diese Pflichten eingehalten werden. Sie kann allerdings diese Pflichten allerdings auch thematisch aufnehmen und konkretisieren; in diesen Fällen erstreckt sich die Legalisierungswirkung auch auf diese Konkretisierungen.

In dem vom OVG Hamburg entschiedenen Seeanlagen-Fall stellt sich die Frage, ob der vom Kläger behauptete zusätzliche Habitatverlust, der aufgrund des Meideverhaltens der Seetaucherpopulation eingetreten sein soll, eine „Gefahr“ i.S. des § 16 Abs. 3 SeeAnlV darstellt, zu deren Abwehr ohne eine (zumindest teilweise) Aufhebung der Genehmigung eingeschritten werden könnte. Diese Frage dürfte zu verneinen sein: Es ist der zugelassene bestimmungsmäßige Betrieb des Windparks als solcher, der nach Auffassung der Kläger dazu führt, dass die Seetaucher das Gebiet um den Windpark weiterräumig meiden. Hätte man diese Wirkung von vorneherein vermeiden wollen, hätte man den Windpark gar nicht genehmigen dürfen. Es liegt auch keine „Gefahr“ i.S. der Vorschrift vor, weil der behauptete zusätzliche Lebensraumverlust nach dem Vorbringen der Kläger nicht (mehr) droht, sondern bereits eingetreten wäre. Dass der Verlust durch die Stilllegung des Windparks möglicherweise rückgängig gemacht werden könnte, ändert daran nichts. Ohne zumindest gleichzeitige Aufhebung der Zulassungsentscheidung könnte eine Betriebsuntersagung auf der Grundlage des § 16 Abs. 3 SeeAnlV deshalb nicht erfolgen.

III. Rücknahme und Widerruf als Grenzen der Bestandskraft

Das Verwaltungsverfahrensgesetz stellt für die Aufhebung von Verwaltungsakten die Rücknahme (§ 48 VwVfG) und den Widerruf (§ 49 VwVfG) zur Verfügung. Der außerdem mögliche Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 VwVfG kann hier außer Betracht bleiben. Er setzt einen Antrag „des Betroffenen“ voraus und stellt einen außerordentlichen Rechtsbehelf dar, mit dem die Bestandskraft von Verwaltungsakten in einem neuen Verwaltungsverfahren durchbrechen lässt.

Die Instrumente des Widerrufs und der Rücknahme sind im Fachrecht teilweise modifiziert, bleiben in ihren Grundzügen aber weitgehend gleich. In dem oben beschriebenen Beispielfall hatte das OVG Hamburg die Möglichkeit einer Rücknahme oder eines Widerrufs der seinerzeit erteilten Genehmigung nicht weiter untersucht, weil die Genehmigung nach dem Vorbringen des klagenden Umweltverbands gerade nicht angegriffen werden sollte. Die mit dieser Auslegung verbundenen Fragen mögen hier auf sich beruhen. Für die Bestandskraft-Thematik ist es dagegen von Interesse, ob die Möglichkeit einer Rücknahme oder eines Widerrufs der Genehmigung aus dem Jahre 2002 bestanden hätte bzw. bestünde, wenn sich in der Sache herausstellen sollte, dass der Habitatverlust für die Seetaucher tatsächlich wesentlich größer ist als seinerzeit angenommen wurde.

1. Rücknahme von Verwaltungsakten bei fehlgeschlagenen Prognosen?

Die Rücknahme von Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG setzt zunächst einmal voraus, dass der Verwaltungsakt von Anfang an, also schon bei seinem Erlass rechtswidrig war.³² Sodann wird hinsichtlich der Voraussetzungen danach differenziert, ob es um die Rücknahme eines begünstigenden oder eines belastenden Verwaltungsakts geht. Insoweit ist die Definition in § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG maßgeblich. Zulassungsentscheidungen sind danach stets begünstigende Verwaltungsakte, unabhängig davon, ob sie zugleich auch dritte Personen belasten. Weiter wird danach differenziert, ob der rechtswidrige Verwaltungsakt auf Geldleistungen gerichtet bzw. für Geldleistungen Voraussetzung ist oder eine sonstige Begünstigung enthält. Ist letzteres der Fall, so steht die Rücknahme des Verwaltungsakts im Ermessen der Verwaltung mit der Maßgabe, dass ein Entschädigungsanspruch besteht, wenn der Begünstigte auf

³² Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 48 Rn 42 f.

den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat und das Vertrauen schutzwürdig ist (§ 48 Abs. 6 VwVfG). Für das nach § 48 Abs. 3 VwVfG auszuübende Ermessen ist umstritten, ob der Aspekt schutzwürdigen Vertrauens zu den Zwecken gehört, die in der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sind.³³ Richtigerweise wird man das bejahen müssen.³⁴

a) Prognose der Wirkungen auf die Meeresumwelt

Eine Rücknahme der Genehmigung des Windparks auf der Grundlage des § 48 Abs. 3 VwVfG kommt nur in Betracht, wenn die Genehmigung von Anfang an rechtswidrig gewesen sein sollte. Wenn man für die hier zu erörternde Frage zugunsten des klagenden Umweltverbandes unterstellt, dass sich inzwischen tatsächlich herausgestellt hätte, dass – wie vom Umweltverband behauptet – der Meide- bzw. Scheuchabstand von Seetauchern nach neueren Erkenntnissen deutlich größer sei als seinerzeit zugrunde gelegt, könnte dies die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begründen, weil im Ergebnis zu Unrecht eine Beeinträchtigung der Meeresumwelt verneint worden sein könnte.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der fachlichen Beurteilung der Auswirkungen eines Windparks auf die Seetaucherpopulation um eine Prognoseentscheidung handelt. Belastbare Erkenntnisse über das Meideverhalten von Seetauchern gab es seinerzeit noch nicht und gibt es möglicherweise auch derzeit noch nicht. Deshalb beruhte die Annahme, der Windpark werde die Seetaucherpopulation nicht erheblich beeinträchtigen, auf einer Prognose des erwarteten Verhaltens der Seetaucher gegenüber Windenergieanlagen auf See. Prognosen sind nicht schon deshalb fehlerhaft, weil sie sich später als unzutreffend erweisen.

b) Fehlerhafte oder fehlgeschlagene Prognosen

In der verwaltungsrechtlichen Dogmatik wird zwischen fehlerhaften und fehlgeschlagenen Prognosen unterschieden.³⁵ Das trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Gesetz, das von der Verwaltung das Handeln auf der Grundlage von Prognosen verlangt, notgedrungen eine Prognoseunsicherheit zulässt, ohne

³³ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 48 Rn 135 ff.

³⁴ Das muss jedenfalls dann gelten, wenn das Interesse des Betroffenen nicht mit einer Geldentschädigung befriedigt werden kann.

³⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn 32 f.

daran ein Unrechtsurteil zu knüpfen, wenn die Entwicklung anders verläuft als prognostiziert.³⁶ Deshalb kommt es für Prognosen typischerweise nicht auf die Ergebnisrichtigkeit an. Eine fehlerhafte Prognose kann sich als zutreffend erweisen; umgekehrt kann sich eine fehlerfreie Prognose im Ergebnis als nicht zutreffend herausstellen. Sie ist dann zwar nicht fehlerhaft, aber fehlgeschlagen. Eine fehlgeschlagene Prognose ist nur dann geeignet, zu einer rechtswidrigen Entscheidung zu führen, wenn sie zugleich auch fehlerhaft ist. Das ist der Fall, wenn sie entweder auf einer unzutreffenden Prognosebasis oder auf einer ungeeigneten Prognosemethode beruht.³⁷ Prognosemethoden werden auf der Grundlage von Erfahrungswissen entwickelt; es handelt sich um Modellüberlegungen, wonach bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit bestimmte Entwicklungen zu erwarten sind. Komplexere Modellüberlegungen werden in Algorithmen mathematisiert. Insbesondere im Bereich natürlicher Phänomene (Wetter, Verkehr, Lärmausbreitung usw.) sind inzwischen hochkomplexe Prognosemodelle entwickelt worden.³⁸ Die Auswahl eines Prognosemodells ist grundsätzlich Sache der Verwaltung, die dabei aber den Stand von Wissenschaft und Technik berücksichtigen muss.³⁹ Von der Prognosemethode hängt ab, welche Informationen für eine fehlerfreie Prognose erforderlich sind. Dieses Tatsachenmaterial bildet die Prognosebasis. Es muss vollständig und zutreffend ermittelt sein. Insoweit gelten die allgemeinen Anforderungen an die Tatsachenermittlung (§§ 24, 26 VwVfG), sofern das Fachrecht nicht noch weitergehende Forderungen aufstellt (z.B. nach dem UVPG).

Für den Beispielsfall des Windparks ist davon auszugehen bzw. zu unterstellen, dass seinerzeit alle verfügbaren Informationen verarbeitet wurden und eine naturschutzfachlich geeignete Prognosemethode herangezogen worden ist. Deshalb wird man die Entscheidung nicht als rechtswidrig behandeln dürfen, auch wenn sie auf einer Prognose beruht, die sich im Ergebnis als nicht als zutreffend erweisen sollte. Dann aber kommt auch eine Rücknahme der Genehmigung auf der Grundlage des § 48 VwVfG nicht in Betracht.

³⁶ Hierzu *Schwabenauer/Kling*, VerwArch 2010, 231, 236, dem folgend *Ramsauer*, NordÖR 2019, 157, 163.

³⁷ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn 32a.

³⁸ *Sachs*, in: *Stelkens/Bon/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn 198 ff.; BVerwGE 82, 260, 265 (Verkehr).

³⁹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 40 Rn 32a; *Schönenbroicher*, in: *Mann/Senekamp/Uechtritz*, VwVfG, § 40 Rn 124.

2. Widerruf der Genehmigung

a) Grundzüge der Widerrufsregelungen

Ein Widerruf der Genehmigung nach § 49 VwVfG setzt voraus, dass ein Widerrufsgrund vorliegt. Auch in § 49 VwVfG wird zwischen dem Widerruf von Verwaltungsakten, die auf Geldleistungen gerichtet oder hierfür Voraussetzung sind, und sonstigen Verwaltungsakten unterschieden. Für den Widerruf von Zulassungsentscheidungen ist § 49 Abs. 2 VwVfG einschlägig. Die insoweit maßgeblichen Widerrufsgründe sind in § 49 Abs. 2 VwVfG abschließend aufgeführt. Sie enthalten, wie bereits oben dargelegt, auch Elemente des Bestandsschutzes bzw. des Vertrauensschutzes, die zudem ergänzt werden durch die Regelung in § 49 Abs. 6 VwVfG, wonach im Falle des Widerrufs nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 – 5 VwVfG der Vermögensnachteil zu entschädigen ist, der dem Begünstigten entsteht, weil er auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat, sofern sein Vertrauen schutzwürdig ist.

b) Widerruf im Beispielsfall

Als Widerrufsgrund kommt im oben geschilderten Beispielsfall nur § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ernsthaft in Betracht. Zwar hat es zwischenzeitlich auch Rechtsänderungen ergeben, die nach § 49 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG auch zu einem Widerrufsgrund führen können; dies gilt aber nur insoweit, als der Begünstigte von dem Verwaltungsakt, hier also von der Genehmigung nach § 2 SeeAnIV a.F. noch keinen Gebrauch gemacht hat. Auch der Widerrufsgrund nach § 49 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG kommt hier nicht ernsthaft in Betracht, weil die Hürde für schwere Nachteile für das Gemeinwohl sehr hoch ist.⁴⁰

aa) Nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG setzt der Widerruf zunächst voraus, dass die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. Sollten sich neuere Erkenntnisse bestätigen, wonach die Seetaucher einen deutlich größeren Abstand zu Windenergieanlagen halten, als seinerzeit bei Erteilung der Genehmigung angenommen, stellte sich die Frage, ob dies eine „nachträglich eingetretene Tatsache“ sein könnte. Da davon auszugehen ist, dass sich das grundsätzliche Meideverhalten der Seetaucher seit der Genehmigung im Jahre 2002 nicht geändert

⁴⁰ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 49 Rn 54; Ruffert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 25 Rn 15.

hat, handelt es sich im Grunde nicht um eine nachträglich eingetretene Tatsache. Vielmehr hätte sich dieser Sachverhalt erst zu einem späteren Zeitpunkt herausgestellt. Ob dies als Änderung der Sachlage i.S. des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG angesehen werden kann, ist zweifelhaft: Das bloße Bekanntwerden unverändert gebliebener Umstände reicht grundsätzlich nicht.⁴¹ Auch neue Bewertungen unveränderter Sachverhalte sind grundsätzlich nicht als nachträglich eingetretene Tatsachen anzusehen.⁴² Anders kann es nach der Rechtsprechung sein, wenn die Bewertung darauf beruht, dass inzwischen neue wissenschaftliche Erkenntnisse gewonnen wurden.⁴³ Es spricht einiges dafür, als „nachträglich eingetretene Tatsachen“ jedenfalls solche anzusehen, aus denen sich ergibt, dass sich die einem Verwaltungsakt zugrunde liegende fehlerfreie Prognose als unzutreffend, als „fehlgeschlagen“ erweist.

Sollte sich der Erhaltungszustand der lokalen Seetaucher-Population infolge des Betriebs des Windparks verschlechtert haben, könnte dies ebenfalls als eine nachträglich eingetretene Tatsache angesehen werden, welche die Widerrufsvoraussetzungen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG erfüllen könnte. Dies setzt aber nicht nur die Feststellung voraus, dass es zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustandes der lokalen Population tatsächlich gekommen ist, sondern auch, dass dies auf den Betrieb des Windparks zurückzuführen ist. Der behauptete größere Meideabstand der Seetaucher gegenüber Windenergieanlagen reicht für derartige Feststellungen sicher noch nicht aus.

bb) Als weitere Voraussetzung für einen Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ist zu prüfen, ob ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre. Nicht ausreichend hierfür ist, dass der Widerruf allgemein im öffentlichen Interesse liegt.⁴⁴ Es muss vielmehr eine Gefahr für wichtige Gemeinschaftsgüter vorliegen. Hierdurch soll im Interesse des Bestandsschutzes eine deutliche Hürde geschaffen werden. Eine Gefährdung des öffentlichen Interesses käme im Hinblick auf den unionsrechtlichen Schutz des Gebiets⁴⁵ und des ebenfalls unionsrechtlich gebotenen Schutzes der Seetaucherpopulation⁴⁶ in Betracht. Da es sich dabei nach der Rechtsprechung des EuGH um wichtige

⁴¹ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 49 Rn. 62 m.w.N.

⁴² *Suerbaum*, in: Mann/Sennekamp/Uechtitz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 49 Rn 88; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 49 Rn 64.

⁴³ So etwa BVerwGE 151, 81 (Flughafen Halle) Rn. 36.

⁴⁴ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 49 Rn. 48.

⁴⁵ Vgl. Art. 6 FFH-Richtlinie, umgesetzt durch § 34 BNatSchG.

⁴⁶ Vgl. Art. 12 ff. FFH-Richtlinie, umgesetzt durch §§ 44 BNatSchG

Umweltinteressen handelt, wird diese Voraussetzung gegeben sein, wenn das Habitat der Seetaucher und ihre lokale Population in ihrem Bestand gefährdet sein sollten. Gegenläufige Bestandsinteressen werden diese Umweltinteressen auf der Tatbestandsebene nicht kompensieren, sondern erst im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sein.

cc) Nach § 49 Abs. 2 VwVfG steht der Widerruf im Ermessen der zuständigen Behörde. Diese muss das Bestandsinteresse des Windparkbetreibers ebenso wie das öffentliche Interesse am weiteren Betrieb des Windparks gegen das naturschutzrechtliche Interesse am Habitat- und am Artenschutz abwägen. Letztere gehen nicht schon deshalb vor, weil der Schutz der Meeresumwelt und der Seetaucher als besonders geschützter Art unionsrechtlich geboten ist. Denn auch das Unionsrecht bzw. das unionsrechtlich geprägte nationale Naturschutzrecht sieht eine Abwägung vor, wenn es um Eingriffe in den Habitatschutz und den Artenschutz geht. Insoweit müssen die Abwägungsregelungen des § 34 Abs. 2 BNatSchG und des § 45 Abs. 7 BNatSchG berücksichtigt werden. Beide Abwägungsregeln erfordern die Prüfung, ob zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses einen Eingriff in die Seetaucherpopulation erfordern, weil es keine zumutbare Alternative gibt. Hier würde sich die Frage stellen, ob der Untersagung des weiteren Betriebs des Windparks zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses entgegenstehen.

Die privaten Interessen des Windparkbetreibers sind hierbei nicht zu berücksichtigen; sie werden im übrigen auch durch § 49 Abs. 6 VwVfG geschützt, wonach ein Entschädigungsanspruch besteht, wenn der betroffene Windparkbetreiber auf den Bestand der Genehmigung berechtigterweise vertraut hat. Öffentliche Interessen an einer Versorgung durch regenerative Energien spielen in Zeiten des Klimawandels und der Bemühungen um eine Energiewende eine wesentliche Rolle. Ob diese Interessen als „zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses“ einzustufen sind, ist ebenso offen wie die Frage, ob insoweit auf alternative Möglichkeiten der Erzeugung von regenerativer Energie verwiesen werden könnte. Diesen Fragen kann im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter nachgegangen werden. Sie würden erhebliche weitere Überlegungen im Bereich des Tatsächlichen voraussetzen.

IV. Rechtslage nach dem Umweltschadensgesetz

1. Grundzüge des Umweltschadensrechts

Das Umweltschadensgesetz⁴⁷ wurde 2007 erlassen. Es dient der Umsetzung der Umwelthaftungs-Richtlinie⁴⁸ in deutsches Recht und soll nur subsidiär gelten, soweit also Vorschriften des Fachrechts „die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden nicht näher bestimmen oder in ihren Anforderungen diesem Gesetz nicht entsprechen“. Wie auch sonst hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie auch hier darauf verzichtet, die Regelungen in die Systematik des deutschen Rechts einzupassen, weshalb es sich beim Umweltschadensgesetz um eine Art Hybridnorm handelt, deren Bestimmungen ursprünglich wohl zivilrechtlich konzipiert waren, tatsächlich aber heute öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Der Regelungsbereich des Gesetzes ist denkbar weit: Verpflichtet werden „Verantwortliche“, das sind Personen, die eine berufliche Tätigkeit ausüben (§ 2 Nr. 3 USchadG). Als solche werden sämtliche Tätigkeiten angesehen, die „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit, einer Geschäftstätigkeit oder eines Unternehmens ausgeübt ..., unabhängig davon, ob sie privat oder öffentlich und mit oder ohne Erwerbscharakter ausgeübt“ werden.⁴⁹ Für die Verantwortlichen sieht das Gesetz eine Informationspflicht (§ 4 USchadG), eine Gefahrenabwehrpflicht (§ 5 USchadG) und eine Sanierungspflicht (§ 6 USchadG) vor, zu deren Erfüllung nach §§ 7 ff. USchadG die zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen bestimmen und durchsetzen kann. Die Umweltverbände können von der zuständigen Behörde ein Tätigwerden verlangen, soweit es um die Pflicht zur Sanierung eines Umweltschadens nach §§ 6, 8 USchadG geht.⁵⁰

Was den sachlichen Anwendungsbereich anlangt, trifft das Umweltschadensgesetz in § 3 eine grundlegende Unterscheidung: Für bestimmte in der

⁴⁷ Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadensgesetz – USchadG) v 10.5.2007 (BGBl. I S. 666) zuletzt geändert durch G v. 4.8.2016 (BGBl. I S. 1972).

⁴⁸ Richtlinie 2004/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (ABl. L 143 S. 56).

⁴⁹ Das BVerwG hat die Frage, wie der Begriff der beruflichen Tätigkeit zu verstehen ist, dem EuGH vorgelegt (BVerwG NuR 2019, 326).

⁵⁰ Ob ein solches Recht auch im Hinblick auf Gefahrenabwehrmaßnahmen besteht, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt; das OVG Hamburg hat ein solches Recht zutreffend verneint.

Anlage 1 zum USchadG enumerativ aufgeführte besonders gefährliche „berufliche“ Tätigkeiten⁵¹ gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 USchadG der weite Umweltschadensbegriff des § 2 Nr. 1 USchadG, für alle übrigen beschränkt sich der Anwendungsbereich nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG auf Schädigungen von Arten und natürlichen Lebensräumen, „sofern der Verantwortliche vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat“.

2. Umweltschadensgesetz und Legalisierungswirkung

Die Pflichten des Verantwortlichen nach dem Umweltschadensgesetz bestehen grundsätzlich unabhängig davon, ob der Verursacher für seine Tätigkeit über eine Zulassung oder Genehmigung verfügt. Dies folgt aus dem in § 2 Nr. 3 USchadG bestimmten Begriff des Verantwortlichen. Eine unmittelbare Legalisierungswirkung für schadenbegründende berufliche Tätigkeiten kennt das Umweltschadensrecht mithin nicht. Für den „kleinen“ Anwendungsbereich des Umweltschadensgesetz nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG könnte es aber mittelbar Legalisierungswirkungen geben. Sie könnten zum einen aus dem Schadensbegriff des § 2 Nr. 1 lit. a) USchadG folgen, auf den in § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG für diejenigen Tätigkeiten verweist, die nicht in der Anlage 1 zu dem Gesetz enumerativ aufgezählt sind, zum anderen aus dem Umstand, dass das Gesetz nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 nur für diejenigen Schädigungen gilt, die der Verantwortliche „vorsätzlich oder fahrlässig“ verursacht hat.

a) Schadensbegriff nach § 2 Nr. 1 lit. a) USchadG i.V.m. § 19 BNatSchG

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG haftet der Verantwortliche nur für Schädigungen von Arten und natürlichen Lebensräumen iSd § 19 Abs. 2 und 3 BNatSchG. Zwar wird hier die Definition der Schädigung in § 19 Abs. 1 BNatSchG nicht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG besonders in Bezug genommen, der Schadensbegriff in § 2 Nr. 1 lit. a) nimmt aber die Einschränkung nicht vor. Da die Regelungen in § 19 Abs. 2 und 3 BNatSchG zudem auf dem Schadensbegriff des § 19 Abs. 1 BNatSchG aufbauen, ist die Definition auch für den Anwendungsbereich des Umweltschadensgesetzes nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG maßgeblich. In § 19 Abs. 1 BNatSchG findet sich eine Ausnahmeregelung, die auf eine – allerdings sehr begrenzte – Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen hindeutet. Hierzu heißt es in § 19 Abs. 1 BNatSchG:

⁵¹ Dabei geht es in erster Linie um den Betrieb von Anlagen i.S. der Industrie-Emissions-Richtlinie.

„(1) Eine Schädigung von Arten und natürlichen Lebensräumen im Sinne des Umweltschadensgesetzes ist jeder Schaden, der erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands dieser Lebensräume oder Arten hat. Abweichend von Satz 1 liegt keine Schädigung vor bei zuvor ermittelten nachteiligen Auswirkungen von Tätigkeiten einer verantwortlichen Person, die von der zuständigen Behörde nach den §§ 34, 35, 45 Absatz 7 oder § 67 Abs. 2 oder, wenn eine solche Prüfung nicht erforderlich ist, nach § 15 oder auf Grund der Aufstellung eines Bebauungsplans nach § 30 oder § 33 des Baugesetzbuches genehmigt wurden oder zulässig sind.“

Die begrenzte Legalisierungswirkung tritt hier „durch die Hintertür“ zutage, nämlich durch die Einschränkung des Schadensbegriffs. Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG werden nämlich Schädigungen nicht erfasst, wenn und soweit es sich um „zuvor ermittelte nachteilige Auswirkungen“ handelt, die „von der zuständigen Behörden nach den dort im einzelnen aufgeführten Vorschriften geprüft und genehmigt wurden oder zulässig sind“. Diese Voraussetzung wird in Rechtsprechung und Literatur derzeit sehr eng verstanden: Allgemein wird hier angenommen, dass eine Einschreiten nach dem Umweltschadensrecht nur dann ausscheidet, wenn die nachteiligen Auswirkungen tatsächlich gesehen und in der Entscheidung berücksichtigt wurden, wenn also die Behörde die Genehmigung in Kenntnis der Auswirkungen „sehenden Auges“ erteilt hat.⁵² Eine Fehleinschätzung der Wirkungen könnte danach die Legalisierungswirkung nicht auslösen, unabhängig davon, worauf sie beruht.

b) Das Verschuldenserfordernis des § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG

Eine weitere Legalisierungswirkung von Zulassungsentscheidungen könnte sich hinter dem Verschuldenserfordernis verbergen. Verschulden setzt nach deutschem Rechtsverständnis bekanntlich Rechtswidrigkeit voraus. Ein Verschulden kann nur einer Person vorgeworfen werden, die sich pflichtwidrig verhält. Wer sich pflichtwidrig verhält, muss ein Unrechtsurteil gegen sich gelten lassen.⁵³ An dieser könnte es fehlen, wenn der Verantwortliche bei seiner

⁵² John, in: Schlacke (Hrsg.), GK-BNatSchG, 2. Aufl. 2017, § 19 Rn 13.

⁵³ Zu dem Zusammenhang von Rechtswidrigkeit und Verschulden im Zivilrecht siehe nur § 276 BGB (der Schuldner hat ... zu vertreten) und § 823 BGB (die Handlung muss unerlaubt sein).

schadensbegründenden beruflichen Tätigkeit von einer bestandskräftigen Zulassungsentscheidung Gebrauch macht. Allerdings hat das BVerwG hierzu die Auffassung vertreten, das Verschulden i.S. des Umweltschadensgesetzes setze Rechtswidrigkeit nicht voraus.⁵⁴ Insbesondere die Gesetzessystematik und Entstehungsgeschichte der Umwelthaftungsrichtlinie deuteten darauf hin, dass das Umweltschadensgesetz hier von der allgemeinen Systematik des deutschen Haftungsrechts abweiche. Ob sich dieses Ergebnis nicht auch durch eine Einschränkung der Legalisierungswirkung von Verwaltungsakten hätte erreichen lassen, soll hier nicht weiter untersucht werden. Jedenfalls ergibt sich im Ergebnis, dass aus dem Verschuldenserfordernis in § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG keine Legalisierungswirkung hergeleitet werden kann. Allerdings geht das BVerwG davon aus, dass „ein Verantwortlicher, der schutzwürdig auf eine Genehmigung vertraut, bei einem von der Legalisierungswirkung umfassten Verhalten regelmäßig nicht fahrlässig handeln“ könne.⁵⁵ Auf diese Weise wird die Legalisierungswirkung einer Zulassung auf dem Umweg über das Verschuldenserfordernis doch wieder Bedeutung beigemessen.⁵⁶ Was dies für die Bewertung späteren Verhaltens bedeutet, bleibt offen.

3. Folgerungen für den Beispielsfall

Geht man davon aus, dass das BSH im vorliegenden Fall den Umfang der Meide- bzw. Scheuchwirkung des Windparks nicht richtig eingeschätzt und deshalb nachteilige Auswirkungen verkannt hat, müsste aus der Perspektive des Umweltschadensrechts eine Legalisierungswirkung der Genehmigung im Beispielsfall verneint werden. Ein Einschreiten auf der Grundlage des § 7 USchadG wäre danach möglich. Allerdings würde sich hier die Frage stellen, ob die zuständige Behörde Regelungen zur Gefahrenabwehrpflicht des Windparkbetreibers nach § 5 USchadG oder zur Sanierungspflicht nach § 6 USchadG zu treffen hätte. Letzteres dürfte der Fall sein: Auch wenn die Behauptung des Klägers zutreffend sein sollte, dass der Habitatverlust für die Seetaucherpopulation größer ist als in der Zulassungsentscheidung angenommen, würde eine

⁵⁴ BVerwG NVwZ 2018, 427, Rn. 25 m. Anm. Schwonberg; OVG Lüneburg NuR 2016, 572; näher *Wendt*, jurisPR-BVerwG 5/2018.

⁵⁵ BVerwG NVwZ 2018, 427, 429 (Rn. 27).

⁵⁶ S. *Wendt*, jurisPR-BVerwG 5/2018: „Handlungen, die im schutzwürdigen Vertrauen auf eine Genehmigung vorgenommen werden, können demnach – im Bereich der verschuldensabhängigen Haftung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG – grundsätzlich keine Haftung nach dem USchadG auslösen.“

„unmittelbare Gefahr eines Umweltschadens“ i.S. des § 5 USchadG nicht bestehen, weil der Habitatverlust infolge der Errichtung und Inbetriebnahme des Windparks bereits eingetreten ist. Insofern bliebe der zuständigen Behörde nur noch die Durchsetzung einer Sanierungspflicht nach § 6 USchadG. Im Rahmen des Ermessens, das die Behörde zu betätigen hätte, wäre dann auch die Frage zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung von Ausnahmen nach § 34 Abs. 3, 4 BNatSchG und ggfs. auch nach § 45 Abs. 7 BNatSchG vorliegen. Insoweit müssen weitgehend dieselben Überlegungen angestellt werden wie beim Ermessen nach §§ 48, 49 VwVfG. Auch hier ist also zu prüfen, ob zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses es erfordern, von einer Untersagung des Betriebs abzusehen.

V. Fazit

Die vorstehenden Überlegungen sollten die Aufmerksamkeit auf die schwindende Bedeutung der Bestandskraft in Zeiten zunehmender Dynamisierung des Fachrechts und der wachsenden Bedeutung des Umweltrechts lenken. Darüber hinaus zeigen gerade die Regelungen des Umweltschadensrechts, dass sich Investoren auf die Bestandskraft von Zulassungsentscheidungen weniger denn je verlassen können.

E-Government und das Verwaltungsverfahrensgesetz

*Thorsten Siegel**

Das Lebenswerk von *Dr. Heribert Schmitz* ist eng verwoben mit der Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Dies gilt auch für die Integration des E-Government in das VwVfG. Vor diesem Hintergrund werden in dem Beitrag einleitend die Bedeutung und die Funktionen des VwVfG verdeutlicht. Im Mittelpunkt stehen sodann drei Abschnitte, welche die Vergangenheit, die Gegenwart und die Zukunft der Integration des E-Government in das VwVfG zum Gegenstand haben. Abschließend erfolgt ein ausblickendes Fazit.

I. Bedeutung und Funktionen des Verwaltungsverfahrensgesetzes

1. Steuerungsfunktion

Das VwVfG ist – gerade auch von Heribert Schmitz – als „Grundgesetz der Verwaltung“ bezeichnet worden.¹ Seine zentrale Bedeutung liegt in der Rechtsvereinheitlichung: Es hat eine Vielzahl fragmentarischer Spezialvorschriften sowie die in der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts abgelöst. Durch die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrens in einer zentralen Norm ist es zudem der Rechtssicherheit zuträglich. Die Vorgabe zentraler Anforderungen für das Verwaltungsverfahren bringt zugleich die wichtigste Funktion des VwVfG zum Ausdruck, nämlich die Steuerungsfunktion.²

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht, an der Freien Universität Berlin. Alle Internetseiten wurden am 2.12.2019 aufgerufen.

¹ *H. Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 1 Rn. 1.

² Zu den unterschiedlichen Funktionen des VwVfG *T. Siegel*, Das Verhältnis des Verwaltungsverfahrensrechts zum Fachrecht, in: Knauff/Lee (Hrsg.), Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, 2020, S. 33 ff.

2. Angebotsfunktion

Hinzu gesellt sich die Angebotsfunktion des VwVfG. Bei ihr wird im VwVfG selbst ein Grundmodell entwickelt. Der eigentliche Anwendungsbefehl und etwaige Verfeinerungen erfolgen jedoch im Fachrecht. Ein prominentes Beispiel für die damit umschriebenen Öffnungsklauseln bildet die Regelung zur Genehmigungsfiktion in § 42a VwVfG. Ihre Einführung in das VwVfG ist auf die europäische Dienstleistungsrichtlinie zurückzuführen.³ Durch die Aufnahme solcher Öffnungsklauseln verwandelt sich die unmittelbare Steuerungsfunktion des VwVfG in eine Angebotsfunktion. Ihre sachgerechte Begründung findet diese Entwicklung in der anderenfalls bestehenden Gefahr einer Überfrachtung allgemeiner Regelungen mit fachspezifischen Besonderheiten.

3. Auffangfunktion

Die dritte Grundfunktion des VwVfG bildet schließlich die Auffangfunktion des Gesetzes. Sie bringt die Subsidiarität gegenüber dem Fachrecht zum Ausdruck. Eine besonders wechselhafte Geschichte hat hier das Verhältnis des §§ 72 ff. VwVfG zum Fachplanungsrecht durchlaufen. Diese schwank(t)en zwischen einer weit reichenden Auslagerung zentraler Bestimmungen in das Fachplanungsrecht und einer (Re-)Integration in das VwVfG. Das innere Spannungsverhältnis dieser beiden Grundströmungen kommt besonders deutlich im Planungsvereinheitlichungsgesetz aus dem Jahre 2013 zum Ausdruck.⁴ Dem im Titel des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Grundanliegen einer Stärkung des VwVfG durch die Rückführung zentraler fachplanungsrechtlicher Anforderungen steht hier die Beibehaltung diverser fachrechtlicher Besonderheiten gegenüber. Daher könnte das Planungsvereinheitlichungsgesetz dem Titel zum Trotz auch als „Zersplitterungsbeibehaltungsgesetz“ bezeichnet werden.⁵ Allgemein kommt in der Forcierung fachrechtlicher Sonderregelungen eine Schwächung des VwVfG zum Ausdruck, ebenso wie umgekehrt die Rücknahme solcher fachrechtlicher Sonderregelungen eine Stärkung des VwVfG bedeutet.

³ H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2009, 1 (8 ff.).

⁴ H. Schmitz/Prell, NVwZ 2013, 745 ff.

⁵ T. Siegel, Friedhelm Hufen und die Fehler im Verwaltungsverfahren, in: Geis/Winkler/Bickenbach (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, 2015, 553 (554).

II. Entwicklung des E-Government (Vergangenheit)

1. Bedeutsame wissenschaftliche Veröffentlichungen

Die Entwicklung des E-Government kann auf einige bedeutsame wissenschaftliche Vorveröffentlichungen zurückblicken, die ihrer jeweiligen Zeit teilweise weit voraus waren. Zu nennen sind – in chronologischer Rangfolge – insbesondere die Monografien von *Karl Zeidler* aus dem Jahre 1959⁶, von *Hans Peter Bull* aus dem Jahre 1964⁷ sowie von *Niklas Luhmann* aus dem Jahre 1966.⁸ Nach zwei bedeutsamen Veröffentlichungen aus den 1990er-Jahren⁹ ist aus jüngerer Zeit die Habilitationsschrift von *Martin Eifert* aus dem Jahre 2006 hervorzuheben.¹⁰ Von besonderer Aktualität sind schließlich die 2019 veröffentlichten Monografien von *Annette Guckelberger*¹¹ und *Mario Martini*¹² sowie der von *Margrit Seckelmann* herausgegebene Sammelband.¹³ Darüber hinaus war „E-Government“ auch das Thema zweier Referate auf der Jahrestagung 2018 der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.¹⁴

2. Begriff des E-Government

a) Die Speyerer Definition und ihre Fortentwicklung

Die Entwicklung des E-Government wurde nicht unmaßgeblich geprägt durch den Wissenschaftsstandort Speyer. Dies gilt insbesondere für die dort entwickelte Speyerer Definition: E-Government ist danach die „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken

⁶ *K. Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959.

⁷ *H. P. Bull*, Verwaltung durch Maschinen, 2. Aufl. 1964.

⁸ *N. Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966.

⁹ *P. Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990; *R.-M. Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993.

¹⁰ *M. Eifert*, Electronic Government, 2006.

¹¹ *A. Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019.

¹² *M. Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019.

¹³ *M. Seckelmann* (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung, 2019.

¹⁴ *A. Guckelberger*, VVDStRL 78, 2019, 235 ff.; *H. Kube*, VVDStRL 78, 2019, 289 ff.

über elektronische Medien“.¹⁵ Diese Definition sieht sich allerdings zwei Kritikpunkten ausgesetzt. Zum einen wird E-Government in die Nähe einer Formbestimmung gerückt¹⁶ und damit das dem elektronischen Handeln immanente Optimierungspotential vernachlässigt.¹⁷ Zum anderen suggeriert der Begriff „Government“ bei wörtlichem Verständnis eine Ausblendung der Legislative und der Judikative.¹⁸ Das elektronische Handeln findet jedoch auch im Bereich dieser beiden Staatsgewalten zunehmende Verbreitung. Als Beispiele mögen erwähnt sein die Möglichkeiten zur elektronischen Gesetzesverkündung¹⁹ oder die Bestimmungen der §§ 55a ff. VwGO zur Nutzung elektronischer Dokumente und Führung elektronischer Prozessakten.²⁰ Beide Nachteile vermeidet der weitere und zugleich indifferente Begriff der Elektronisierung.²¹

b) Alternative Umschreibungen

Das VwVfG wurde jedoch von Beginn an durch einen anderen Begriff geprägt, nämlich denjenigen der „Automatisierung“. Er war bereits in einigen Bestimmungen des ursprünglichen VwVfG aus dem Jahre 1976 enthalten²² und hat im Zuge der Einführung des vollautomatisierten Verwaltungsakts eine Renais-

¹⁵ J. von Lucke/K. Reiner mann, E-Government – Gründe und Ziele, in: Reiner mann/von Lucke (Hrsg.), *Electronic Government in Deutschland*, 2002, 1.

¹⁶ T. Siegel, *NVwZ* 2009, 1128 (1129).

¹⁷ A. Guckelberger, *VVDStRL* 78, 2019, 235 (238 ff.). Zu diesem Optimierungspotential bereits M. Eifert (Fußn. 10), S. 21.

¹⁸ Zu dieser begrifflichen Unschärfe A. Guckelberger, *VVDStRL* 78, 2019, 235 (240).

¹⁹ Hierzu A. Guckelberger, *Der Übergang zur (ausschließlich) elektronischen Gesetzesverkündung*, 2009. Allgemein zur Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts A. Berger, *DVBl.* 2019, 1234 (1235 ff.); I. Härtel, *LKV* 2019, 49 ff.; M. Schröder, *VerwArch* 2019, 328 ff.

²⁰ Hierzu die Kommentierung von N. Braun Binder, in: Sodan/Ziekow, *VwGO*, 5. Aufl. 2018. Zur Digitalisierung des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens M. Martini/D. Nink, *DVBl.* 2018, 1128 ff.

²¹ Vgl. G. Britz, *Elektronische Verwaltung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 26.

²² Etwa in § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG.

sance erfahren. Den inzwischen wohl weitesten Verbreitungsgrad weist jedoch der Begriff der Digitalisierung auf.²³ Alle Begriffe bringen neben der Abkehr vom Schriftformerfordernis die Optimierung des (Verwaltungs-)Handelns durch elektronische Kommunikationsmittel zum Ausdruck. Da der Begriff des E-Government nach wie vor die E-Government-Gesetze auf Bundes- und Landesebene prägt, soll er im Folgenden im Mittelpunkt stehen.²⁴

3. Entwicklungsstufen

a) Entwicklungsstufen innerhalb des VwVfG

Einige Bestimmungen zu teilautomatisierten Verwaltungsakten waren bereits in seit Inkrafttreten des VwVfG zum 1.1.1977 in diesem enthalten, nämlich die Ausnahmemöglichkeiten von der Anhörung nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG sowie vom Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Einen ersten bedeutsamen legislativen Schritt bei der Fortentwicklung des E-Government innerhalb des VwVfG bildete die explizite Anerkennung der elektronischen Form in §§ 3a, 37 II 1 VwVfG im Jahre 2002.²⁵ Voraussetzung für die Übermittlung elektronischer Dokumente war jedoch die Einrichtung eines Zugangs.²⁶ Eine wichtige Fortentwicklung erfolgte sodann im Jahre 2008 mit der Umsetzung der Bestimmungen der europäischen Dienstleistungs-Richtlinie über den Einheitlichen Ansprechpartner in § 71e VwVfG: Darin wurde erstmals ein subjektives Recht auf elektronische Verfahrensabwicklung statuiert.²⁷ Allerdings war es beschränkt auf das – bei der innerstaatlichen Umsetzung so bezeichneten – Verfahren über eine einheitliche Stelle. Schließlich hat im Jahre 2017 der vollautomatisierte Verwaltungsakt Eingang in § 35a VwVfG gefunden.²⁸

²³ Bereits im Titel zum Ausdruck kommend bei A. Guckelberger (Fußn. 11); M. Martini, DÖV 2017, 443; M. Seckelmann (Fußn. 13).

²⁴ Zur Vorzugswürdigkeit gegenüber dem teilweise vertretenen Begriff des „Smart Government“ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235, 242 ff.

²⁵ Hierzu H. Schmitz/A. Schlatmann, NVwZ 2002, 1281 ff.

²⁶ Hierzu M. Eifert (Fußn. 10), S. 38 ff.

²⁷ Hierzu H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2009, 1, 6.

²⁸ Hierzu H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2016, 1273 (1275 f.); N. Braun Binder, DÖV 2016, 891 ff.; T. Siegel, DVBl. 2017, 24 ff.; H. P. Bull, DVBl. 2017, 409 ff.; A. Berger, NVwZ 2018, 1260 ff. Eingehende Kommentierung bei U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35a Rn. 1 ff.

b) Entwicklungsstufen außerhalb des VwVfG

aa) Die E-Government-Gesetze

Maßgeblich geprägt wird die Fortentwicklung des E-Government zudem durch die E-Government-Gesetze. Bereits im Jahre 2009 hatte das Land Schleswig-Holstein das erste innerstaatliche E-Government-Gesetz erlassen. Eine Vorreiterrolle hat sodann im Jahre 2013 das E-Government-Gesetz des Bundes eingenommen.²⁹ Inzwischen verfügen die meisten Bundesländer über eigene E-Government-Gesetze.³⁰

bb) Fachrecht, insbesondere Vergaberecht

Aber auch in den einschlägigen Fachgesetzen findet das E-Government zunehmende Verbreitung. Besonders weit vorangeschritten ist die Entwicklung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Hier besteht seit Oktober 2018 in weiten Bereichen die Pflicht zur Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel.³¹ Wegen der grundsätzlichen Verortung der öffentlichen Auftragsvergabe im Privatrecht³² handelt es sich zwar weder um ein Verwaltungsverfahren im engen Sinne des § 9 VwVfG noch um ein solches im weiteren Sinne des § 1 VwVfG. Allerdings sind Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren im weitesten, privatrechtlich verfassten Sinne einzuordnen. Dies ermöglicht zur Schließung etwaiger Lücken die analoge Anwendung solcher Bestimmungen des VwVfG, die Ausdruck eines verfassungsrechtlich fundierten Rechtsgedankens sind.³³ So wurden etwa vor Einführung einschlägiger Regelung im Vergabeverfahren die Bestimmungen zur Befangenheit nach §§ 20 f. VwVfG analog

²⁹ EGovG v. 25.7.2013 (BGBl. I 2013, 2749), zuletzt geändert durch G. v. 21.6.2019 (BGBl. I, 846). Hierzu *U. Ramsauer/T. Frische*, NVwZ 2013, 1505 ff.; *A. Roßnagel*, NJW 2013, 2710 ff.; *T. Siegel*, VerwArch 2014, 241 (248 ff.).

³⁰ Übersicht bei *W. Denkhaus/E. Richter/L. Bostelmann*, EGovG – OZG, 2019, Einl. EGovG Rn. 25 ff.

³¹ Übersicht bei *T. Siegel*, LKV 2017, 385 ff. Eingehend nunmehr *V. Vogt*, E-Vergabe, 2019.

³² Anders verhält es sich in weiten Bereichen der Konzessionsvergabe, da diese oftmals in besonderem Maße öffentlich-rechtlich geprägt ist; hierzu *K. Rennert*, NZBau 2019, 411 ff.; *T. Siegel*, NZBau 2019, 353 (357 f.).

³³ Hierzu *J. Ziekow/T. Siegel*, ZfBR 2004, 30 ff.

herangezogen.³⁴ Dies bildet zugleich ein anschauliches Beispiel der Offenheit des VwVfG für Fachgebiete außerhalb seines eigentlichen Anwendungsbereichs.

c) Die Einrichtung eines Portalverbundes

Schließlich ist auf die aktuell anstehende Einrichtung eines einheitlichen Portalverbundes hinzuweisen. Er knüpft an die öffentliche Verwaltung als Informationsverbund an³⁵ und verfolgt die Zielsetzung der Erlangung von Verwaltungsleistungen in digitalisierter Form aus möglichst einer Hand. Der Portalverbund findet nach der verfassungsrechtlichen Weichenstellung in Art. 91c Abs. 5 GG seine innerstaatliche Rechtsgrundlage im Onlinezugangsgesetz des Bundes (OZG).³⁶ Parallel dazu sieht auch das Unionsrecht die Einrichtung eines einheitlichen Zugangstors vor („Single Digital Gateway“).³⁷ Damit wird der Europäische Verwaltungsverbund³⁸ zum Europäischen Portalverbund fortentwickelt.

III. Aktuelle Rechtslage (Gegenwart)

1. Unterschiedliche Geschwindigkeiten der Digitalisierung

Die gegenwärtige Rechtslage wird von unterschiedlichen Geschwindigkeiten der Digitalisierung geprägt. So sind einige Bestimmungen des VwVfG auf natürliche Personen als Amtswalter zugeschnitten. Dies gilt etwa für den Ausschluss befangener Personen nach §§ 20 f. VwVfG.³⁹ Andere Bestimmungen

³⁴ OLG Brandenburg, NVwZ 1999, 1142 (1146). Zu den nunmehr einschlägigen vergaberrechtlichen Bestimmungen K. Greb, NZBau 2016, 262 ff.

³⁵ Hierzu M Eifert (Fußn. 10), S. 266 ff.

³⁶ Onlinezugangsgesetz (OZG) v. 14.7.2017 (BGBl. I, 3122, 3148). Hierzu M. Hermann/K. Stöber, NVwZ 2017, 1401 ff.; M. Martini/C. Wiesner, ZG 2017, 193 ff.; U. Schliesky/C. Hoffmann, DÖV 2018, 193 ff.; T. Siegel, DÖV 2018, 185 ff.

³⁷ VO (EU) Nr. 2018/1724 über die Einrichtung eines einheitlichen digitalen Zugangstors („Single Digital Gateway“), ABl. L 295 v. 21.11.2018, 1 ff. Hierzu T. Siegel, NVwZ 2019, 905 ff.

³⁸ Grdl. E. Schmidt-Aßmann, in: ders./Schöne-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 1 ff.

³⁹ A. Berger, DVBl. 2019, 1234 (1236).

gehen hingegen von einer Teildigitalisierung aus. Dies gilt insbesondere für die Ausnahme vom Anhörungserfordernis nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG und die Ausnahme vom Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Schließlich blickt § 35a VwVfG bereits auf eine Volldigitalisierung voraus. – Der damit angesprochene Dreiklang der Digitalisierungsgeschwindigkeiten ist jedoch keineswegs Ausdruck limitierten Reformwillens. Vielmehr kommt in der Beibehaltung auf natürliche Personen zugeschnittener Anforderungen zum Ausdruck, dass zumindest auf absehbare Zeit die Prägung von Verwaltungsverfahren durch natürliche Intelligenz die vorrangige oder zumindest gleichwertige Alternative zur künstlichen Intelligenz bleiben wird.⁴⁰

2. Der teilautomatisierte Verwaltungsakt als Verwaltungswirklichkeit

Der teilautomatisierte Verwaltungsakt ist längst Verwaltungswirklichkeit geworden. Für teilautomatisierte Verwaltungsakte gelten grundsätzlich dieselben Anforderungen wie für herkömmliche, insbesondere schriftliche Verwaltungsakte.⁴¹ Allerdings sind die allgemeinen Verfahrensgebote teilweise modifiziert worden. Diese werden im Folgenden nach dem chronologischen Verfahrensablauf dargestellt und bewertet.

a) Sachverhaltsermittlung (§ 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG)

Den ersten in Bezug auf das E-Government bedeutsamen Verfahrensschritt bildet die Sachverhaltsermittlung. Der in § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG verankerte Untersuchungsgrundsatz weist ein rechtsstaatliches Fundament auf.⁴² Erfolgt die Sachverhaltsermittlung in automatisierter Weise, besteht das Risiko, dass bestimmte Angaben unentdeckt bleiben.⁴³ Deshalb müssen nach § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG im Einzelfall bedeutsame tatsächliche Angaben der Beteiligten berücksichtigt werden, welche im automatischen Verfahren nicht ermittelt wür-

⁴⁰ A. Berger, DVBl. 2017, 804 (806), betont daher zu Recht das Erfordernis eines „menschlichen Antlitzes“. Zur damit korrespondierenden Fortbedeutung der Schrift L. Prell, NVwZ 2018, 1255 (1257).

⁴¹ Übersicht bei F.-J. Peine/T. Siegel, Allg. VwR, 12. Aufl. 2018, Rn. 478 ff.

⁴² D. Kallerhoff/F. Fellenberg, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 24 Rn. 1 mwN. Eingehend B. Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 51 ff.

⁴³ Hierzu F. Hufen/T. Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 2018, Rn. 196.

den. Die Bestimmung wurde zwar im Jahre 2017 gemeinsam mit der Anerkennung des vollautomatisierten Verwaltungsakts in das Gesetz aufgenommen, erfasst aber auch teilautomatisierte Verwaltungsakte.⁴⁴ Durch die Beschränkung auf „bedeutsame“ Angaben wird allerdings sichergestellt, dass nicht jedweder individueller Vortrag zu einer Einzelfallprüfung führen muss.⁴⁵ – Zwar ist die Neuregelung teilweise als unnötig eingeordnet worden, weil sich die Pflicht zur Ermittlung der bedeutsamen Einzelfallumstände bereits aus § 24 Abs. 2 VwVfG ergebe.⁴⁶ Dabei wird allerdings übersehen, dass die Gefahr von Ermittlungslücken durch den Einsatz von Informationstechnologie gesteigert wird.⁴⁷ Daher bildet die Regelung des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG eine angemessene Reaktion auf spezifische Risiken in elektronischen Verfahren im Besonderen.⁴⁸

b) Absehen vom Anhörungserfordernis (§ 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG)

Auch das Anhörungserfordernis nach § 28 VwVfG weist ein rechtsstaatliches Fundament auf.⁴⁹ Es ist zwar nach dem Wortlaut des ersten Absatzes der Bestimmung auf belastende Verwaltungsakte beschränkt. Wegen des rechtsstaatlichen Fundaments sprechen allerdings gute Gründe für eine Erstreckung auf formell begünstigende Verwaltungsakte. Dies gilt jedenfalls bei der Versagung grundrechtlich fundierter Begünstigungen.⁵⁰ § 28 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG gestattet bereits seit Inkrafttreten des VwVfG am 1.1.1977 bei teilautomatisierten Verwaltungsakten der zuständigen Behörde, nach pflichtgemäßem Ermessen von der Anhörung abzusehen. – Diese Ausnahmebestimmung ist jedoch eng auszulegen. Denn die Anhörung dient der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit sowie der Transparenz.⁵¹ Daher hat die Ausnahmebestimmung nicht –

⁴⁴ D. Kallerhoff/F. Fellenberg (Fußn. 42), § 24 Rn. 57b.

⁴⁵ BT-Drs. 18/8434, 122. H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2016, 1273 (1277).

⁴⁶ So M. Stegmüller, NVwZ 2018, 353 (358).

⁴⁷ M. Martini/D. Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (2 f.); T. Siegel, DVBl. 2017, 24 (27).

⁴⁸ So zurecht J. Ziekow, NVwZ 2018, 1169 (1171 f.).

⁴⁹ D. Kallerhoff/T. Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 2.

⁵⁰ J.-P. Schneider, in: Hoffmann/Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 28 Rn. 44. Hierzu auch F. Hufen/T. Siegel (Fußn. 43), Rn. 287 f.

⁵¹ F. Hufen/T. Siegel (Fußn. 43), Rn. 317.

oder zumindest nicht mehr – diejenige Bedeutung, die ihm vom Gesetzgeber ursprünglich zugedacht war.

c) Absehen von einer Begründung (§ 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG)

Ähnlich verhält es sich mit dem Absehen von einer Begründung, welche § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ebenfalls bereits seit Inkrafttreten des VwVfG am 1.1.1977 für teilautomatisierte Verwaltungsakte gestattet. Denn auch das Begründungserfordernis besitzt ein rechtsstaatliches Fundament.⁵² Begründungen sind zugleich wichtige Mechanismen zur Generierung von sozialer Akzeptanz und Systemvertrauen.⁵³ Das Gebot einer einschränkenden Auslegung kommt hier bereits in der zusätzlichen Anforderung zum Ausdruck, dass die Begründung nach den Umständen des Einzelfalls nicht geboten sein darf.⁵⁴ Aber auch Übrigen ist diese Ausnahme vom Begründungserfordernis jedenfalls eng auszulegen.⁵⁵ – Teilweise wird sogar die Sinnhaftigkeit der Ausnahmebestimmung in Frage gestellt.⁵⁶ Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Ausnahmebestimmung ihre Rechtfertigung in der begrenzten Leistungsfähigkeit von EDV-Systemen der 1970er-Jahre gefunden hat. Inzwischen sind EDV-Systeme jedoch weitaus leistungsfähiger, selbst wenn man noch nicht die Möglichkeit zur Nutzung künstlicher Intelligenz berücksichtigt.

d) Bekanntgabe durch Abruf (§ 41 Abs. 2a VwVfG)

Eine letzte bedeutsame Verfahrenserleichterung bildet die Bekanntgabe durch Abruf über öffentlich zugängliche Netze nach § 41 Abs. 2a VwVfG. Auch das Erfordernis der Bekanntgabe ist im Rechtsstaatsprinzip verankert.⁵⁷ Bereits im Jahre 2013 war mit dem Planungsvereinheitlichungsgesetz die Neuregelung des § 27a VwVfG eingefügt worden: Danach soll im Falle einer durch Rechtsvorschrift angeordneten öffentlichen oder ortsüblichen Bekanntmachung zusätzlich eine Bekanntmachung im Internet erfolgen. Allerdings knüpft § 27a VwVfG an eine öffentliche oder ortsübliche Bekanntmachung und damit

⁵² U. Stelkens (Fußn. 28), § 39 Rn. 2.

⁵³ T. Wischmeyer, AöR 2018, 1 (58).

⁵⁴ F. Hufen/T. Siegel (Fußn. 43), Rn. 480.

⁵⁵ A. Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 35a Rn. 33.

⁵⁶ So U. Stelkens (Fußn. 28), § 39 Rn. 97, mit der Bezeichnung als „totes Recht“.

⁵⁷ U. Stelkens (Fußn. 28), § 41 Rn. 2.

an echte Massenverfahren an, die sich durch eine hohe Anzahl Verfahrensbeeteiligter auszeichnen.⁵⁸ Zudem wird auch in diesen Verfahren die herkömmliche Bekanntgabe nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt.⁵⁹ – Die Neuregelung des § 41 Abs. 2a VwVfG, welche ebenfalls 2017 Eingang in das Gesetz gefunden hat, geht nun in zweierlei Hinsicht über § 27a VwVfG hinaus: Zum einen werden auch andere als echte Massenverfahren erfasst, zum anderen kann unter bestimmten Voraussetzungen die herkömmliche Bekanntgabe durch einen Abruf ersetzt werden.⁶⁰ Es kommt dabei allerdings auf den tatsächlichen Abruf an; die bloße Abrufmöglichkeit reicht also nicht aus.⁶¹ Dem etwaigen Risiko einer bewussten Hinauszögerung des Bekanntgabezeitpunktes⁶² kann die Behörde dem durch eine herkömmliche Bekanntgabe entgegenwirken.⁶³ Darüber hinaus muss der Verwaltungsakt auch speicherbar sein. Diesen Anforderungen genügen Systeme mit reiner Lesefunktion nicht.⁶⁴ Die Bekanntmachungsmöglichkeit durch Abruf wird schließlich dadurch eingeschränkt, dass sie gemäß § 41 Abs. 2a S. 1 VwVfG nur mit Einwilligung des Beteiligten erfolgen darf. Insgesamt handelt es sich bei der Bestimmung des § 41 Abs. 2a VwVfG um eine behutsame Öffnung des VwVfG für die Digitalisierung.

3. Einfach-gesetzliche Grenzen für den vollautomatisierten Verwaltungsakt

Der vollautomatisierte Verwaltungsakt hat zwar in § 35a VwVfG ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber erfahren. Er ist nach gegenwärtiger Rechtslage allerdings nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig.⁶⁵ Er muss zunächst durch Rechtsvorschrift zugelassen werden. Mit diesem Regelungsvorbehalt zugunsten des Fachrechts soll sichergestellt werden, dass

⁵⁸ U. Stelkens (Fußn. 28), § 27a Rn. 19. Zur Abgrenzung des § 27a VwVfG von § 15 E-GovG Bund K. Ritgen, in: Knack/Henneke, 11. Aufl. 2020, § 27a Rn. 15 ff.

⁵⁹ B. Stür DVBl. 2013, 700 (703).

⁶⁰ BT-Drs. 18/8434, 122. Eine entsprechende Regelung enthielt bereits zuvor Art. 6 Abs. 4 des Bayerischen E-Government-Gesetzes v. 22.12.2015, Bay GVBl. 2015, 458 (459). Hierzu J. Bähr/W. Denkhaus, BayVBl. 2016, 1 (6).

⁶¹ BT-Drs. 18/8434, 123. Dies bereits zuvor fordernd N. Braun Binder, NVwZ 2016, 342 (346).

⁶² In diesem Sinne N. Braun Binder, DÖV 2016, 891 (897).

⁶³ H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2016, 1271 (1279).

⁶⁴ BT-Drs. 18/8434, 123.

⁶⁵ Hierzu J. Ziekow, NVwZ 2018, 1169 (1171 f.).

die Figur auf geeignete Verfahren beschränkt bleibt.⁶⁶ Darin kommt die zu Beginn angesprochene Angebotsfunktion des VwVfG zum Ausdruck (s.o. I.2.). Darüber hinaus scheidet der vollautomatisierte Verwaltungsakt nach der Wertung des Gesetzgebers aus, wenn der Behörde ein Ermessen oder Beurteilungsspielraum zusteht. Diese Beschränkung auf gebundene Entscheidungen stützt sich auf die Erwägung, dass in Fällen mit Gestaltungsspielraum eine individuelle Beurteilung des Sachverhalts erforderlich ist.⁶⁷ Dies ist wiederum vor dem Hintergrund zu sehen, dass Gestaltungsspielräume der Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit dienen, wozu Algorithmen zumindest nach derzeitigem Stande allenfalls begrenzt geeignet sind.⁶⁸ Die Beschränkung auf geeignete Verfahren hat zur Folge, dass nach gegenwärtiger Rechtslage für vollautomatisierte Verwaltungsakte zumindest grundsätzlich nur standardisierte Verfahren in Betracht kommen.⁶⁹

4. Zweigleisigkeit zwischen VwVfG und den E-Government-Gesetzen

a) Am Beispiel der Zugangseröffnung

Schließlich ist gegenwärtig die Zweigleisigkeit zwischen den Anforderungen des VwVfG und der E-Government-Gesetze augenfällig. Dies mag zumindest teilweise den komplexen Abstimmungsvorgängen bei einer Änderung des VwVfG geschuldet sein. Inhaltlich-systematisch wirkt diese Zweigleisigkeit aber oftmals nicht überzeugend. So ist das Zugangserfordernis für elektronische Kommunikationsmittel in § 3a Abs. 1 VwVfG geregelt. Eine solche Zugangseröffnung mag zwar inzwischen der praktische Regelfall sein. Eine Pflicht zur Eröffnung eines Zugangs ist bislang im VwVfG hingegen nicht enthalten. Diese Aufgabe hat jedoch inzwischen § 2 Abs. 1 des E-Government-Gesetzes des Bundes übernommen.⁷⁰ Danach ist jede Behörde – unter Einbeziehung von Behörden auf Landesebene – verpflichtet, auch einen Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente zu eröffnen.⁷¹ Bei gesamtheitlicher

⁶⁶ BT-Drs. 18/8434, 122.

⁶⁷ BT-Drs. 18/8434, 122. Ebenso bereits *P. Lazaratos* (Fußn. 9), S. 220.

⁶⁸ *N. Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (963).

⁶⁹ *T. Siegel*, DVBl. 2017, 24 (26).

⁷⁰ *W. Denkhaus/E. Richter/L. Bostelmann* (Fußn. 30), § 2 EGovG Rn. 11 mit der Einordnung des § 2 EGovG als „lex specialis“.

⁷¹ Hierzu *T. Siegel*, VerwArch 2014, 241 (250).

Betrachtung wird damit der in § 3a Abs. 1 VwVfG angelegte erste Schritt außerhalb des VwVfG in einem zweiten Schritt vollendet. Hier wäre zu überlegen, ob nicht beide Schritte im VwVfG verankert werden sollten.

b) Am Beispiel der Akteneinsicht

Aber auch die Bestimmungen zur Akteneinsicht im E-Government-Gesetz des Bundes erweisen sich bei näherer Betrachtung teilweise als „Fortsetzungen“ des § 29 VwVfG. Zwar mag die Verortung der Bestimmungen zur Art der Aktenführung in §§ 6 f. des E-Government-Gesetzes des Bundes und damit außerhalb des VwVfG sachlich gerechtfertigt sein. Denn die Bestimmungen des VwVfG betreffen typischerweise das Außenverhältnis zum Bürger. Allerdings wäre die Erstreckung auf innenrechtliche Aspekte kein kategorisches Hindernis, wie die Bestimmungen zur Amtshilfe nach § 4 VwVfG oder zur gegenseitigen Unterstützung nach § 71d VwVfG belegen. Demgegenüber betrifft die Art der Akteneinsicht das Außenverhältnis zum Bürger. Sie ist zwar im Grundsatz in § 29 Abs. 1 und 3 VwVfG geregelt, findet ihre Fortsetzung aber in § 8 des E-Government-Gesetzes des Bundes. Dort wird der Aushändigung des Aktenausdrucks die Widergabe elektronischer Elemente auf einem Bildschirm, die Übermittlung elektronischer Dokumente sowie die Gestattung des elektronischen Zugriffs auf den Akteninhalt gleichgestellt.⁷² Auch hier stellt sich die Frage einer Zusammenführung der Regelungsgehalte im VwVfG.⁷³

IV. Anpassungsbedarfe (Zukunft)

Abschließend soll ein vorsichtiger Blick in die Zukunft gerichtet und auf etwaige Regelungsbedarfe eingegangen werden.⁷⁴ Hier ist zunächst an die Anpassung einzelner Bestimmungen des VwVfG zu denken, nämlich an eine Aufhebung des § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG sowie an eine Fortentwicklung der Bekanntmachungsmöglichkeiten nach § 41 Abs. 2a VwVfG und des Akteneinsichtsrechts nach § 29 VwVfG (s.u. IV.1.). Darüber hinaus wird teilweise im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG – in Anlehnung an die Bestimmung

⁷² W. Denkhaus/E. Richter/L. Bostelmann (Fußn. 30), § 8 EGovG Rn. 14 ff.

⁷³ U. Schliesky, in: Seckelmann (Fußn. 13), Kap. 8 Rn. 41; S. Schulz, in: Seckelmann (Fußn. 13), Kap. 9 Rn. 23.

⁷⁴ Hierzu auch L. Prell, NVwZ 2018, 1255 (1259 f.).

des § 88 Abs. 5 AO⁷⁵ – auch die Normierung von Risikomanagementsystemen erörtert. Hierzu bedarf es jedoch im Anwendungsbereich des VwVfG zunächst der Ermittlung geeigneter Verfahren.⁷⁶ Ein weiteres Desiderat bezieht sich auf die – soweit möglich – Integration der Inhalte der E-Government-Gesetze in das VwVfG (s.u. IV.2.). Schließlich ist – noch weiter vorausblickend – an eine Öffnung des VwVfG für künstliche Intelligenz zu denken (s.u. IV.3.).

1. Fortentwicklung einzelner Bestimmungen des VwVfG

a) Aufhebung der Ausnahme vom Begründungserfordernis?

Ein naheliegender Regelungsbedarf bezieht sich auf die Ausnahme vom Begründungserfordernis nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Wie zuvor bereits dargelegt (s.o. III.2.c), ist die technische Entwicklung seit Inkrafttreten des VwVfG bereits so weit vorangeschritten, dass eine Berufung auf diese Ausnahme zumindest im Regelfalle ermessensfehlerhaft ist.⁷⁷ Daher wäre mangels praktischer Relevanz zu überlegen, ob die Ausnahmebestimmung aufgehoben werden soll.⁷⁸ Dies beließe immerhin noch die anderen Ausnahmemöglichkeiten vom Begründungserfordernis, insbesondere bei gleichartigen Verwaltungsakten in größerer Zahl.

b) Erweiterung der Bekanntgabemöglichkeiten?

Bereits gegenwärtig ist gemäß § 41 Abs. 2a VwVfG die Bekanntgabe durch Abruf im Internet möglich (s.o. III.2.d). Die stetig zunehmende Ausweitung der „modernen“ Bekanntgabemöglichkeiten hat bereits de lege lata zur Folge, dass die zuständige Behörde im Rahmen ihres Verfahrensermessens die Vor-

⁷⁵ Hierzu ausf. *N. Braun Binder*, Algorithmisch gesteuertes Risikomanagement in digitalisierten Besteuerungsverfahren, in: Unger/Sternberg (Hrsg.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, 2019, 161 ff.

⁷⁶ *N. Braun Binder*, NVwZ 2016, 960 (964). Weitere Überlegungen bereits bei *H. Hill*, *Vision 2013 – Anregungen an eine deutsche eGovernment-Strategie*, in: BMWI (Hrsg.), *Dritter Nationaler IT-Gipfel*, 2013, 54 ff.

⁷⁷ *U. Stelkens* (Fußn. 28), § 39 Rn. 97, mit der Bezeichnung der Bestimmung als „totes Recht“.

⁷⁸ *A. Guckelberger*, VVDStRL 78, 2019, 235 (274).

und Nachteile der einzelnen Bekanntmachungsformen abzuwägen hat.⁷⁹ Allerdings wäre de lege ferenda zu überlegen, ob nicht zumindest mittelfristig der tatsächliche Abruf durch eine Abrufmöglichkeit ergänzt werden könnte. Immerhin genügt es bei der herkömmlichen Bekanntgabe, dass ein Verwaltungsakt in den Machtbereich des Empfängers gelangt und dieser die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt.⁸⁰ Die Entbehrlichkeit des tatsächlichen Abrufs würde dann die Parallele zur Entbehrlichkeit der tatsächlichen Kenntniserlangung bilden. Wegen des rechtsstaatlichen Fundaments des Bekanntgabeerfordernisses wäre dann allerdings umso genauer auf das Erfordernis der Zumutbarkeit der Abrufmöglichkeit zu achten.

c) Modifizierung des Akteneinsichtsrechts?

Auch wenn angesichts der aktuellen Begrenzungen (s.o. III.3.) für einen vollautomatisierten VA zunächst noch geeignete Anwendungsfelder ermittelt werden müssen, muss bereits heute der Blick auf den Anpassungsbedarf bestimmter Anforderungen des VwVfG gerichtet werden. Dies gilt insbesondere für das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG. Denn dieses dient der Wahrung von Transparenz ex ante, also (rechtzeitig) vor der das Verfahren abschließenden Entscheidung. Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass die Akteneinsicht bei vollautomatisierten Verwaltungsakten praktische Probleme aufwirft, da automatisch ablaufende Prozesse in einer EDV-Anlage nicht einsehbar sind.⁸¹ Der damit bestehende Anpassungsbedarf ist möglicherweise deshalb nicht sogleich erkannt worden, weil bei der Reform des Jahres 2016 die Abgabenordnung im Mittelpunkt stand und diese – abgesehen vom partiellen Akteneinsichtsrecht nach § 187 AO – keine dem § 29 VwVfG entsprechende Bestimmung enthält.⁸² Hier wäre de lege ferenda zu überlegen, ob bei vollautomatisierten Verwaltungsakten eine nachträglichen Einsichtsmöglichkeit das klassische Akteneinsichtsrecht ersetzen könnte.⁸³ Ein solches Modell personalisierten Verfahrensnachtrags als Reaktion auf automatisierte Vorgänge ist bereits aus der Bestimmung des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG bekannt (s.o. III.2.a).

⁷⁹ Hierzu A. Guckelberger, NVwZ 2018, 359 ff.

⁸⁰ U. Stelkens (Fußn. 28), § 41 Rn. 62.

⁸¹ H. Schmitz/L. Prell, NVwZ 2016, 1273 (1277). Ebenso U. Stelkens (Fußn. 28), § 35a Rn. 52.

⁸² A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (274, dort Fußn. 228).

⁸³ A. Guckelberger (Fußn. 11), Rn. 520.

2. Integration der E-Government-Gesetze in das VwVfG?

In weiteres Desiderat wäre die Integration einzelner Anforderungen der E-Government-Gesetze in das VwVfG.⁸⁴ Dies gilt zumindest für solche Bestimmungen der E-Government-Gesetze, welches das Außenverhältnis zum Bürger betreffen. Denn wie bereits dargelegt, erweisen sich einzelne Bestimmungen des E-Government-Gesetzes des Bundes als „Fortsetzungen des VwVfG. Dies gilt insbesondere für die Zugangseröffnung und das Akteneinsichtsrecht (s.o. III.4.). Trotz des komplexen Abstimmungsprozesses bei Änderungen des VwVfG wäre dies ein wichtiger Beitrag zur Stärkung der Steuerungsfunktion des VwVfG als „Grundgesetz der Verwaltung“.

3. Einsatz künstlicher Intelligenz?

a) Begriff und Arten künstlicher Intelligenz

Richtet man den Blick noch weiter in die Zukunft, so wäre zu überlegen, ob das VwVfG für den Einsatz künstlicher Intelligenz geöffnet werden sollte. Der Begriff der Intelligenz umschreibt allgemein die eigenständige Fähigkeit zur Lösung von Problemen. Zur künstlichen wird sie dann, wenn sie nicht durch den Menschen selbst erfolgt, sondern ihm durch Maschinen nachgebildet wird.⁸⁵ Dabei ist weiter zu unterscheiden zwischen starker und schwacher künstlicher Intelligenz. „Starke“ künstliche Intelligenz zeichnet sich dadurch aus, dass sie die gleichen intellektuellen Fertigkeiten wie der Mensch aufweist oder diese sogar übertrifft.⁸⁶ Der Einsatz starker künstlicher Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung ist derzeit aber visionär und soll daher in dieser Abhandlung ausgeblendet werden.

⁸⁴ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (281 f.).

⁸⁵ Zum Begriff L. Guggenberger, NVwZ 2019, 844 (845) mwN.

⁸⁶ Zum Begriff N. Braun Binder, SJZ 2019, 467 (468), unter Bezugnahme auf Bitcom e.V./Deutsches Forschungsinstitut für Künstliche Intelligenz (Hrsg.), Entscheidungsunterstützung mit Künstlicher Intelligenz, 2017, S. 29 (abrufbar unter <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publicationen/Entscheidungsunterstuetzung-mit-Kuenstlicher-Intelligenz.html>).

b) Fokussierung auf schwache künstliche Intelligenz

Anders verhält es sich mit schwacher künstlicher Intelligenz, welche den Menschen intelligent bei der Erreichung seiner Ziele unterstützen soll. Der technische Fortschritt lässt hier über einen Einsatz auch in der öffentlichen Verwaltung nachdenken. Allgemein muss der Einsatz (schwacher) künstlicher Intelligenz von der Erwartung eines Zusatznutzens und der Vermeidung von Schäden aufgrund ihrer Schwächen geprägt sein.⁸⁷ Gegenwärtig wird etwa im benachbarten Frankreich intensiv über den Einsatz eines Algorithmus diskutiert, welcher in den sozialen Netzwerken nach Steuersündern fahnden soll.⁸⁸

c) Erfassung determinierter Algorithmen

Künstliche Intelligenz steht in spezifischem Zusammenhang mit der Verwendung von Algorithmen.⁸⁹ Diese verkörpern Vorgaben zum Erlass elektronischer bzw. automatisierter Entscheidungen und weisen damit eine ähnliche Funktion wie Verwaltungsvorschriften auf.⁹⁰ Deren Rechtsnatur teilen sie aber lediglich dann, wenn sie in diese inkorporiert werden. Im Übrigen mangelt es Algorithmen jedoch am für Verwaltungsvorschriften typischen Merkmal der Remonstrationsfähigkeit.⁹¹ Weiterhin ist zu unterscheiden zwischen vollständig determinierten Algorithmen und lernenden Algorithmen. Vollständig determinierte Algorithmen sind bereits gegenwärtig von Anwendungsbereich des § 35a VwVfG erfasst.⁹² Denn sie formen standardisierte Entscheidungen, welche einer Vollautomation nach dem zuvor Gesagten gerade zugänglich sind. Allerdings müssen sie zunächst in ausreichendem Maße getestet werden.⁹³

⁸⁷ T. Wischmeyer, AöR 2018, 1 (32).

⁸⁸ Hierzu den Artikel „Digitaler Spürhund“ in der Tageszeitung „Die Rheinpfalz“ vom 10.11.2019, abrufbar unter [https://www.rheinpfalz.de/artikel/frankreich-digitaler-spuerhund-auf-der-suche-nach-steuersuendern/?tx_rhpnews_shownews\[reduced\]=true](https://www.rheinpfalz.de/artikel/frankreich-digitaler-spuerhund-auf-der-suche-nach-steuersuendern/?tx_rhpnews_shownews[reduced]=true)

⁸⁹ M. Herberger, NJW 2018, 2825 (2827).

⁹⁰ M. Martini/D. Nink, DVBl. 2018, 1128 (1134).

⁹¹ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (270 f.).

⁹² U. Stelkens (Fußn. 28), § 35a Rn. 47.

⁹³ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (267).

d) Ausweitung auf lernende Algorithmen?

Von künstlicher Intelligenz im Sinne einer eigenständigen Problemlösungsfähigkeit sollte aber lediglich bei lernenden Algorithmen gesprochen werden.⁹⁴ Deren Einsatz wird zwar von § 35a VwVfG nicht explizit angesprochen. Er scheitert aber nach gegenwärtiger Rechtslage bereits am Ausschluss vollautomatisierter Verwaltungsakte bei Gestaltungsspielräumen.⁹⁵ Zudem sind die Entscheidungsprozesse künstlicher Intelligenz gegenwärtig noch von Intransparenz geprägt, so dass sie zu Recht als „Blackbox“ bezeichnet werden.⁹⁶ Daher kommt ihr Einsatz gegenwärtig lediglich allenfalls jenseits des § 35a VwVfG in Betracht. Zu denken ist etwa an einfache Auskünfte durch sog. GovBots.⁹⁷ Hier stellt sich jedoch die Frage, ob es sich bereits um künstliche Intelligenz mit eigenständiger Problemlösungsfähigkeit handelt oder lediglich um vollständig determinierte Algorithmen.

e) Erfordernis einer rechtlichen Einhegung

Vor allem aber müssen bei einer weiteren Öffnung des VwVfG für den Einsatz künstlicher Intelligenz die allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstäbe eingehalten werden.⁹⁸ Dies führt zum Erfordernis einer rechtlichen Einhegung des Einsatzes künstlicher Intelligenz.⁹⁹ Deshalb bedarf es aus Gründen der Legitimation sowie der rechtsstaatlichen Vorhersehbarkeit der Steuerung durch ein Parlamentsgesetz.¹⁰⁰ Angesichts der Tragweite einer Vollautomatisierung ist die Regelung des § 35a VwVfG deshalb auch aus verfassungsrechtlichen Gründen auf eine spezifische Ergänzung durch Fachrecht angewiesen.¹⁰¹ Das

⁹⁴ M. Herberger, NJW 2018, 2825 (2827), betont zu Recht, dass Algorithmen gegenwärtig zumeist noch „Gebilde des menschlichen Geistes“ sind.

⁹⁵ Hierzu H. P. Bull, DVBl. 2017, 409 (412); L. Guggenberger, NVwZ 2019, 844 (848).

⁹⁶ Ausf. M. Martini (Fußn. 12), S. 33 ff.

⁹⁷ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (278).

⁹⁸ Hierzu H. Kube, VVDStRL 78, 2019, 289 (313 ff.).

⁹⁹ Hierzu H. P. Bull, Der Staat 2019, 57 ff.; A. Guckelberger (Fußn. 11), Rn. 578.

¹⁰⁰ H. Kube, VVDStRL 78, 2019, 289 (314 ff.).

¹⁰¹ H. Kube, VVDStRL 78, 2019, 289 (322).

Erfordernis der Legitimation¹⁰² hat zudem zur Folge, dass der Öffnungsprozess auch de lege ferenda begrenzt bleiben muss auf überwacht lernende Algorithmen.¹⁰³ Darüber hinaus müsste der Lernprozess begleitend von ihrerseits demokratisch legitimierten natürlichen Personen begleitend überwacht werden.¹⁰⁴ Schließlich darf der Lernprozess nicht verabsolutiert werden. Daher bleiben personalisierte Verfahrensnachträge, wie sie bereits aus der Vorschrift des § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG bekannt sind, unerlässlich.

V. Fazit und Ausblick

E-Government hat bereits in vielerlei Hinsicht Einzug gehalten in das VwVfG. Der teilautomatisierte Verwaltungsakt ist in vielen Bereichen bereits Verwaltungswirklichkeit. Die Modifizierungen der allgemeinen Verfahrensgebote bedürfen jedoch der sorgfältigen Handhabung im Einzelfall. Für den vollautomatisierten Verwaltungsakt nach § 35a VwVfG müssen jedoch zunächst geeignete Anwendungsfelder ermittelt werden. De lege ferenda wäre über Anpassungsbedarfe nachzudenken. Dies betrifft etwa die Streichung der spezifischen Ausnahmemöglichkeit nach § 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG, die Bekanntgabe durch schlichte Abrufmöglichkeit oder die Modifizierung des Akteneinsichtsrechts nach § 29 VwVfG. Ein wichtiges rechtspolitisches Desiderat zur Stärkung des VwVfG wäre zudem die Integration einzelner Anforderungen der E-Government-Gesetze in das VwVfG. Dies gilt insbesondere für die Zugangseröffnung und das Akteneinsichtsrecht. Schließlich wäre – noch weiter vorausblickend – über die Einsatzmöglichkeit überwacht lernender Algorithmen nachzudenken. Allerdings sind stets auch die Grenzen eines solchen digitalen Öffnungsprozesses im Blick zu behalten. So steht die erforderliche rechtliche Einhegung dieses Prozesses in einem Spannungsverhältnis zu einer allzu visio-

¹⁰² Hierzu eingehend *W. Hoffmann-Riem*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: Unger/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), *Demokratie und künstliche Intelligenz*, 2019, 129 ff.

¹⁰³ So auch *H. P. Bull*, *Der Staat* 2019, 57 (64), mit einem klaren Votum gegen selbständig relevante Entscheidung vermeintlich autonomer Maschinen.

¹⁰⁴ *H. Kube*, *VVDStRL* 78, 2019, 289 (316 ff.); *U. Stelkens* (Fußn. 28), § 35a Rn. 47 a.E.

nären Betrachtung des E-Government aus Sicht der Informationstechnologie.¹⁰⁵ Das (vermeintliche) Idealbild einer vollständig digitalisierten Verwaltung wird daher auch weiterhin eine Vision bleiben.¹⁰⁶ Diesseits solcher Grenzen bleibt es die wichtige Aufgabe insbesondere der Rechtswissenschaft, den unaufhaltsamen und stetig voranschreitenden Prozess der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung konstruktiv-kritisch zu begleiten.¹⁰⁷

¹⁰⁵ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (244).

¹⁰⁶ So deutlich H. P. Bull, DÖV 2019, 959, mit der Bezeichnung der vollständig digitalisierten Verwaltung als „irreführendes Ziel“ einer Verwaltungsreform.

¹⁰⁷ A. Guckelberger, VVDStRL 78, 2019, 235 (282).

Das Verwaltungsverfahrensgesetz als legal transplant

Jan Ziekow

Dass sich das Wirken von ministeriellen Rechtsetzungsreferaten über die deutschen Grenzen hinaus erstreckt, ist durchaus nicht häufig, erst recht, wenn es um so etwas stark Kontextualisiertes wie prozedurale Interaktionen geht. Heribert Schmitz hat dies immer anders gesehen und dadurch sehr befruchtend für die Rechtsordnungen anderer Staaten gewirkt. Dass es dabei nicht nur, aber zentral um das Verwaltungsverfahrensgesetz ging, lag natürlich zentral in der Zuständigkeit des Referats von Heribert Schmitz begründet. Hieran anknüpfend soll im Folgenden versucht werden, einige Gedanken zur Wirkung des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes im Ausland, der klassische deutsche Jurist würde wahrscheinlich von „Rezeption“ sprechen, der an der internationalen Diskussion Orientierte von „legal transplant“¹, zu formulieren. Bei diesen Überlegungen wird das Beispiel der Transformationsstaaten Zentralasiens im Vordergrund stehen. In diesen Ländern sind die Entwicklungen am aktuellsten – und die Probleme am virulentesten.

I. Der Rechtsstaat und die Rezeption rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrensgesetzes

Nach deutschem Verständnis ist das Verwaltungsverfahrensgesetz auf das engste mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verwoben. Das Verwaltungsverfahrensgesetz ist der Transmissionsriemen, der – nicht allein, aber auch – verfassungsrechtliche Standards in den Alltag der Verwaltung übersetzt. Für die Frage des Rechtstransfers führt dies zunächst zu der Frage, welches Verständnis des Verhältnisses von Staat und Recht, insbesondere von Rechtsstaatsprinzip und rule of law, zugrunde gelegt wird.

Bekanntlich gibt es durchaus unterschiedliche Verständnisse des Rechtsstaatsbegriffs, die noch komplizierter werden, weil parallel die rule of law herangezogen wird. Nicht selten besteht eine Tendenz, die rule of law in einem rein formellen Sinne des sticking to the rules zu verstehen oder die rule of law

¹ Vgl. nur *Christian Kirchner/David Ehmke*, Recht und Staat, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 455 (460).

sogar auf die rule by law reduzieren². Zwar gibt es in der internationalen Diskussion weiterhin das formale Verständnis der rule of law als sticking to the rules. Doch hat sich die Diskussion schon seit langem deutlich verbreitert, indem die rule of law durch materielle Elemente z. B. menschenrechtlichen Gehalts aufgeladen wird.³ Diese Diskussion läuft parallel zu den unterschiedlichen Verständnissen des Rechtsstaats in Deutschland. Wohl ganz überwiegend wird in der Deutschland der Begriff des Rechtsstaats in einem materiellen Sinne verstanden. Über den formellen Rechtsstaatsbegriff hinausgehend umfasst der materielle Rechtsstaatsbegriff insbesondere eine Bindung an die Grundrechte und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Schutz vor Willkür und die Verbindung mit einer demokratischen Staatsordnung.⁴

Es ist offensichtlich, dass in verschiedenen Ländern Zentralasiens zwar eine Orientierung am deutschen Verwaltungsrecht, insbesondere dem Verwaltungsverfahrenrecht, erfolgte, ohne dass das Staatsverständnis einem materiellen Rechtsstaat entspricht. In der Rechtstranformation ist dieses Phänomen als Unterscheidung zwischen „thick conception“ und „thin conception“ bekannt. Unter einer „thick conception“ versteht man die Integration des Rechtstransfers in den Aufbau eines vollwertigen „Rechtsstaats“ im westlichen Sinne. Die legal transplants sind also von vornherein in eine Transformation, deren Ziel einer funktionierender „Rechtsstaat“ ist, eingebettet und deren wesentliche Elemente. Demgegenüber ist unter einer „thin conception“ eine unter rechtsstaatlichem Blickwinkel zunächst unvollständige Transformation zu verstehen. Bei einer thin conception geht es zunächst nur darum, bestimmte Kernelemente eines „Rechtsstaats“ zu verwirklichen. Das sind insbesondere die Achtung der Menschenrechte, die Gesetzesbindung der Verwaltung und die Unabhängigkeit der Gerichte. Insbesondere die nach deutschem Verständnis dem „Rechtsstaat“ immanente demokratische Komponente wird zurückgestellt. In diesem Fall zielt die Förderung des Rechtstransfers durch westliche Staaten auf eine inkrementalistische Entwicklung, also auf das Beschreiten des Weges zum „Rechtsstaat“.⁵

² Zur Unterscheidung zwischen rule of law und rule by law vgl. *Teng-Chie Yang*, Rule of Law oder Rule by Law, JÖR 65 (2017), S. 877 ff.

³ Zu den unterschiedlichen Aufladungen der rule of law vgl. nur *Sarah-Ellen Bobrowski*, Rechtsstaatsexport im Rahmen bilateraler und multilateraler Entwicklungszusammenarbeit, 2017, S. 65 ff.

⁴ *Helge Sodan/Jan Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 7.

⁵ Zum Ganzen vgl. *Christian Heuser*, Deutsche Rechtsreformberatung zur Unterstützung der Systemtransformation in der Republik Aserbaidschan, 2016, S. 62 f.

Bereits hier wird deutlich, dass es für die Rolle rezipierten Rechts in Transformationsstaaten und insbesondere die Rolle des deutschen Verwaltungsrechts zentral auf die Berücksichtigung der System- und Kontextbedingungen ankommt.

II. Systemtransformation und die Rolle des Rechts

Nach deutschem Verständnis ist eine Systemtransformation ohne legal transformation nicht möglich⁶. Dies entspricht auch dem institutionenökonomischen Ansatz in der Transformationsforschung, wonach für eine umfassende Transformation des staatlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems auch eine neue Austarierung des Verhältnisses von alten und neuen Institutionen erforderlich ist⁷. Zu diesen Institutionen gehört auch das Recht. Dies gilt erst recht dann, wenn die Transformation von einem totalitären kommunistischen System wie der Sowjetunion hin zu einer marktwirtschaftlichen Ordnung in einem rechtsstaatlichen Rahmen erfolgt. Hierfür ist ein grundlegender Wandel des gesamten Rechtssystems des betreffenden Staates erforderlich.

Es gibt zwar in der Geschichte auch Fälle, in denen ein solcher Wandel endogen, also ohne Rückgriff auf den Bestand anderer Rechtsordnungen erfolgt. Dies setzt allerdings in der Regel voraus, dass in dem betreffenden Staat frühere rechtsstaatliche Erfahrungen und rechtssystematische Anknüpfungspunkte vorhanden waren. In den Nachfolgestaaten der früheren Sowjetunion und der von ihr beherrschten selbstständigen Staaten konnte dies wegen der langen Dauer der sowjetischen Herrschaft kaum der Fall sein. Hier bedarf es eines exogenen Instruments, um die legal transformation auf den Weg zu bringen.

Als ein solches Instrument können die in der neueren Transformationsforschung so bezeichneten legal transplants angesehen werden. Legal transplants sind nicht identisch mit der Rezeption von Rechtsinstituten einer fremden Rechtsordnung, sondern ein Ausschnitt aus dem weit umfassenderen Rezeptionsbegriff. Eine Rezeption fremden Rechts kann eine bewusste Übernahme von Rechtsinstituten aus einer anderen Rechtsordnung sein, muss es

⁶ Christian Kirchner/David Ehmke, Recht und Staat, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 455.

⁷ Matthias Dauner/Stefan Voigt, Institutionen, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 47 (54 f.).

aber nicht. Wie die Geschichte der Rezeption des Römischen Rechts in Zentraleuropa gezeigt hat, kann die Aufnahme fremden Rechts auch ein jahrhundertelanger Prozesse der sukzessiven Implementation sein, der gerade nicht auf einen bewussten Akt zurückzuführen ist. Legal Transplants beruhen auf einer bewussten Entscheidung, Rechtsinstitute aus einer fremden Rechtsordnung in die eigene zu übernehmen – sei es mit, sei es ohne Unterstützung des Staates der fremden Rechtsordnung.

In der Forschung zur Transformation im postsowjetischen Raum wird die These vertreten, dass die umfangreiche Übernahme von Recht der westlichen Demokratien im Grunde dem Prozess der Bildung von Nationen zuwiderlaufe. Durch die Vorformung der von den nationalen Parlamenten erlassenen Gesetze durch ausländische Vorbilder und Beratungsorganisationen sei die Findung einer eigenständigen rechtlichen Identität in souveräner Entscheidung der jungen Nationen faktisch ausgehöhlt worden.⁸ Dies macht die Risiken eines disruptiven Ansatzes der Rechtsentwicklung in der Systemtransformation deutlich. Indem kein eigener nationaler Konsens und Weg einer Identitätsbildung im Recht verfolgt, sondern fremdes Recht bewusst rezipiert wird, wird der Charakter der Systemtransformation verändert. Dies muss allerdings nicht negativ sein, sofern die Rechtsübernahme als bewusster Akt der Setzung eines Innovationsimpulses zur Beschleunigung einer ohnehin gewollten Entwicklung ist. Da die Übernahme eines Gesetzes gerade in Transformationsstaaten schneller geht als die Entwicklung eines vollständig eigenen Ansatzes und die politischen Widerstände geringer sind, ist eine Übernahme von Recht in der Regel mit geringeren primären Kosten verbunden als die Entwicklung eines eigenen Ansatzes⁹. Unter den primären Kosten sind sozusagen die unmittelbaren Transaktionskosten des Erlasses eines Gesetzes zu verstehen. Es geht hier um die Frage, wieviel Humanressourcen zur Erarbeitung eines Gesetzes eingesetzt werden müssen, und wie hoch die sog. politischen Kosten sind, um den Erlass des Gesetzes durchzusetzen. In diesem Fall kann die Systemtransformation durch die disruptive Rezeption ausländischen Rechts vorangebracht werden.

⁸ *Natalia Pankevich*, Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.), Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, 2014, S. 39 (58 ff.).

⁹ *Christian Kirchner/David Ehmke*, Recht und Staat, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 455 (461).

Die Orientierung an rechtlichen Vorbildern eines bestimmten Rechtsraumes, hier des westlichen Rechtsstaates, kann durchaus als Statement verstanden werden, sich diesem Rechtsraum anzunähern und mit diesem kommunikationsfähig zu sein¹⁰. Allerdings setzt dies voraus, dass die aktive Rezeption des fremden Rechts als Transformationshebel bewusst und reflektiert erfolgt. Dies ist die Frage der sekundären (oder: versteckten) Kosten der Rezeption. Die Sekundärkosten sind hauptsächlich die Implementierungskosten. Das sind die Kosten, die durch eine mangelhafte Einpassung von legal transplants in die aufnehmende Rechtsordnung und daraus entstehende Brüche und Anwendungsunsicherheiten im Rechtssystem verursacht werden¹¹.

Legal transplants können eine sehr unterschiedliche Reichweite haben: Es kann sich erstens um den Import einzelner Rechtsinstitute handeln, die beispielsweise zur Schließung einer Regelungslücke oder als Innovation verstanden werden. Ein Beispiel im Verwaltungsverfahrenrecht wäre die Übernahme des Rechtsinstituts des Verwaltungsakts. Umfangreicher ist zweitens die Übernahme eines zusammenhängenden Regelungskomplexes. Beispiel wäre die Übernahme aller an die Rechtsfigur des Verwaltungsakts anknüpfenden Regelungen, etwa zur Bekanntgabe, Bestandskraft etc. Das umfassendste legal transplant ist schließlich die Übernahme einer gesamten Kodikation, beispielsweise eines ganzen Verwaltungsverfahrensgesetzes.

Die Wirkungen von legal transplants hängen davon ab, auf welcher dieser drei Stufen das transplant steht. Für jedes legal transplant ist zunächst zu beachten, dass die übernommenen Rechtsinstitute bzw. Regelungen in ihrem Ursprungsland in einem rechtssystematischen und kulturellen Kontext stehen. Innerhalb dieses Kontexts werden die Regelungen im Ursprungsland verstanden und angewendet. Werden nur einzelne Rechtsinstitute als legal transplant übernommen, so werden sie aus ihrem bisherigen Kontext herausgelöst und in einen neuen Kontext eingebettet. Es vermischen sich das transplantierte Rechtsinstitut und die in der rezipierenden Rechtsordnung vorhandenen, in einem anderen Kontext stehenden Rechtsinstitute zu einem unauflöslchen Amalgam. Das legal transplant enthält dann über kurz oder lang eine andere

¹⁰ Vgl. *Natalia Pankevich*, Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.), Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, 2014, S. 39 (64).

¹¹ *Christian Kirchner/David Ehmke*, Recht und Staat, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 455 (461).

Bedeutung als in der Rechtsordnung, aus der es kommt¹². Dies muss bei der Entscheidung, ein Rechtsinstitut zu übernehmen, beachtet werden.

Ein wenig anders verhält es sich, wenn nicht ein einzelnes Rechtsinstitut, sondern eine komplette Kodikation wie das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz als legal transplant übernommen wird. In diesem Fall muss zwar ebenfalls die Einbettung in die vorhandene Rechtsordnung und den kulturellen Kontext des rezipierenden Landes berücksichtigt werden, doch ist die Gefahr von Systembrüchen und -widersprüchen geringer. Allerdings bleibt auch hier zu beachten, dass die übernommene Kodifikation in der Rechtspraxis des Ursprungslandes in einer bestimmten Weise verstanden und ausgelegt wird. Ich nehme als Beispiel das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz. Viele Regelungen dieses Gesetzes sind sehr abstrakt. Von den Verwaltungsgerichten sind aber in jahrzehntelanger Auslegungspraxis häufig Fallgruppen für die Anwendung von solchen abstrakten Regelungen entwickelt worden, die das Gesetz für die tägliche Praxis handhabbar machen. Mit der Übernahme des Verwaltungsverfahrensgesetzes gehen diese Konkretisierungen verloren.¹³ Noch schwieriger ist für Länder mit sowjetischer Vorgeschichte, die auf keine konsolidierte Tradition richterlicher Auslegung und Rechtsfortbildung aufbauen können. In solchen Ländern fehlt nicht selten das Verständnis für die Konkretisierungsbedürftigkeit der rezipierten Regelungen.

Dieses Problem ist auch in der EU bekannt, die viele verschiedene nationale Rechtsordnungen mit sehr unterschiedlichen Rechtstraditionen enthält. Dort ist es z. B. im Vergaberecht, das ja auch ein besonderes Verwaltungsverfahrenrecht ist, üblich, dass nach einigen Jahren die Kodifikation der EU neugefasst und die umfangreiche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in den Normtext eingearbeitet wird. Dieser Weg könnte auch für die Übernahme von Kodifikationen als legal transplant in Erwägung gezogen werden, so dass wesentliche Konkretisierungen der Vorschriften durch die Rechtsprechung des Ursprungslandes unmittelbar in den Normtext des legal transplants eingearbeitet werden.

¹² Vgl. *Natalia Pankevich*, Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries, in: Kurzynsky-Singer (Hrsg.), Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, 2014, S. 39 (64).

¹³ *Eugenia Kurzynsky-Singer*, Wirkungsweise der *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts, in: dies. (Hrsg.), Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, 2014, S. 3 (5).

Dass dieser sog. Wirkungsebene, d. h. der Frage, ob und in welcher Weise legal transplants in der rezipierenden Rechtsordnung wirken, zentrale Bedeutung zukommt, ist in der Transformationsforschung bekannt. Die entstehenden Probleme können von der schlichten Nichtanwendung der legal transplants bis zur systemunangemessenen Anwendung bis zu durch informelle Regelsysteme determinierten Ausweichbewegungen mit hohen sekundären Kosten reichen.¹⁴

III. Die Rolle des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Rechtsstaat

Für die Rolle, die die Rezeption von Verwaltungsrecht des deutschen Typus in postsowjetischen Transformationsstaaten spielen kann, ist das sehr unterschiedliche Vorverständnis zu beachten. Gerade verwaltungsrechtliche legal transplants sind aufs engste verbunden mit dem staatlichen Machtapparat und der Politikformulierung und -durchsetzung. Die sowjetische Rechtstradition und auch das vorsowjetische Verständnis im zaristischen Russland beruhen auf dem Topos absoluter staatlicher Gestaltungsmacht. In diesem Verständnis konnte es von vornherein nicht die die deutsche Rechtsordnung prägende grundsätzliche Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geben.¹⁵

Demgegenüber ist nach dem deutschen Vorverständnis die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht bloß theoretischer Natur, sondern essentiell für den Rechtsstaat: Das Privatrecht ist der Raum individueller Freiheit, in dem Bürger auf der Ebene der Rechtsgleichheit miteinander interagieren. Da der Staat mächtiger ist als alle anderen Akteure, ist das Privatrecht nicht das geeignete Mittel, um die Freiheit der Bürger gegen den Staat zu schützen. Hierfür bedarf es eines Sonderrechts zur Einhegung der staatlichen Übermacht in Gestalt des öffentlichen Rechts.

Neuere Studien zum Stand der Rechtsentwicklung in den postsowjetischen Transformationsstaaten zeigen, dass diese für das deutsche Recht kategoriale und für die Anwendung des Verwaltungsgerichts fundamentale Unterschei-

¹⁴ Christian Kirchner/David Ehmke, Recht und Staat, in: Kollmorgen/Merkel/Wagener, Handbuch Transformationsforschung, 2015, S. 455 (461 f.).

¹⁵ Eugenia Kurzynsky-Singer, Wirkungsweise der *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts, in: dies. (Hrsg.), Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, 2014, S. 3 (15 ff.).

dung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zwar nominell übernommen, nicht immer aber auch strukturell verinnerlicht wurde¹⁶. In diesem Fall bekommt das Verwaltungsrecht eine völlig andere Konnotation.

IV. Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts in Deutschland als Vorbild für Transformationsstaaten

Das zentrale Gesetz des deutschen Allgemeinen Verwaltungsrechts, das Verwaltungsverfahrensgesetz, kann durchaus als „Exportschlag“ bezeichnet werden. Es ist die mehr oder weniger stark modifizierte Grundlage für den Erlass von verwaltungsverfahrensrechtlichen Kodifikationen in verschiedenen Ländern, auch Zentralasiens. Die Gründe für diesen Erfolg des VwVfG liegen vor allem in seiner systematischen Klarheit und seiner Konzentration auf die zentralen Grundsätze und Rechtsinstitute. Der damit verbundene hohe Abstraktionsgrad der Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts lässt sie flexibel und anpassungsfähig auf die Rechtsordnungen von Transformationsstaaten erscheinen.

Allerdings beruht das gute Funktionieren des VwVfG in der deutschen Rechtspraxis auf bestimmten Bedingungen, die berücksichtigt werden müssen, soll das Verwaltungsverfahrensrecht zu einem erfolgreichen legal transplant werden. Hierzu gehört zunächst die evolutive, organische Entwicklung des Gesetzes aus den zuvor schon von den Gerichten entwickelten ungeschriebenen Grundsätzen heraus. Gemessen an seinem grundlegenden Charakter ist das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz erst relativ spät, nämlich 1976 erlassen worden. Bereits vor dem Verwaltungsverfahrensgesetz hatten die Gerichte unmittelbar aus der Verfassung und aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen einen umfangreichen Bestand von Grundsätzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts entwickelt. Diese ungeschriebenen, durch die Gerichte entwickelten Grundsätze sind dann größtenteils durch das Verwaltungsverfahrensgesetz systematisiert und übernommen worden. Zusätzlich hat das

¹⁶ Eugenia Kurzynsky-Singer, *Wirkungsweise der legal transplants bei den Reformen des Zivilrechts*, in: dies. (Hrsg.), *Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien*, 2014, S. 3 (17 ff.).

Verwaltungsverfahrensgesetz auch die notwendige Verzahnung mit den Gesetzen des besonderen Verwaltungsrechts herbeigeführt und einige weitere Rechtsinstitute eingeführt.¹⁷

Diese evolutive Entwicklung des VwVfG aus der bestehenden Rechtsordnung heraus mag erklären, weshalb das Gesetz die mit ihm verfolgten Funktionen in Deutschland in der Rechtspraxis auch tatsächlich mit einem hohen Wirkungsgrad leistet. Die Kontextbedingungen bei einer Übernahme des deutschen Verwaltungsverfahrenrechts als legal transplant in die im Umbruch befindliche Rechtsordnung eines Transformationsstaats sind völlig andere. In Transformationsstaaten wirkt die Übernahme eher disruptiv. Soll dieser legal transplant den mit ihm verfolgten Innovations- und Modernisierungsimpuls für die Zukunft des Landes wirklich setzen können, so bedarf es bei der Rezeption einer sorgfältigen Abstimmung und Verklammerung mit der sonstigen Rechtsordnung des Landes.

Wenn nur das deutsche Verwaltungsverfahrenrecht übernommen wird, ohne diese Funktionsbedingungen bei der Rezeption zu berücksichtigen, so besteht die Gefahr, dass das legal transplant in der aufnehmenden Rechtsordnung ohne Wirkungen bleibt. So zeigen Untersuchungen zu den Wirkungen des kirgisischen Verwaltungsverfahrensgesetzes, das schon sehr früh, nämlich im Jahre 2004, erlassen worden ist, dass seine Bedeutung in der Praxis über lange Zeit sehr gering geblieben ist. Hierfür gibt es verschiedene Gründe, die u.a. darin liegen, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz in Kirgisistan ohne Bezug zu den Einzelgesetzen des Baurechts, Polizeirechts etc. geblieben ist. Diese bereichsspezifischen Gesetze haben die Rechtsinstitute des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts, z. B. die Figur des Verwaltungsakts, nicht aufgegriffen und nicht an sie angeknüpft.¹⁸ Diese spezifische Verzahnung von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht, die im deutschen Verwaltungsrecht gerade die Stärke des VwVfG ausmacht, ist hier nicht mitgedacht worden.

¹⁷ Dazu *Ulrich Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 20. Aufl. 2019, Einführung I Rdnr. 24 ff.

¹⁸ *Jörg Pudelka/Jens Deppe*, Allgemeines Verwaltungsrecht in Zentralasien in der Entwicklung, Wissenschaftliche Beiträge des Ostinstituts Wismar, Ost-Letter 2-2017, S. 18 f.

V. Herausforderungen

Juristen neigen dazu, aus dem bloßen Umstand, dass ein Gesetz erlassen worden ist, zu folgern, es werde erstens angewandt und zweitens in einer Weise angewandt, die dem Sinn des Gesetzes entspricht. Dass Beides allerdings keineswegs selbstverständlich ist, ist für jeden, der sich mit Rechtsgeschichte beschäftigt, offensichtlich.

Ein Kernelement der Entwicklungszusammenarbeit, das *capacity building*, ist auch hier zu beachten. Die mit den *legal transplants* arbeiten Institutionen und Personen müssen in die Lage versetzt werden, das rezipierte Recht zu verstehen und in der Anwendung an die Kontexte im rezipierenden Staat anzupassen. Das übernommene Recht darf nicht statisch als erratischer Block verstanden werden, sondern muss ein gelebtes, dynamisches, aus sich heraus entwicklungsfähiges System sein. Ohne eine solche Entwicklungsfähigkeit verpufft der mit dem *legal transplant* gesetzte Innovationsimpuls weitgehend wirkungslos. Ein *capacity building* könnte vor allem folgende Elemente beinhalten:

Den wichtigsten Gesichtspunkt würde ich als „Anwendungssouveränität“ bezeichnen. Darunter verstehe ich eine Zusammenfassung von verschiedenen Aspekten, die dazu führen, dass die *legal transplants* in ihrem neuen rechtskulturellen Kontext sinnvoll angewendet werden. Von zentraler Bedeutung ist natürlich die sichere Beherrschung juristischer Methodik. Gerade im rechtskulturell durch sowjetische Traditionen geprägten Bereich war eine sehr stark am Wortlaut der Norm haftende Auslegung herrschend. Es hat sich historisch jedoch sehr schnell gezeigt, dass eine solche enge Wortlautbindung der dynamischen Entwicklung moderner Wirtschaften und Gesellschaften nicht gewachsen ist. Die notwendige Kombination von Rückbindung an den vom Gesetzgeber mit dem Normerlass verfolgten Zweck einerseits und Flexibilität, die Norm auf unterschiedliche Situationen anwenden zu können, andererseits wird durch den Vorrang der teleologischen Auslegung gewährleistet.

Es ist daher unbedingt notwendig, dass gerade in transformierten Rechtsordnungen, die ein Amalgam verschiedener Rechtsbestandteile darstellen, ein verfestigtes Verständnis erreicht wird, dass die Anwendung einer Norm auf der Grundlage der Funktion und des Zwecks eines Rechtsinstituts erfolgt. Der Rechtsanwender muss wirklich verstehen, wozu ein Rechtsinstitut dient und welche Folgen es für die Lösung eines Falls hat, wenn das betreffende Rechtsinstitut zur Anwendung kommt oder nicht. Gerade die Vorschriften des deutschen Allgemeinen Verwaltungsrechts sind häufig auf Ausfüllung und Abwägung im Einzelfall angelegt. Dies kann nur gelingen, wenn der Rechtsanwender

über eine hinreichende Methodensicherheit verfügt. Dies ist umso mehr von Bedeutung, weil legal transplants bei ihrer Übernahme aus einer fremden Rechtsordnung nicht selten auch ihre Funktion und ihren Zweck zumindest teilweise verändern, wenn sie mit Bestandteilen der alten, in Zentralasien sowjetischen, Rechtstradition gemischt werden. Soll diese Mischung sich zu einer neuen, eigenständigen Rechtsordnung entwickeln, so ist eben die auf sicherer Beherrschung der juristischen Methodenlehre basierende „Anwendungssouveränität“ erforderlich.

Der zentrale Ansatzpunkt für die Etablierung einer solchen Anwendungssouveränität muss die juristische Ausbildung an den juristischen Fakultäten sein¹⁹. Sie muss dafür geeignet sein, dass die künftigen Juristen den Zweck der legal transplants verstehen und sie im Kontext der eigenen Rechtsordnung unter Nutzung juristischer Auslegungsmethoden anwenden lernen. Hierfür bedarf es an den juristischen Fakultäten sowohl der Ausbildung in der allgemeinen juristischen Methodenlehre, die nach dem Sinn und Zweck einer Norm im Rechtssystem fragt, als auch einer vertiefenden Ausbildung im Verwaltungsrecht. Die Ausbildung muss sowohl die theoretischen und systematischen Zusammenhänge der verwaltungsrechtlichen Normen erklären als auch darin üben, diese Normen im Einzelfall anzuwenden.

Ein wesentliches Instrument zur Unterstützung der juristischen Ausbildung sind Lehrbücher, die es gerade im Verwaltungsrecht noch nicht in allen Transformationsstaaten Zentralasiens gibt. Wichtig ist insbesondere, dass die Lehrbücher nicht bloß den Gesetzestext zusammenfassen und Sätze zum Auswendiglernen enthalten, sondern Verständnis bilden. Ein gutes Lehrbuch vermittelt sowohl Wissen als auch Verständnis als auch das methodische Rüstzeug für die einzelfallbezogene Anwendung des Rechts. Damit dies gelingen kann, muss an den juristischen Fakultäten nicht nur die Ausbildung gestärkt werden, sondern auch die rechtswissenschaftliche Forschung entwickelt werden. Nach deutschen Erfahrungen ist eine starke *Rechtswissenschaft* das Rückgrat für die Fortentwicklung des Rechtssystems.

Für die systematische Fortentwicklung des Rechtssystems in Deutschland von großer Bedeutung ist die Literaturgattung des Kommentars. Dies gilt ge-

¹⁹ Vgl. *Lado Chanturia*, Voraussetzungen einer erfolgreichen juristischen Zusammenarbeit aus der Sicht der Transformationsgesellschaften, in: Küpper/Brenn (Hrsg.), *Rechtstransfer und internationale rechtliche Zusammenarbeit. Deutsche und japanische Erfahrungen bei der Kooperation mit Osteuropa und Zentralasien*, 2010, S. 117 (132 f.).

rade im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts. Viele Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts sind sehr allgemein gehalten und haben einen hohen Abstraktionsgrad. Für die Anwendungspraxis sind die Vorschriften häufig wesentlich besser verständlich, wenn sie erläutert werden. Dies betrifft die mit der Vorschrift verfolgten Ziele des Gesetzgebers, die systematische Stellung der Vorschrift im Verhältnis zu anderen Normen und der bei objektiver Auslegung ermittelbare Zweck der Regelung. Eine weitere Funktion von Kommentaren ist es, die zu den einzelnen Vorschriften ergehenden Gerichtsurteile zu systematisieren, sich kritisch mit ihnen auseinanderzusetzen und über die Einzelfalldarstellung hinausreichende Strukturen sichtbar zu machen. Kommentare sind eine wichtige Informationsquelle für die Rechtspraxis, stärken die Sicherheit der Rechtsanwendung und sind ein Fundament für die eigenständige Weiterentwicklung der Rechtsordnung. Daher ist die Förderung des Entstehens von Kommentaren in verschiedenen Ländern eines der von der deutschen Entwicklungszusammenarbeit geförderten Instrumente zur Stabilisierung der legal transplants für die Zukunft.

VI. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass der Grad der rechtsstaatlichen Entwicklung in den Ländern Zentralasiens sehr unterschiedlich ist. Es gibt Länder mit vergleichsweise gut etablierten parlamentarisch-demokratischen Systemen wie die Mongolei, und die neuere Entwicklung in Armenien und Georgien berechtigt ebenfalls zu Hoffnungen. Am anderen Ende der Skala sind Staaten, die bestenfalls autokratisch zu nennen sind. Die deutsche Unterstützung dieser Staaten in der Entwicklung des Verwaltungsrechts beruht daher auf einem durchaus instrumentellen Verständnis des verwaltungsrechtlichen legal transplants.

Dieser unterschiedliche Kontext ist für die Rolle, die das deutsche Verwaltungsrecht in den Transformationsstaaten Zentralasiens spielt, ebenso zu beachten, wie die sehr unterschiedlichen rechtskulturellen und rechtssystematischen Konnotationen. Ohne ein legal capacity building in einem umfassenden Sinne über einen längeren Zeitraum ist es für das deutsche Verwaltungsrecht schwer, eine sinnvolle Ordnungsfunktion erfüllen zu können. So gut durchdacht das VwVfG auch ist und so sehr es in der Tat ein „Exportschlager“ ist: Damit es als legal transplant tatsächlich in der aufnehmenden Rechtsordnung Wirkungen entfaltet, bedarf es einer Fülle von anpassenden und begleitenden Maßnahmen.

Beschleunigungsgesetze – Machen Gesetze wie das NABEG Planungsverfahren schneller?¹

Olaf Reidt

Gerade bei Großvorhaben wird in Deutschland immer wieder das Thema Beschleunigung diskutiert. Im Bau- und Planungsrecht gibt es daher auch eine Vielzahl von Gesetzen, in deren Namen auch das Wort Beschleunigung auftaucht. Das NABEG, also das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz ist dabei nur ein Beispiel von vielen.²

I. Gründe langsamer Planung und Realisierung

Bei der, mitunter sicherlich auch nur vermeintlich, zu langsamen Realisierung von Vorhaben wird hinsichtlich der Gründe in der öffentlichen Diskussion häufig nicht weiter differenziert, ob die Verzögerung an einer schlechten Planung und Vorbereitung lag, einem möglicherweise zu lange dauernden Zulassungsverfahren, zu langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzungen oder ob es daran lag, dass anschließende Vergabeverfahren zu lange dauerten oder es während der Bauphase zu Verzögerungen kam.

Auch die Anstrengungen, derartige Missstände zu beseitigen, gehen daher mitunter an den eigentlichen Problemen schon deshalb vorbei, weil diese nicht mit der gebotenen Sorgfalt analysiert werden. Etwa der Umstand, dass der neue Berliner Flughafen bisher noch nicht in Betrieb ist (auch wenn dies jetzt für den 31.10.2020 angekündigt ist), hat völlig andere Gründe als etwa der noch immer nicht erfolgte Ausbau von Außen- und Unterweser, der mit ungeklärten Fragen zum Verschlechterungsgebot nach der Wasserrahmen-

¹ Geringfügig aktualisierter und überarbeiteter sowie um Fußnoten ergänzter Vortrag anlässlich des Symposiums aus Anlass der Verleihung der Ehrenmedaille des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung an Herrn Dr. *Heribert Schmitz* am 15. November 2019 in Speyer.

² S. etwa auch Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz, Gesetz zur Beschleunigung von Planverfahren zu Infrastrukturvorhaben, Gesetzes zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren im Verkehrsbereich.

richtlinie und einer damit verbundenen Vorlage beim Europäischen Gerichtshof³ zu kämpfen hatte; ergänzend möglicherweise allerdings auch mit einer nicht optimalen Planung, die letztendlich vor allem deshalb beim Bundesverwaltungsgericht scheiterte, weil sich hinter der Fahrrinnenanpassung für Außen- und Unterweser drei eigenständige Vorhaben verbergen und durch deren Zusammenfassung nach der durchaus plausiblen Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts ein falscher Vorhabenbegriff i.S.d. UVP-Gesetzes zugrunde gelegt wurde. Dies schlug dann entsprechend auch auf die Umweltverträglichkeitsprüfung durch und hatte zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht den Planfeststellungsbeschluss für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärte.⁴ Dies klingt in dem dortigen Fall allerdings freundlicher als es ist. Denn im Kern muss das gesamte Verfahren mehr oder minder komplett wiederholt werden. Dies kostet natürlich Zeit. Jedoch liegt dies nicht an der Dauer des Planfeststellungsverfahrens und auch nicht an der Dauer des gerichtlichen Verfahrens, sondern vor allem an materiellen Fehlern der Planung, die nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts vorlagen. Daran ändern daher auch Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung nichts. Eher könnten hier sinnvoll Änderungen des materiellen Rechts weiterhelfen.⁵

In anderen Projekten wiederum liegt auch bereits im Planungsverfahren ein Hauptproblem in der schieren Masse der zu bewältigenden Anforderungen. Ein gutes Beispiel hierfür mag die Fahrrinnenanpassung von Außen- und Unterelbe, also die sog. Elbvertiefung, sein. Auch hier dauerte die Planung lange und musste in Form von Planergänzungsbeschlüssen nachgebessert werden. Andererseits darf man nicht übersehen, dass bereits der ursprüngliche Planfeststellungsbeschluss, also ohne Antragsunterlagen und auch ohne die späteren Planergänzungen, 2593 Seiten umfasste (wobei man eine kleinere Schriftgröße wählte, um nicht über 3000 Seiten zu kommen).⁶ Dies ist natürlich viel, andererseits darf man nicht übersehen, dass es um zahlreiche Betroffenheiten ging, wie etwa die Wasserqualität, die Deichsicherheit, Betroffenheiten von Fischern und Landwirten usw. Das Vorhaben quert insgesamt 18 FFH-Gebiete und 9 Vogelschutzgebiete.

Hier, wie allerdings auch bei vielen anderen, vor allem großen, Vorhaben, kommt die Intensivierung der Öffentlichkeitsbeteiligung hinzu. Dies betrifft

³ BVerwG, Beschluss vom 11.07.2013 – 7 A 20/11, DVBl. 2013, 1450.

⁴ BVerwG, Urteil vom 11.08.2016 – 7 A 1.15, BVerwGE 156, 20.

⁵ S. dazu noch unter II.

⁶ S. zu dem Vorhaben insbes. BVerwG, Urteil vom 9.02.2017 – 7 A 2.15, ZUR 2017, S. 424 ff.

nicht nur Art, Umfang und Häufigkeit, sondern auch das Einwendungsverhalten. In früherer Zeit gab es zwar auch häufig Vorhaben mit mehreren tausend Einwendungen. Zumeist handelte es sich dann um einige wenige Einwendungsschreiben, denen lange Einwenderlisten mit den entsprechenden Namen beigelegt waren. In Zeiten der Digitalisierung geht es hingegen häufig eher um Einzeleinwendungen, wenn auch mit vielfach inhaltsgleichem Text. Dies führt zwangsläufig dazu, dass diese Einwendungen einzeln gesichtet und ausgewertet werden müssen und man erst danach feststellt, dass sich der Inhalt ganz oder weitgehend mit bereits vorliegenden Einwendungen deckt. Dies klingt nicht besonders dramatisch. Wenn man allerdings, wie bei großen Vorhaben nicht selten der Fall, über mehrere tausend Einwendungen spricht, führt dies zu einem erheblichen Zeitaufwand, wenn die Einwendungen mit der gebotenen Sorgfalt und Ernsthaftigkeit bearbeitet werden sollen.

Vor diesem gesamten Hintergrund fällt die Antwort, warum die Realisierung gerade von wichtigen Großvorhaben oftmals so lange dauert, schwer. Man muss andererseits allerdings auch konstatieren, dass etwa nach den eigenen Angaben des Eisenbahnbundesamtes und auch der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes Planfeststellungsverfahren in der Regel „nur“ ein bis drei Jahre dauern.⁷ Das ist sicherlich nicht überragend, andererseits aber auch nicht ganz schlecht. Dass besonders komplexe und möglicherweise auch umstrittene Vorhaben mehr Zeit in Anspruch nehmen können, liegt auf der Hand. Wenn das Ergebnis allerdings eine bessere Planung mit geringeren Auswirkungen auf alle betroffenen Interessen ist, muss dies indes nicht von vornherein nachteilig sein.

II. Lösungsansätze

Gleichwohl gibt es zum Thema Beschleunigung von Planungs- und Zulassungsverfahren zahlreiche Vorschläge, die sowohl das Verfahrensrecht als auch das materielle Recht betreffen. Diese können und sollen hier im Einzelnen gar

⁷ S. hierzu Eisenbahn-Bundesamt, Thema: Infrastruktur – Planfeststellung, abzurufen über: https://www.eba.bund.de/DE/Themen/Planfeststellung/planfeststellung_node.html;jsessionid=8312391C1C0505A0174BFF892805D174.live11291#doc1527772bodyText2; Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes (WSV), abzurufen über: <https://www.gdws.wsv.bund.de/DE/wasserstrassen/planfeststellung/planfeststellung-node.html;jsessionid=5BD80DFEB77B4839FD29A3AED1685651.live11291#doc1214570bodyText6>.

nicht darstellt werden. Beispielhaft hingewiesen sei hier lediglich auf den Abschlussbericht des vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur durchgeführten Innovationsforums Planungsbeschleunigung aus dem Jahr 2017⁸ oder etwa auch auf das im Auftrag des Deutschen Industrie- und Handelskammertages erstellte Rechtsgutachten zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren für Gewerbeansiedlungen und Infrastrukturvorhaben vom 20. Dezember 2018.⁹

Übergreifend sind für die Beschleunigung von Planungsverfahren und für die Realisierung von Vorhaben insbesondere folgende Aspekte entscheidend:

- personelle Ausstattung
- Qualifikation und Schulung
- Ablaufroutinen, also eingespielte Abläufe im Verfahren
- möglichst klare und eindeutige materielle Vorgaben
- schneller und effizienter Rechtsschutz für alle Beteiligten.

Es ist sicherlich einzuräumen, dass dies mehr oder minder „Binsenweisheiten“ sind. Sie sind deshalb allerdings nicht falsch. Vielmehr ist dies eher ein Beleg für das Gegenteil. Dabei ist zu betonen, dass die genannten Aspekte weitgehend für die zuständige Behörde und die Vorhabenträger in gleicher Weise gelten. Verfahrensverzögerungen resultieren nicht zwangsläufig daraus, dass für die Zulassungsentscheidung zuständige Behörden zu langsam arbeiten. Nicht selten liegt dies auch an schlechten oder unzureichenden Planungs- und sonstigen Antragsunterlagen.

Vor allem aber dürfte für die Dauer von Verfahren das materielle Recht verantwortlich sein. Dies betrifft zwar auch, jedoch möglicherweise eher nachrangig, dessen hohe Anforderungen. Was insofern an materiellen Maßgaben erfüllbar ist, kann und muss auch ordnungsgemäß abgearbeitet und erfüllt werden. Die Problematik liegt vielfach eher darin, dass weder die Vorhabenträger, noch die beteiligten Behörden oder Dritte genau wissen, welche

⁸ Abzurufen über: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/G/innovationsforum-planungsbeschleunigung-abschlussbericht.pdf?blob=publicationFile>.

⁹ Das von *Reidt/Fellenberg* im Auftrag des Deutschen Industrie- und Handelskammertages erstellte Rechtsgutachten zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren für Gewerbeansiedlungen und Infrastrukturvorhaben vom 20. Dezember 2018 ist abzurufen über: <https://www.dihk.de/resource/blob/3948/135d3ac1bcf356449e57ac2c8f514798/gutachten-planungsbeschleunigung-data.pdf>.

Anforderungen konkret erfüllt werden müssen. Insbesondere die naturschutzrechtlichen Anforderungen sind vielfach so offen und unklar formuliert und so wenig durch fachliche Standards, Fachkonventionen o.ä. untersetzt¹⁰, dass die Akteure nicht wissen, was sie machen müssen. Nicht selten werden daher anstelle einer Verwendung einheitlicher Standards bei jedwedem, vor allem größeren Vorhaben, eigene Kriterien entwickelt, mit den zuständigen Fachbehörden diskutiert, modifiziert und dann letztendlich in aller Regel in sich anschließenden Gerichtsverfahren verprobt – dies leider immer wieder mit ungewissem Ausgang. Ein wesentlicher Grund hierfür dürfte in den vor allem dem Unionsrecht entstammenden umweltrechtlichen Anforderungen liegen, die vielfach sehr allgemein formuliert sind. Gute Beispiele hierfür sind etwa das Verschlechterungsverbot in der Wasserrahmenrichtlinie oder der Begriff der erheblichen Beeinträchtigung von Erhaltungszielen in Natura-2000-Gebieten in der FFH-Richtlinie. Allerdings ist insofern der Vorwurf weniger dem Richtliniengeber zu machen als demjenigen, der die betreffende Richtlinie in nationales Recht umsetzt, also zumeist dem Bundesgesetzgeber. Auf der Gesetzgebungsebene erfreut sich die sog. 1:1-Umsetzung großer Beliebtheit. Die Gründe hierfür sind leicht verständlich: Bei einer 1:1-Umsetzung liegt es auf der Hand, dass in dem Mitgliedstaat keine Anforderungen gestellt werden, die über die unionsrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehen. Gleichzeitig erspart sich der nationale Gesetzgeber in der Regel von vornherein den Vorwurf, die betreffende Richtlinie unzureichend umgesetzt zu haben. Dies klingt gut, stößt aber zwangsläufig auf Probleme, wenn der nationale Gesetzgeber selbst letztendlich gar nicht weiß, was er genau geregelt hat und dies in erster Linie dem Gesetzesvollzug überlassen möchte. Dies belastet die erforderlichen Planungs- und Zulassungsverfahren sowie auch die nachfolgenden gerichtlichen Verfahren sachlich und zeitlich massiv.

III. Öffentlichkeitsbeteiligung

Wenn man von Verfahrensbeschleunigung spricht, darf man eine gewisse Gegenströmung nicht aus dem Blick verlieren. Dies betrifft den Bedeutungsgewinn der Öffentlichkeitsbeteiligung, vor allem die gestufte und daher mehrfache Öffentlichkeitsbeteiligung einschließlich der eher informellen frühen Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 25 Abs. 3 VwVfG. Diese hat durchaus ihre

¹⁰ S. hierzu insbes. BVerfG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 u.a., BVerfGE 144, 407; dazu *Eichberger*, NVwZ 2019, 1560; *Dolde*, NVwZ 2019, 1567; *Külpmann*, DVBl. 2019, 140.

Berechtigung und entspricht in gewisser Weise auch dem herrschenden Zeitgeist. Man muss sich allerdings darüber im Klaren sein, dass die Öffentlichkeitsbeteiligung, vor allem dann, wenn sie auch mit einem Erörterungstermin verbunden ist, der im Übrigen unionsrechtlich nicht notwendig wäre, sehr viel Zeit in Anspruch nimmt. Vor allem gilt dies dann, wenn es um linienförmige Vorhaben geht, bei denen sich vielfach die Erörterung nicht auf einen Ort beschränkt, sondern wie etwa bei den großen Stromleitungsvorhaben ein Dutzend und mehr Erörterungstermine stattfinden, dies dabei auf den verschiedenen Beteiligungsstufen ggf. auch mehrfach. Dies muss daher entsprechend auch personell und vor allem auch zeitlich bewältigt werden, wobei es allein mit der Durchführung eines Erörterungstermins nicht getan ist. Hinzu kommen natürlich auch die Vorbereitung, vor allem aber auch die Nachbearbeitung in Form der Auswertung der Terminprotokolle usw.

IV. NABEG

Wirft man vor dem Hintergrund dieser Überlegungen einen Blick auf das NABEG, ist zunächst die Frage zu stellen, welche Besonderheiten dieses Gesetz kennzeichnen und was es insbesondere von der Durchführung eines konventionellen Planfeststellungsverfahrens für Leitungsvorhaben nach dem Energiewirtschaftsgesetz unterscheidet:

Das NABEG gilt gemäß § 2 Abs. 1 des Gesetzes für Vorhaben, die im Bundesbedarfsplangesetz enthalten sind. Dies sind, kurz zusammengefasst, alle wesentlichen Leitungsvorhaben aus dem Gleichstrom- und Drehstrombereich, die im Zusammenhang mit der Energiewende besondere Bedeutung haben. Eine Besonderheit ist dabei zunächst, dass auf der Grundlage des NABEG i.V.m. der hierzu erlassenen Rechtsverordnung nicht eine Landesbehörde, sondern die Bundesnetzagentur zuständige Planfeststellungsbehörde ist. Die weitere wesentliche Besonderheit ist, dass dem Planfeststellungsverfahren gemäß den §§ 4 ff. NABEG eine sog. Bundesfachplanung zwingend vorgeschaltet ist.¹¹ Was bedeutet dies nun für die Beschleunigung?

Die Zuständigkeitskonzentration bei der Bundesnetzagentur hat sicherlich viele Vorteile. Kompetenz und auch personelle Ausstattung der Bundesnetzagentur im Bereich des Stromnetzausbaus sind in positiver Hinsicht bemerkenswert. Gleichwohl darf man natürlich nicht übersehen, dass sich dies wiederum

¹¹ S. zu den Grundlagen und der letzten Novelle des NABEG insbes. *Schlacke/Römmling*, DVBl. 2019, 1429.

in zahlreiche einzelne Zulassungsreferate aufsplittet, die wie die Projektwirklichkeit zeigt, nicht stets einheitlich agieren, auch wenn dies zum Teil sicherlich der Unterschiedlichkeit der Vorhaben geschuldet ist. Auch mag es die eine oder andere Schwierigkeit bei der Kooperation mit den zuständigen Landesbehörden geben, etwa auf Landrats- oder Gemeindeebene, die eine Landesplanfeststellungsbehörde, etwa das zuständige Ministerium oder eine Bezirksregierung, in dieser Form nicht hätte. Dennoch hat die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur sicherlich wohl überwiegende Vorteile aufgrund einer dort möglichen Bündelung von personeller Kapazität und fachlicher Kompetenz.

Weniger positiv fällt hingegen das Urteil über das Instrument der Bundesfachplanung aus. Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf das Kriterium der Beschleunigung. Bereits auf den ersten Blick leuchtet es nicht ein, wie man ein Planverfahren durch beschleunigen möchte, dass man einen zusätzlichen formellen Schritt vorsieht. Hierzu lediglich einige wenige Zahlen zu dem Vorhaben Ultranet, einem rund 340 Kilometer langen Gleichstromvorhaben als Freileitung zwischen Osterath und Philippsburg, das als Gemeinschaftsprojekt der beiden Übertragungsnetzbetreiber TransnetBW und Amprion realisiert wird:

Das Vorhaben zeichnet sich vor allem dadurch aus, dass es ganz überwiegend, also zu fast 90 % bereits bestehende Leitungstrassen nutzt, so dass vielfach nur neue Leiterseile aufgelegt werden müssen, teilweise Masterhöhungen notwendig sind oder in der bestehenden Trasse neue Masten gesetzt werden müssen. Eine Neutrassierung ist also weitgehend nicht notwendig. Im Vorfeld der Planfeststellung wurde, jeweils abschnittsweise, der erste Antrag auf Bundesfachplanung im Dezember 2014 eingereicht. Die Bundesfachplanung ist bis heute nicht für alle Abschnitte abgeschlossen. Die Planfeststellung folgt erst danach. Hierfür fanden im Herbst 2019 für zwei Abschnitte die Antragskonferenzen statt.

Bei den anderen NABEG-Vorhaben sieht dies nicht anders aus. Erschwert wurde dies etwa für das Vorhaben SuedLink, das aus den beiden Vorhaben 3 und 4 des Bundesbedarfsplangesetzes besteht und mit seinen etwa 670 Kilometern Länge häufig auch als die „Hauptschlagader“ der Energiewende bezeichnet wird, dadurch, dass das Vorhaben gesetzeskonform zunächst über mehrere Jahre als Freileitung geplant wurde, bis der Gesetzgeber sich dann im Jahr 2016¹² entschied, für das Vorhaben einen Erdkabelvorrang festzulegen. Dies machte die gesamte bis dahin erfolgte Planung obsolet, weil Freileitung und Erdkabel auf gänzlich unterschiedlichen Trassierungskriterien beruhen.

¹² Art. 7 des Gesetzes zur Änderung von Bestimmungen des Rechts des Energieleitungsbaus vom 21.12.2015, BGBl. I, 2015, S. 2490 (2493).

Das NABEG datiert auf das Jahr 2011. Bis heute ist auf dessen Grundlage noch kein Vorhaben planfestgestellt worden. Lediglich einzelne Abschnitte von Einzelvorhaben haben bisher überhaupt den Beginn der Planfeststellung erreicht.

Im Vergleich zu Ultranet, das weitestgehend in einer vorhandenen Trasse realisiert werden soll, ist etwa das konventionell auf der Grundlage einer Planfeststellung nach dem Energiewirtschaftsgesetz zugelassene Gasleitungsvorhaben EUGAL zu sehen, eine rund 480 Kilometer lange, durch drei Bundesländer verlaufende Erdgasleitung, die in weiten Teilen parallel zu der OPAL-Leitung (Ostsee-Pipeline-Anbindungsleitung) verlaufen soll. Wegen dieser Parallelität von EUGAL und OPAL ist ein Vergleich zum Ultranet naheliegend. Leider gilt dies allerdings trotz der für das NABEG angestrebten Beschleunigung nicht für die Verfahrensdauer. Soweit überhaupt notwendig, was nicht in allen Abschnitten der Fall war, begannen die Raumordnungsverfahren für EUGAL im Dezember 2016 bzw. Januar 2017, die Planfeststellungsverfahren waren in allen drei Bundesländern zwischen August und Oktober 2018 abgeschlossen. Es geht also im Zweifelsfalle auch ohne Planungsbeschleunigung.

Das große Problem der vorgeschalteten Bundesfachplanung liegt neben dem mit ihr zwangsläufig verbundenen Zeit- und Verfahrensaufwand vor allem darin, dass sie zusätzliche Schnittstellen verursacht. Im Unterschied zu einem Raumordnungsverfahren, dessen Unterlassen oder auch Fehlerhaftigkeit in der Regel nicht auf eine Planfeststellung durchschlägt, ist die Bundesfachplanung zwingende Voraussetzung für die nachfolgende Planfeststellung. Ein Leitungsvorhaben nach dem NABEG darf also nur innerhalb des Trassenkorridors planfestgestellt werden, der zuvor in der Bundesfachplanung festgelegt wurde. Ist die Bundesfachplanung ihrerseits fehlerhaft und damit unwirksam, dürfte dies aller Voraussicht nach aufgrund der gesetzlichen Konstruktion direkt auf die Planfeststellung durchschlagen, d.h. das Verfahren ist, beginnend mit der Bundesfachplanung, zu wiederholen. Etwaige diesbezügliche Unbeachtlichkeitsregelungen sieht das Gesetz nicht vor. Ebenfalls bedarf es in der Regel einer zeitintensiven Änderung der Bundesfachplanung, wenn sich in der nachfolgenden Planfeststellung herausstellt, dass sich eine Leitungsführung außerhalb des in der Bundesfachplanung festgelegten Trassenkorridors als besser geeignet anbietet. Für derartige Änderungen sieht das NABEG in § 11 zwar gewisse Erleichterungen vor, jedoch entsteht gleichwohl nicht unbeachtlicher Planungs- und Verfahrensaufwand.

Dies hat daher zwangsläufig zur Folge, dass die Sorgfalt, die auf die Bundesfachplanung verwendet wird, außerordentlich hoch ist. Es besteht bei allen Akteuren die große Besorgnis, auf der Ebene der Bundesfachplanung etwas falsch zu machen. Hierbei liegt ein besonderes Problem in der Abschichtung

zur nachfolgenden Planfeststellung da unklar ist, was bereits auf der Ebene der Bundesfachplanung abschließend geprüft, bewertet und entschieden werden muss und was der Planfeststellung überlassen werden kann. Zur Vermeidung von Risiken führt dies zu einer erheblichen Untersuchungstiefe bereits auf der Bundesfachplanungsebene, die allerdings gleichzeitig dadurch gekennzeichnet ist, dass nicht eine Trasse von bis zu etwa 70 Metern untersucht wird, wie sie für das später planfestzustellende Vorhaben in der Regel ausreicht, sondern ein Trassenkorridor mit einer Breite von regelmäßig etwa 1000 Metern. Auch wenn dabei die Untersuchungstiefe hinter derjenigen der späteren Planfeststellung zurückbleibt, zeigt bereits dies Umfang und Intensität des Untersuchungsaufwandes. Dies veranlasst zu der Frage, wie man NABEG-Vorhaben noch weiter beschleunigen könnte, zu der sicherlich etwas provokanten Antwort, dies lasse sich am besten mit einer Aufhebung des NABEG erreichen.

Allerdings mag jenseits einer Beschleunigung immerhin von Vorteil sein, dass mit der zusätzlichen Ebene der Bundesfachplanung auch eine zusätzliche Öffentlichkeitsbeteiligung einhergeht. Hierbei sollte man sich jedoch vor dem Hintergrund der Beteiligung die gesamte Verfahrensstufung bei der Stromnetzplanung vor Augen halten. Sie besteht im Wesentlichen aus folgenden Schritten:

- Erarbeitung des Szenariorahmens gemäß § 12a EnWG (mit Öffentlichkeitsbeteiligung)
- Erstellung des Netzentwicklungsplans gemäß § 12b EnWG (mit zwei Öffentlichkeitsbeteiligungen)
- Erstellung des Bundesbedarfsplans gemäß § 12e EnWG durch Gesetz (ohne Öffentlichkeitsbeteiligung)
- Bundesfachplanung gemäß §§ 4 ff. NABEG (mit zweifacher Öffentlichkeitsbeteiligung: Antragskonferenz und Auslegung der Planungsunterlagen nebst Erörterungstermin)
- Planfeststellung gemäß §§ 18 ff. NABEG (mit zweifacher Öffentlichkeitsbeteiligung: Antragskonferenz und öffentliche Auslegung nebst Erörterungstermin).

Insgesamt kommt man, auch ohne frühe Öffentlichkeitsbeteiligung gemäß § 25 Abs. 3 VwVfG, zu einer siebenmaligen Beteiligung. Dies klingt auf den ersten Blick gut, jedoch ist ein bloßes Mehr an Beteiligung nicht zwangsläufig eine bessere Beteiligung. Die Häufigkeit der Beteiligung geht zwangsläufig einher

mit einer größeren Ausdifferenzierung in thematischer Hinsicht, die der Öffentlichkeit kaum noch zu vermitteln ist. Die Betroffenen wissen vielfach nicht mehr, was sie auf welcher Stufe geltend machen können und müssen. Dort, wo sie sich zu das Vorhaben betreffenden Bedarfsfragen äußern können, spielen ihre Eigentumsbelange keine Rolle. Dort wo ihre Eigentumsbelange eine Rolle spielen, sind Bedarfsfragen in der Regel längst abgeschichtet.

Ein großer und sicherlich auch im Ergebnis zur Beschleunigung beitragender Aspekt ist jedoch, dass für die NABEG-Vorhaben die erstinstanzliche gerichtliche Zuständigkeit beim Bundesverwaltungsgericht liegt, den Beteiligten also ein weitergehender Instanzenzug erspart bleibt. Die Erfahrung lehrt, dass das Bundesverwaltungsgericht in Verfahren mit erstinstanzlicher Zuständigkeit vergleichsweise schnell, zügig und kompetent entscheidet. Die anderen Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, vor allem die bei Planfeststellungen ansonsten zumeist erstinstanzlich zuständigen Obergerichtshöfe und Verwaltungsgerichtshöfe, machen dies zwar auch, jedoch folgt ihnen zumeist noch die nächste Instanz, sei es auch nur in Form einer Beschwerde gegen die nicht erfolgte Zulassung der Revision.

V. Maßnahmengesetze

Gleichwohl gibt es Stimmen, nach denen selbst die Konzentration auf eine Instanz, zudem beim höchsten deutschen Verwaltungsgericht, unzureichend ist und die daher über den Erlass von sog. Maßnahmengesetzen nachdenken, also über die Zulassung von Einzelvorhaben statt durch Planfeststellungsbeschluss oder einen sonstigen Verwaltungsakt durch Gesetz. Hierzu liegt aktuell ein auf den 8.11.2019 datierender Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Vorbereitung der Schaffung von Baurecht durch Maßnahmengesetz im Verkehrsbereich (Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG))¹³ vor, das das diesbezügliche Verfahren im Sinne eines Vorschaltgesetzes regeln soll. Betrachtet man diesen Entwurf, stellt man schnell fest, dass das Verfahren als solches sich praktisch nicht von einem konventionellen Planfeststellungsverfahren unterscheidet (s. insbesondere §§ 4 ff. MgvG-E). Der wesentliche Unterschied liegt daher vor allem darin, dass am Ende des Verfahrens kein Planfeststellungsbeschluss, sondern ein vom Parlament zu erlassendes

¹³ BRat-Drs. 579/19; im Referentenentwurf der Bundesregierung vom 16.10.2019 noch als Genehmigungsbeschleunigungsgesetz (GbG) abgekürzt, seit der Einbringung in den Bundesrat am 08.11.2019 Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetz (MgvG).

Gesetz steht. Eine relevante Verfahrensbeschleunigung ergibt sich daraus bis zur Zulassung des Vorhabens nicht.

Beschleunigende Wirkung kann allenfalls der Umstand haben, dass anstelle des Bundesverwaltungsgerichts nur, in der Regel in Form einer Verfassungsbeschwerde, das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann. Die Verfahrensdauer bei Vorhaben, bei denen das Bundesverwaltungsgericht, erstinstanzlich zuständig ist, lag im Jahr 2018 bei zwölf Monaten und 23 Tagen, in den Jahren zuvor sogar geringfügig darunter.¹⁴ Ob das Bundesverfassungsgericht schneller wäre, mag man bezweifeln.¹⁵ Dies gilt umso mehr deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht bei aller ihm eigenen Kompetenz, keine besonderen Erfahrungen im Fachplanungsrecht hat und angesichts des Umstandes, dass nur Einzelfälle Gegenstand von Maßnahmengesetzen sein sollen¹⁶, wenig dafür spricht, dass es sich diese spezielle Kompetenz aneignen könnte oder auch nur aneignen sollte. Selbst wenn man alle Fragen zur Verfassungsmäßigkeit und Unionsrechtskonformität derartiger Maßnahmengesetze zurückstellt, bleiben daher auch im Hinblick auf die Beschleunigung Zweifel. Ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht bei Großvorhaben trotz des generell oder jedenfalls bei Vorhaben des vordringlichen Bedarfs gesetzlich angeordneten Sofortvollzugs¹⁷ im Zweifel zunächst den Planfeststellungsbeschluss gem. § 80 Abs. 5 VwGO vorläufig außer Vollzug setzt¹⁸, sofern der Vorhabenträger nicht selbst darauf verzichtet, wird man dies auch beim Bundesverfassungsgericht bei Anträgen gem. § 32 BVerfGG zumindest für recht wahrscheinlich halten müssen, wenn angesichts der Komplexität der Vorhaben und ihrer möglichen Folgewirkungen die Schaffung von Fakten vermieden werden soll und es zudem um ein einem Verwaltungsakt sehr ähnliches Einzelfallgesetz geht.

¹⁴ S. hierzu Pressemitteilung Nr. 20/2019 vom 06.03.2019, abzurufen unter: <https://www.bverwg.de/pm/2019/20>.

¹⁵ S. hierzu die graphische Darstellung der Verfahrensdauer von Verfassungsbeschwerden in den Eingangsjahren 2009 bis 2018, abzurufen unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/gb2018/A-IV-3.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen: 27.11.2019).

¹⁶ § 2 MvG-E benennt zwölf Vorhaben gegenüber nur sechs Vorhaben in § 2 GbG-E im Referentenentwurf.

¹⁷ S. etwa §§ 17e Abs. 2 FStrG, § 43e Abs. 1 EnWG, § 14e Abs. 2 WaStrG, § 18e Abs. 2 AEG.

¹⁸ S. etwa BVerwG, Beschluss vom 14.05.2005 – 4 VR 1005.04, BVerwGE 123, 241; BVerwGE, Beschluss vom 16.10.2012 – 7 VR 7.12, EurUP 2012, 333.

Ein Beschleunigungseffekt käme daher wohl allenfalls einem im Verfassungsbeschwerdeverfahren möglicherweise im Vergleich zu einer fachgerichtlichen Kontrolle reduzierten Prüfungsmaßstab zu. Selbst dies dürfte zumindest bei enteignungsbetroffenen Klägern im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG sowie bei Normenkontrollanträgen einzelner Landesregierungen¹⁹ fraglich sein. Wie mit Klagerechten von Umweltverbänden umzugehen wäre, ist zumindest ungewiss.²⁰ Diesbezügliche Streitigkeiten wären zwangsläufig ebenso zu erwarten wie Streitigkeiten darüber, ob und inwieweit Maßnahmengesetze überhaupt im Hinblick auf die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zulässig sind. Dass dies die Verlässlichkeit und Rechtssicherheit von Planungen nicht erhöht und etwaige Zeitgewinne, sollten sie überhaupt gegeben sein, wieder zunichtemachen kann, liegt auf der Hand.

Der Anspruch sollte sein, auch bei schwierigen und komplexen Vorhaben rechtsfehlerfrei zu planen, nicht aber den an sich zuständigen gerichtlichen Kontrollinstanzen die Prüfungskompetenz zu nehmen und sie einem anderen Gericht zuzuweisen, dass die erfolgte Planung möglicherweise in geringerem Umfang prüft und kontrolliert. Hierfür benötigen die beteiligten Akteure die erforderliche personelle Ausstattung und Qualifikation sowie möglichst klare Vorgaben zu den materiell-rechtlichen Anforderungen. Daneben können selbstverständlich auch einzelne Änderungen im Verfahrensrecht und vor allem auch im materiellen Recht in Erwägung gezogen werden²¹, die aber im Interesse einer Standardisierung und zur Schaffung entsprechender Routinen möglichst einheitlich und nicht einzelfallbezogen gelten sollten. Anderenfalls werden mehr neue Fragen und Rechtsunsicherheiten aufgeworfen als an Zeitgewinn überhaupt zu erwarten ist. Dies gilt auch im Hinblick auf Maßnahmengesetze.

Das Bundesverfassungsgericht hat in den wenigen Fällen, in denen es um die Zulassung von Vorhaben durch Gesetz ging, sehr deutlich darauf hingewiesen, dass Maßnahmengesetze nur im Einzelfall und bei Vorliegen gewichtiger Gründe in Betracht kommen. Es hat dies im Anschluss an die Flutkatastrophe von 1962 bei der Hamburger Deichordnung²² für eine Legalenteignung bejaht, sowie vor allem bei dem eine eisenbahnrechtliche Planfeststellung ersetzenden Investitionsmaßnahmegesetz für die Südumfahrung Stendal im Zuge der

¹⁹ Wie bei der Südumfahrung Stendal durch die Landesregierung Hessen, BVerfG, Beschluss vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, BVerfGE 95, 1.

²⁰ S. hierzu *Ziekow*, Vorhabenplanung durch Gesetz, 2020, 62 ff.

²¹ S. vorstehend unter II.

²² BVerfG, Urteil vom 18.12.1968 – 1 BvR 638/64 u.a., BVerfGE 24, 367.

deutschen Wiedervereinigung.²³ Ob dies überhaupt auf die in dem Entwurf des Maßnahmengesetzvorbereitungsgesetzes genannten Vorhaben übertragbar ist, kann man zumindest kritisch sehen. Jedenfalls die Fahrrinnenanpassung der Außenweser, die in § 2 des Entwurfs an achter Stelle genannt ist, hat sich nicht wegen des gerichtlichen Verfahrens als solchem verzögert sondern deshalb, weil das Bundesverwaltungsgericht unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung Mängel in der Planung festgestellt hat.²⁴ Dies kann man dem Gericht schwerlich vorwerfen.

Schlussendlich sei im Hinblick auf die durch Maßnahmengesetz zugelassene Südumfahrung Stendal auch angemerkt, dass das Bundesverfassungsgericht das Gesetz zwar in seinem Beschluss vom 17.07.1996²⁵ für verfassungskonform erklärt hat. Es hat allerdings auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die gesetzgeberische Prognose hinsichtlich der gegenüber einem behördlichen Planfeststellungsverfahren zu erwartenden Zeitersparnis nicht in vollem Umfang bestätigt habe. Allerdings sei die Einschätzung des Gesetzgebers zu Beginn des Verfahrens, dass die Ersetzung der Planfeststellung durch ein Gesetz zu einer Zeitersparnis beitrage, zumindest vertretbar gewesen. Prognosen bergen, da sie die Zukunft betreffen, stets die Gefahr, dass sie fehlschlagen. Daher wird in der Rechtsprechung stets auch nur ihre Vertretbarkeit, nicht hingegen ihre Richtigkeit, gefordert. Gleichwohl sollten Fehler aus der Vergangenheit, selbst wenn sie vertretbar waren, nach Möglichkeit nicht wiederholt werden.

²³ BVerfG, Beschluss vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, BVerfGE 95,1.

²⁴ S. vorstehend unter I.; im Referentenentwurf als Fahrrinnenanpassung der Außenweser und der Unterweser noch an erster Stelle in § 2 GbG-E.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, BVerfGE 95,1.

Grundkriterien und Maßstäbe der Angemessenheit im öffentlich-rechtlichen/städtebaulichen Vertrag

*Hans-Jörg Birk**

I. Einleitung

Sehen wir uns die Regelung über Verträge im Verwaltungsverfahrensgesetz und im Baugesetzbuch an, so begegnet uns die Angemessenheit stets im Kontext „der gesamten Umstände“ an denen diese zu messen und zu bestimmen ist¹. Auch das BGB arbeitet mit Inhaltskontrollen und erklärenden Beigaben: AGB's „sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“, § 307 Abs. 1 BGB. Die Korrektur von Vertragsstrafen ist erforderlich, wenn diese unverhältnismäßig hoch sind: „Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht nur das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen“, § 343 Abs. 1 Satz 2 BGB; eine Regelung, die über § 62 Satz 2 VwVfG auch für Vertragsstrafenregelungen in Verträgen „ergänzend entsprechend“ heranzuziehen ist.

Diese allgemeinen Grundsätze lassen einen in der Praxis der Vertragsverhandlungen oder Prüfung deren Ergebnisse allein. Sie enthalten keine konkreten Gerechtigkeits- und damit Rechtmäßigkeitsmaßstäbe². Auch die Rechtsprechung kommt über nur allgemeine Aussagen zur konkreten Bewertung des Einzelfalles kaum hinaus.

Dieser Beitrag versucht deshalb, ein Prüfungssystem zu entwickeln, das eine Annäherung an die genannten Maßstäbe ermöglicht, um so ein im Sinne der Rechtssicherheit tragfähiges oder zumindest tragfähigeres Fundament zu bieten.

* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Partner bei Eisenmann, Wahle, Birk & Weidner Partnerschaftsgesellschaft mbB, Stuttgart/Dresden, Vorsitzender des Beirats für Verwaltungsverfahrensgesetz beim Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat.

¹ §§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG, 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB.

² Grziwotz, in: Birk/Kunig/Sailer, Festschrift für Hans-Joachim Driehaus, 2005, S. 229.

Ich will mit zwei Arbeitsbegriffen beginnen. § 56 Abs. 1 VwVfG spricht von Gegenleistung, wenn eine Leistung des Vertragspartners der Gemeinde gemeint ist; § 11 Abs. 3 BauGB spricht von „vereinbarten Leistungen“. Ich spreche nachstehend zur Vereinfachung von Forderung, wenn es um das geht, was die öffentliche Hand haben will und von Erfüllungsverpflichtung wenn wir von der Leistung des Vertragspartners der öffentlichen Hand sprechen.

II. Verortung der Angemessenheit

1. Gesetzliche Verbote

Die Frage nach der Angemessenheit von Forderung und Erfüllungsverpflichtung taucht bei der Behandlung der rechtlich relevanten Fragen eines Vertrages spät auf. Zuvor ist auf einer ersten Stufe zu prüfen, ob der Vertrag allgemein oder bezüglich spezieller Regelungen abgeschlossen werden darf oder ob diesem rechtliche Verbote entgegenstehen. Verstößt der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, dann ist dieser selbst dann unwirksam, wenn die vereinbarte Gegenleistung angemessen ist.

Zu diesen gesetzlichen Verboten gehören das Koppelungsverbot oder – um ein weiteres Beispiel zu nennen – die vertraglichen Vereinbarungen über planungsbedingte Bodenwertabschöpfungen in Gebieten, in denen eine Baulandumlegung und Erschließung zur Bebauung nicht erforderlich ist. Eine in diesem Zusammenhang immer wieder auftauchende Fallkonstellation ist die Nachverdichtung auf mit großen Gärten versehenen bebauten Grundstücken. Hier wird argumentiert, „jedes“ neu und erstmalig zu bebauende Grundstück müsse sich einer Bodenordnung nach den Grundsätzen der Wert- oder Flächenumlegung (§§ 57, 58 BauGB) unterwerfen und damit Flächenabtretungen, oder wenn dies faktisch nicht möglich ist, Zahlungen für öffentliche Flächen (§ 55 Abs. 2 BauGB) und den Umlegungsvorteil erbringen; dies solle auch für die Nachverdichtungsfälle gelten, so die Argumentation. Dafür stellt das BauGB jedoch mit dem Blick auf Art. 14 GG und § 45 Abs. 1 BauGB zurecht keine Rechtsgrundlage zur Verfügung: Planungsbedingte Bodenwertabschöpfungen sind (außerhalb des städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsrechts) genauso unzulässig wie eine Umlegung, die zur Neuordnung der Grundstücke nicht erforderlich ist.

Ein Verstoß gegen gesetzliche Vorgaben kann auch in der Nichtbeachtung kommunalrechtlicher Vorschriften oder im Verstoß gegen beihilfe- oder zuschussrechtliche Regelungen liegen. Dies ist kein Verstoß gegen die Angemessenheit, sondern ein Verstoß gegen gesetzliche Verbote³.

Ist ein Vertrag schon mangels Rechtsgrundlage nichtig, stellt sich die Frage der Angemessenheit nicht.

2. Kausalität

Vor der Frage der Angemessenheit steht zusätzlich jene der Kausalität, soweit die Forderung und die Erfüllungsverpflichtung in der Tragung von Kosten städtebaulicher Maßnahmen bestehen. Sie ist in § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG und deutlich in § 11 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 3 BauGB angesprochen. Nach der Regelung im BauGB kann die Gemeinde Kosten weitergeben, die ihr für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die sich als Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens bzw. der geplanten Maßnahme präsentieren.

Die Frage nach der Kausalität verknüpft zwei Gesichtspunkte, die beide nichts mit der Angemessenheit zu tun haben:

- Die Kosten müssen zum einen für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sein und
- sie müssen zum anderen Voraussetzung oder Folge der Realisierung dieser städtebaulichen Maßnahmen sein.

§ 56 Abs. 1 VwVfG spricht vom Vertragszweck, der an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben orientiert sein muss; § 11 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 BauGB von städtebaulichen Planungen und Maßnahmen, die der Aufgabenerfüllung der Gemeinde als Trägerin der Planungshoheit dienen: Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB gilt: Bauleitpläne sind aufzustellen, sobald und soweit diese erforderlich sind. Diese Kriterien gelten ebenso für die durch die Bauleitpläne ausgelösten Maßnahmen. Die Kausalität Planung und dadurch ausgelöste Maßnahmen muss geprüft werden können. Deshalb verlangt das Bundesverwaltungsgericht zu Recht, Verträge über Kostentragungen müssten transparent, nachvollziehbar, kontrollierbar und zuordenbar sein⁴.

³ So aber *Bonk/Neumann/Siegel* in: *Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG*, 9. Auflage, 2018 (im Folgenden: *SBK*), § 56 Rn. 35.

⁴ BVerwG, 29.01.2009 - 4 C 15/07 -; OVG Lüneburg, 18.12.2016 - 1 LCZ 8/12 -.

Ein Beispiel für einen Fall fehlender Kausalität mag diesen Ansatz verdeutlichen: Eine Grundstückseigentümerin will ein im Außenbereich liegendes Grundstück an einer einseitig bebauten, erschließungsbeitragsrechtlich schon abgerechneten Straße bebauen und bittet die Gemeinde, hierfür einen Bebauungsplan aufzustellen. Da keine Erschließungsbeiträge mehr anfallen, die Gemeinde aber aus vermeintlichen Gerechtigkeitsgründen einen entsprechenden Betrag haben will, wird eine Summe in Höhe des Erschließungsbeitrages vereinbart, der aber nicht für die bereits refinanzierten Kosten der Straßenherstellung sondern für die Erhaltung von Kinderspielplätzen und Grünanlagen ausgegeben werden soll⁵.

Geht man von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen auf Ersatz von Erschließungskosten gerichteten Vertrags aus⁶, so fehlt es im vorliegend geschilderten Beispiel an der Kausalität. Die gewünschte Bebauung hat keine (weiteren) Erschließungskosten ausgelöst; deshalb können diese in einem Vertrag nicht vereinbart werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat den Fall am Koppelungsverbot und nicht an der fehlenden Kausalität festgemacht, was im ersten Augenblick überraschend erscheint. Das Koppelungsverbot, so das Bundesverwaltungsgericht, beschränke sich nicht auf Fälle in denen die Behörde eine Leistung verspricht (und daran eine Forderung knüpft) auf die ein Anspruch besteht. *„Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung kann auch dann entfallen, wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist, als die von der Behörde in Aussicht gestellte Leistung“*⁷.

Das ist aber nichts anderes als die Feststellung einer fehlenden Kausalität zwischen Leistung und Gegenleistung (also Forderung und Erfüllungsverpflichtung), hat also eigentlich nichts mit dem Koppelungsverbot zu tun⁸.

⁵ BVerwG, 16.05.2000 - 4 C 4/99 -.

⁶ Und nicht von der Notwendigkeit einer beitragsrechtlichen Ablösung.

⁷ BVerwG, 16.05.2000, a.a.O., juris Rn. 27. Die Entscheidung hat Berühmtheit erlangt, weil es neben der Nichtigkeit des Vertrages auch darum ging, ob die Rückforderung des gezahlten Beitrags durch die Grundstückseigentümerin gegen Treu und Glauben verstößt, nachdem sie aufgrund des Bebauungsplans gebaut hatte. Das BVerwG hat dies verneint.

⁸ Fehlende Kausalität hat das OVG Lüneburg, 18.02.2016 - 1 LC 28/12 – festgestellt, weil in einem Vertrag nach der Festlegung von Kosten für Folgeeinrichtungen folgender Satz angeschlossen war: *Für den Fall, dass eines oder mehrere der genannten Vor-*

Wir müssen uns mit der Kausalität als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer vertraglichen Kostenweitergabe noch näher beschäftigen, weil nur dadurch die manches Mal schwierige Abgrenzung zur Angemessenheit deutlich gemacht werden kann.

Ergibt sich durch die Ausweisung eines Baugebietes der Bedarf für KiTa-Plätze und will die Gemeinde deshalb mit den Bauherren die Errichtung einer KiTa vereinbaren, so stellt sich die Kausalitätsfrage dem Grunde und dem Umfang nach. Dem Grunde nach ist zu prüfen, ob überhaupt KiTa-Plätze notwendig sind oder in zumutbarer Nähe, z.B. in einer anderen Einrichtung Plätze frei sind, weil im dortigen Gebiet die erste KiTa-Generation „durch“ ist und danach ein abnehmender Bedarf auftritt. Dem Umfang nach muss geklärt werden, welchen konkreten Bedarf das angesprochene Baugebiet auslöst. Die Deckung eines Nachholbedarfes ist ebenso wenig durch das Gebiet verursacht, wie die Vorsorge für zukünftige Baugebiete. Die Zuordnung eines Teils einer Einrichtung zu einem bestimmten Gebiet begegnet keinen Bedenken, wenn ein Zuordnungsmaßstab gewählt wird, der seinerseits die Kausalität wahrt, also nicht das im Vertrag angesprochene Gebiet übermäßig belastet.

Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 24.03.2011⁹ anhand eines anderen Beispiels verdeutlicht: Aus Anlass der Ausweisung eines Gewerbegebietes wurde eine Zufahrtstraße (Sammelstraße im Sinne des Erschließungsbeitragsrechtes, aber nicht über Erschließungsbeiträge abrechenbar) zu überörtlichen Straßen geplant, die auch der deutlichen und erforderlichen Verkehrsentlastung eines bereits bestehenden Gewerbegebietes diene. Der VGH München hatte eine Aufteilung der Kosten auf beide Gebiete (wobei für das bestehende Gebiet die Kosten von der Gemeinde getragen wurden) abgelehnt, weil die Kausalität gebiete, nur Maßnahmen vertraglich weiterzugeben, die ausschließlich dem Vertragsgebiet dienen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Entscheidung des VGH München aufgehoben und verdeutlicht, dass das neue Gebiet als Verursacher an den Kosten beteiligt werden darf, allerdings nach einem für beide Gewerbegebiete gleichartig belastenden Schlüssel. Daraus folgt: Dienen Maßnahmen mehreren Aufgaben oder städtebaulichen Planungen und Zielsetzungen ist von einer geteilten Kausalität auszugehen. In einem solchen Fall sind die Kosten auf die verschie-

haben nicht verwirklicht werden sollten, gilt der Betrag ersatzweise für die Erweiterung des Rathauses, die Erweiterung der weiterführenden Schule und die Erweiterung des Betriebshofes.

⁹ BVerwG, 24.03.2011 - 4 C 11/10 -.

denen Aufgaben nach einem Maßstab aufzuteilen, der seinerseits den Kriterien der Kausalität entspricht. Diese Aufteilung unterfällt nicht der Angemessenheit, sondern ist dem Gebot der Kausalität abzuleiten.

III. Angemessenheit

1. Eine Annäherung

Das Gebot der Angemessenheit ist eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹⁰, der zudem verlangt, in vergleichbaren Situationen Vergleichbares zu fordern. Soweit so gut!

Versucht man anhand der Literatur und Rechtsprechung sich konkreten inhaltlichen Kriterien der Angemessenheit oder zumindest einem Prüfungssystem zu nähern, so bleibt man bei allgemeinen Begriffen, manches Mal auch Synonymen hängen: Angemessen ist eine Erfüllungsverpflichtung, die nicht gegen das Übermaßverbot verstößt, wenn eine objektive Ausgewogenheit festgestellt werden kann¹¹, der Wert der Erfüllungsverpflichtung nicht außer Verhältnis zur Leistung steht, keine unzumutbare Belastung in der Erfüllungsverpflichtung liegt, diese keinen Machtmissbrauch der Behörde darstellt¹². Man muss Grziwotz Recht geben, wenn er festhält: *„Im Übrigen fällt die Beurteilung der Unangemessenheit im Einzelfall schwer. Die hierzu entwickelte Formel, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Bedeutung und dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung stehen darf und sich daraus auch keine unzumutbaren Belastungen für den Vertragspartner oder für etwaige Dritte ergeben, enthält keine konkreten Gerechtigkeitsmaßstäbe. Dies zeigt sich besonders deutlich bei der Diskussion um die Frage der Angemessenheit von Folgelasten“*¹³. Sieht man sich – durchaus selektiv – einige Urteile an, dann ist nach der vorstehenden Verortung festzustellen, dass manches als Verstoß gegen die Angemessenheit gewertet wird, was in Wirklichkeit als fehlende Kausalität einzuordnen ist. So z.B. VGH München¹⁴: Ein

¹⁰ Ziekow, VwVfG, 3. Auflage 2013, § 56 Rn. 13.

¹¹ Z.B. Krautzberger, in: EZBK, BauGB, § 11 Rn. 167.

¹² Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018, § 56 Rn. 37.

¹³ Grziwotz, a.a.O., S. 292.

¹⁴ VGH München, 18.12.2008 - 4 PV 073067 -.

städtebaulicher Vertrag, der die Kosten einer Straße nur auf neu zu bebauende Grundstücke verteilt, sei unangemessen; ich meine nein, er ist wegen Verstoßes gegen das Kausalitätsgebot nichtig; ebenso VG München¹⁵; die Verteilung von 70% der Kosten einer KiTa auf ein Baugebiet, das nur 20% bis 40% der genannten KiTa-Plätze und damit Kosten auslöst, ist unangemessen. Auch in diesem Fall ist richtigerweise von einem Verstoß gegen das Kausalitätsgebot auszugehen

Es sind die alltäglichen Probleme in der Beratungspraxis, die den Versuch motivieren, ein Prüfungssystem zu entwickeln, um die Kriterien der Angemessenheit zu benennen und für den jeweiligen Vertrag zu konkretisieren und nachvollziehbar, z.B. als Anlage zu einem Vertrag, zu gestalten.

2. Ausgangspunkt

Die Prüfung der Angemessenheit setzt einen Vergleich zweier Positionen voraus, nämlich jener der fordernden Gemeinde und jener des zur Erfüllung Verpflichteten. Diese Positionen sind zu werten und erfordern deshalb, dass für die Forderung und die Erfüllungsverpflichtung eine einheitliche Währung gefunden wird. Diese ist in der Regel Geld; § 11 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 BauGB spricht von Kosten, also von Geld, lässt aber auch andere Währungen zu, die ihrerseits wertmäßig bestimmbar sind; z.B. Überlassung von Grundstücksflächen; in § 11 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 HS 2 BauGB ausdrücklich genannt. Dieser Leistungsvergleich ist leicht zu bewerkstelligen, wenn die Forderung durch entstandene Kosten (z.B. eines Bebauungsplanverfahrens oder Beseitigung von Altlasten) definiert ist oder durch Kosten, die der Vertragspartner anstatt der Gemeinde aufwendet, bestimmt werden können. Schwieriger ist die Leistung zu bewerten, soweit sie selbst beim Fordernden keine direkt feststellbaren Kosten verursacht, sondern dem Erfüllungsverpflichteten abverlangt werden, weil Rechte eingeräumt werden, die Vorteile bringen. In diesen Fällen wird die Angemessenheit der Forderung am Vorteil gemessen, die der zur Gegenleistung Verpflichtete durch das Handeln der öffentlichen Hand erfährt.

Kommen wir zurück zur Feststellung, dass die Angemessenheit, den ganzen Umständen nach den Vergleich zweier Positionen verlangt, jene des Leis-

¹⁵ Vergleichbar VG München - M 2 K 071039 -: Verteilung von 70% der Kosten einer KiTa auf ein Baugebiet, das nur 20 bis 40% der genannten KiTa-Plätze und damit Kosten auslöst, soll unangemessen sein. Auch in diesem Fall ist richtigerweise von einem Kausalitätsproblem auszugehen.

tenden (= Fordernden) und jene des Gegenleistenden (=Erfüllungsverpflichteten). Beide Positionen sind einer gegenseitigen Angemessenheit unterworfen und deshalb getrennt auf deren Voraussetzungen und konkretes Vorliegen hin zu überprüfen. Dieser Ansatz ist – soweit ersichtlich – neu. Meist wird die Angemessenheit nur aus dem Blickwinkel des zur Erfüllung Verpflichteten gesehen¹⁶. Dies erscheint, wie nachstehend aufgezeigt werden soll, verkürzt.

3. Bestimmung der angemessenen Forderung

Aus den vorstehenden Überlegungen ist abzuleiten, dass drei Kategorien der Leistungsbestimmung vorstellbar sind:

- Ersatz von entstandenen Kosten des Fordernden;
- Übernahme der kostenverursachenden Maßnahme durch den Erfüllungsverpflichteten;
- Städtebauliche Maßnahmen mit Bewertung des Vorteils auf Seiten des Erfüllungsverpflichteten.

Die Kategorien 1 und 2 knüpfen an § 11 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 BauGB an, wo von „Kosten und sonstigen Aufwendungen“ die Rede ist, die „*der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind*“. Die dritte Kategorie enthält richtigerweise keine Leistungsbestimmung durch Feststellung entstandener oder entstehender Kosten, sondern eine letztlich auch finanziell zu gewichtende Wertung der Belastung des Erfüllungsverpflichteten, ohne dass Kosten des Fordernden gegenüber stehen. Es ist ein hinkender Leistungsvergleich, weil gerade nicht, wie bei Kosten üblich, eine wertmäßige Gegenüberstellung zweier (Kosten-) Positionen darstellt¹⁷.

¹⁶ SBS, § 56 Rn. 35.

¹⁷ Diese Einordnung mag im ersten Augenblick überraschen, weil man auf den Gedanken kommen könnte, der Bestimmung der Angemessenheit seien, zumindest fiktiv zu berechnende Kosten zugrunde zu legen, die der Gemeinde für bestimmte städtebauliche Maßnahmen entstehen könnten. Ein solches Vorgehen scheitert aber bei der Bewertung von Maßnahmen, die unter Aufrechterhaltung des Eigentums des gemeindlichen Vertragspartners vereinbart werden (Belegungsrecht, Mietpreisbindung usw.).

a) Ersatz von entstandenen Kosten

Die Angemessenheit tatsächlich entstandener Kosten für Maßnahmen, die der Kausalität gehorchen, ist einer Erforderlichkeitsprüfung unterworfen. Eine Straße ist zur Erschließung, ein Kinderspielplatz zur Versorgung eines Wohngebietes genauso erforderlich, wie die Aufstellung von Straßenlaternen, Parkbänken und Papierkörben, um hinreichend banale Beispiele aufzuzeigen.

Diese städtebauliche Erforderlichkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 BauGB haben wir vorstehend behandelt, sie gehört zur Kausalitätsprüfung, die konkrete Ausgestaltung dieser Maßnahmen ist eine Frage der Angemessenheit. Es ergeben sich keine Abstriche oder Minderungen der Kosten der Leistung, solange sie den rechtlichen Vorgaben (Brandschutz, Barrierefreiheit) und den örtlichen Gegebenheiten hinsichtlich Qualität und Kosten vergleichbarer Maßnahmen gehorchen.

Hierzu gehört auch die Frage, ob eine Unangemessenheit schon deshalb vorliegen kann, weil Arbeiten ohne Vergabeverfahren durchgeführt worden sind. Dies ist zu verneinen; formelle Fehler führen für sich genommen nicht zur Unangemessenheit¹⁸.

Lässt sich die Gemeinde Kosten bezahlen, die ihr erst in Zukunft entstehen, weil sie die Maßnahmen selbst realisiert, wird regelmäßig mit pauschalen Beträgen gearbeitet. Diese Beträge müssen, bezogen auf die Maßnahmen, die örtlichen Verhältnisse und Üblichkeiten, angemessen errechnet oder prognostiziert und insoweit überprüfbar sein.

b) Realisierung kostenverursachender Maßnahmen durch den Erfüllungsverpflichteten.

Hier gelten dieselben Regeln wie beim Kostenersatz. Die Angemessenheit präsentiert sich hier in der Festlegung von Umfang und Qualität der zu erbringenden Leistungen. Eine entsprechende Sicherung dafür ist angemessen (z.B. Erfüllungsbürgschaft) wenn sie die Kosten der Realisierung der Maßnahme (und nicht mehr) abdeckt¹⁹.

¹⁸ BVerwG, 30.01.2013 - 9 C 11.11 -.

¹⁹ SBS, § 56 Rn. 38.

- c) Ein generelles Korrektiv im Rahmen der Angemessenheit stellt die Refinanzierung der Leistung durch Beiträge und Gebühren, aber auch durch Zuschüsse Dritter dar. Diese sind auf die Leistungen anzurechnen, wenn sie (wie z.B. Beiträge) nicht durch den Vertrag (Erschließungsvertrag) entfallen. Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Beiträge und Gebühren – je nach Kalkulationssystem – kostendeckend sind oder nicht²⁰.

Daraus folgt, dass die Kostenweitergabe unangemessen sein kann, wenn die öffentliche Hand anderweitig die entstehenden Kosten refinanziert und im Ergebnis eine Überdeckung eintritt.

d) Sonderfälle

Beispielhaft sollen Leistungsbereiche (Forderungen) angesprochen werden, die aufgrund ihrer Besonderheit Angemessenheitsprobleme aufwerfen können.

- (1) Wird der KiTa-Bedarf für ein Baugebiet errechnet, dann wird – der Kausalität gehorchend – die Kinderzahl im Zeitpunkt der Baulandentwicklung prognostiziert. Es ist prognostisch bekannt, dass nach 15 bis 20 Jahren die Kinder dieses Erstbezuges des Baugebiets die KiTa verlassen haben und mangels Wegzugs der Familien, deren Kinder dem KiTa-Alter entwachsen sind, weniger Kinder aus diesem Baugebiet die KiTa in Anspruch nehmen, so dass die freien Plätze für andere Gebiete zur Verfügung stehen. Dies ist – so meine Ansicht – im Rahmen der Angemessenheit dadurch zu berücksichtigen, dass dem ursprünglichen Baugebiet nicht die gesamten Herstellungskosten der KiTa auferlegt werden können. Eine Kostenübernahme von 1/4 bis 1/3 durch die jeweilige Gemeinde scheint mir angemessen zu sein.
- (2) Erbringt die öffentliche Hand Planungsleistungen und lässt sich diese ersetzen, was zulässig ist²¹, so stellt sich die Frage, ob hier nach der HOAI oder anderen Honorarordnungen abgerechnet werden kann. Die Angemessenheit dieser Abrechnungsart durch die öffentliche Hand scheint mir fraglich zu sein, da Honorare auf der Basis gesetzlicher Honorarordnungen auch der Gewinnerzielung, der Sicherung der Beschäftigten eines

²⁰ Zum Grundsatz: BVerwG, 29.01.2009 - 4 C 15/07 -.

²¹ BVerwG, 25.11.2005 - 4 C 15/04 -.

Betriebes, der Altersversorgung usw. zu dienen bestimmt sind. Dies sind Kostenanteile, die m.E. von der öffentlichen Hand nicht verlangt werden können. Hier ist also, um die Angemessenheit zu wahren, ein Abschlag auf die HOAI erforderlich. Die Höhe dieses Abschlags kann pauschaliert werden. Dieser Erwägung kann nicht entgegengehalten werden, dass der Erfüllungsverpflichtete bei Beauftragung eines Planungsbüros die Honorare nach HOAI zu tragen hat. Wir sind beim Ersatz der Kosten, die der öffentlichen Hand für diese Arbeit tatsächlich entstehen, nicht bei Kosten die durch die Tätigkeit anderer anfallen.

- (3) Streitig ist, ob auch Pflege- oder Erhaltungsmaßnahmen zu den weitergabefähigen Kosten gehören. Kausal sind sie allemal; vertreten wird, es fehle an einer Rechtsgrundlage²². Ich folge dieser Ansicht nicht²³. Hier macht sich die Frage der Angemessenheit an der angesetzten Dauer der Pflege- und Erhaltungsmaßnahmen und gegebenenfalls deren Kapitalisierung fest. Einer Kapitalisierung einen Zeitraum von ca. 10 Jahren zugrunde zu legen scheint mir nicht unangemessen zu sein.

e) Zwischenergebnis

Die Prüfung der Forderung der öffentlichen Hand dient der Feststellung – sinnvollerweise im Vertrag festgehalten – ob diese unangemessen ist, weil der Standard zu hoch ist, Eigenanteile für Nachnutzungen nicht berücksichtigt sind; ist dies der Fall dann ist der Vertrag schon wegen Verstoßes gegen die Angemessenheit nichtig.

Wird die Unangemessenheit der Forderungen festgestellt, dann verstößt der Vertrag gegen die Regelungen des VwVfG und des BauGB. Auf die Angemessenheit der Gegenleistung (Erfüllungsverpflichtung) kommt es dann nicht mehr an. Auf die möglicherweise heilende Wirkung einer salvatorischen Klausel kann hier nicht eingegangen werden²⁴.

²² *Burmeister*, Städtebauliche Verträge, 4. Auflage 2018, Rn. 61 m.w.N.

²³ *Birk*, Städtebauliche Verträge, 5. Auflage 2013, Rn. 714.

²⁴ Zur Zulässigkeit salvatorischer Klauseln: BVerwG, 29.10.2010 - 9 B 9/10 -; BGH, 06.11.2009 - V ZR 63/09 -.

4. *Bestimmung der angemessenen Erfüllungsverpflichtung*

Auch hier unterscheiden wir in einem ersten Schritt zwischen Erfüllungsverpflichtung für entstandene oder entstehende Kosten. Wir beginnen mit einer – hinreichend banalen – Feststellung: Die angemessene Forderung (= Leistung) ist die Obergrenze für die Angemessenheit der Gegenleistung; mehr kann rechtmäßig und ohne Gefahr für den Vertrag nicht vereinbart werden.

Aber die Frage der Angemessenheit stellt sich in Wirklichkeit dahingehend, ob aus der Sicht des „Gegenleistenden“ (Erfüllungsverpflichteten) Gründe dafür sprechen, diesen Betrag niedriger anzusetzen oder gar entfallen zu lassen. Hier gilt es gewichtbare Kriterien zu erarbeiten.

a) *Vorteilsbestimmung*

Das Handeln des Fordernden muss dem Erfüllungsverpflichteten einen Vorteil verschaffen, den es dem Grunde nach ohne das Handeln des Fordernden nicht gäbe. Es ist der Ansatz, den wir unter der Überschrift Koppelungsverbot als Rechtsgrundsatz kennen und sich hier als Maßstab präsentiert. Der Vorteil als solcher ist als eine Rechtsposition zu bestimmen, die der Erfüllungsverpflichtete durch das Handeln des Fordernden erhält. Dies kann in der Schaffung von Baurecht liegen, in der Erteilung von Lizenzen, Verkauf von Grundstücken o.ä.. Der Vorteil – so unsere Begrifflichkeit in diesem Zusammenhang – liegt in der Möglichkeit des zur Erfüllung Verpflichteten, Gewinne zu erwirtschaften. Aus dem Gesamtsystem der städtebaulichen und öffentlich-rechtlichen Verträge ist abzuleiten, dass der Gewinn nicht betriebs-, sondern vorhabenbezogen ermittelt und betrachtet werden muss. Es kann sinnvoll sein, im Rahmen von Vertragsverhandlungen sich eine prognostizierte Gewinn- und Verlustrechnung für das fragliche Gebiet vorlegen zu lassen²⁵.

b) *Vorteilsbewertung/-gewichtung*

Dieser Vorteil ist zu bewerten. Als Währung kommt ausschließlich Geld in Betracht, das durch das Ausnutzen der geschaffenen Rechtsposition (Planungsrecht) unter Berücksichtigung der Faktoren Herstellungs- und anderer Kosten erwirtschaftet werden kann. Im Vordergrund steht dabei vorrangig die Wertsteigerung, die durch Ausnutzung der eingeräumten Rechte erreicht werden

²⁵ *Burmeister, a.a.O., Rn. 62 m.w.N.*

kann. Vorrangiger Maßstab im Baurecht ist die planungs- und baubedingte Bodenwertsteigerung; sie steht als Abschöpfung zu Lasten des Eigentümers nicht zur Verfügung, wohl aber zur Bewertung dessen möglichen Vorteils²⁶.

Ist die planungsbedingte Bodenwertsteigerung schon abgeschöpft, weil der Erfüllungsverpflichtete das Baugrundstück von einem Dritten oder von der Gemeinde zu einem entsprechenden Preis gekauft hat, dann ist der Feststellung des Vorteils als Maßstab der Angemessenheit nur der erwirtschaftbare Gewinn zugrunde zu legen. Verkauft eine Gemeinde Grundstücke verbilligt, verbunden mit bestimmten Verpflichtungen, dann ist die Verbilligung in die Vorteilsbewertung einzubeziehen.

c) Risiko bei Unrichtigkeit der Vorteilsbewertung

In diesem Zusammenhang stellt sich die schwierige Frage, wer das Risiko der Richtigkeit/Unrichtigkeit dieser Vorteilsbewertung zu tragen hat. Sind sämtliche vorgenannten Voraussetzungen erfüllt – rechtliche Zulässigkeit des Vertrages, Kausalität, Angemessenheit der Leistung –, dann liegt das Risiko der Vorteilsbewertung und -gewichtung beim Erfüllungsverpflichteten, da die wirtschaftliche Risikobetrachtung vor Abschluss des Vertrages seine Angelegenheit ist und in seine Sphäre fällt.

Dies gilt auch mit dem Blick auf das Risiko des Inkrafttretens eines Bebauungsplans. Vor diesem Hintergrund ist es nicht unangemessen, wenn die Kosten des Bebauungsplanverfahrens auch für den Fall des Scheiterns der Bauleitplanung dem gemeindlichen Vertragspartner auferlegt werden²⁷.

Bei erfolglosen Vermarktungen, also bei Ausfall des erhofften Gewinns wird gern und leicht mit dem Argument der Durchsetzungsfähigkeit der öffentlichen Hand – vulgo: Nötigung – gearbeitet. Dieses Argument kann abgewehrt werden, wenn die vorherigen Prüfungsschritte ergeben, dass keine fehlerhafte, die öffentliche Hand bevorteilende Situation festgestellt werden kann. Dann gilt für beide Seiten: *pacta sunt servanda*.

Etwas anderes kann – als Ausnahme – nur dann gelten, wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, nicht etwa später, für den objektiven Betrachter die Unwirtschaftlichkeit der Gesamtmaßnahme unter Berücksichtigung

²⁶ *Krautzberger*, in: EZBK, BauGB, § 11 Rn. 167a m.z.N. aus der Literatur.

²⁷ OVG Koblenz, 18.12.2014 - 8 A 10642/14 -; VG Augsburg, 22.01.2018 - Au 5 K 17/1924 -.

der eingegangenen Erfüllungsverpflichtung offensichtlich ist und der Erfüllungsverpflichtete dieses nicht bewusst in Kauf nimmt. Dazu gehört nicht das Wegbrechen eines Marktes von dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgegangen wurde! Im Einzelfall sollte diese Situation im Vertrag dokumentiert werden.

d) Die Bestimmung der angemessenen Gegenleistung bei städtebaulichen Maßnahmen

Ist die Erfüllungsverpflichtung (z.B. für die Schaffung von Baurecht) eine Umsetzung städtebaulicher Zielsetzungen, wie z.B. Gestaltungsmaßnahmen (Fassaden), Kunst am Bau, Belegungsrechte für Wohnungen, Verpflichtungen zu einem bestimmten Wohnungsmix, Deckelung von Verkaufspreisen, so gelten die vorstehenden Kriterien ebenso.

In diesen Konstellationen bestimmt sich die Angemessenheit nur aus der Vorteilsbewertung nach den vorstehenden Kriterien.

Aus dieser Einschätzung und Einordnung folgt die Schwierigkeit einer rechtssicheren Überprüfung der verbreiteten Modelle der Abtretung von Bodenwertsteigerungen an die Städte und Gemeinden, damit diese die vorgenannten Aufgaben erfüllen könnten. Was bei der Betrachtung dieser Modelle überrascht, ist der oft fehlende vertraglich vereinbarte Nachweis, dass auch umgesetzt wird, was als Kostenpositionen in die Kalkulation aufgenommen wird.

e) Kumulative Feststellung der Angemessenheit

Treffen Kostenersatz für erbrachte Leistungen und Kosten für städtebauliche Maßnahmen, die bei der Gemeinde keine konkreten Kosten entstehen lassen zusammen, sind für die Feststellung der Angemessenheit die Verpflichtungen kumulativ zu betrachten. Festzustellen ist die Gesamtbelastung, diese muss den Kriterien der Angemessenheit gehorchen.

5. Abschließende Feststellung der Angemessenheit

Ist – getrennt – die Angemessenheit der Forderung einerseits und der Erfüllungsverpflichtung andererseits festgestellt, findet unter der Überschrift „den gesamten Umständen nach angemessen“ im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG die abschließende Prüfung, gleichsam der Blick auf die Balkenwaage

statt, um die Ausgewogenheit insgesamt zu beurteilen²⁸. Sind die Einzelschritte der Erarbeitung oder Prüfung der Angemessenheit fehlerfrei erfolgt, so können ausschließlich noch subjektive Elemente der Angemessenheit zu berücksichtigen sein, sowohl zu Gunsten oder zu Lasten eines oder beider Vertragspartner²⁹. Was darunter zu subsumieren ist, lässt sich systematisch nicht erfassen. Die meisten subjektiven Gesichtspunkte auf Seiten des Erfüllungsverpflichteten dürften im Zusammenhang mit dessen Vorteilsbewertung, verbunden mit seinen aufzuwendenden Kosten, erfasst worden sein.

Zur Absicherung der „Haltbarkeit“ des Vertrages sollte darauf geachtet werden, die aufgezeigten Berechnungen und Wertungen im Vertrag festzuhalten. Dies hindert das Gericht nicht an der Überprüfung, macht aber deutlich, was die Vertragsparteien bewusst vereinbart haben.

Ganz zum Schluss ist festzuhalten: Für den Regelfall ist anzunehmen, dass die Vertragspartner ihre Interessen sachgerecht erkannt und wahrgenommen haben und das gewählte Leistungsverhältnis angemessen ist³⁰. Dem ist noch hinzuzufügen, dass die Verwaltungsgerichte mit ihrem gegen die Verwaltung gerichteten Kontrollblick auch bei Verträgen eher die Rechtmäßigkeitskriterien anlegen, die sie einer gebundenen Verwaltungsentscheidung zukommen lassen.

IV. Zusammenfassung

Die Kriterien der Angemessenheit können handhabbarer definiert und festgestellt werden, wenn diese streng von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Vertrages und seinen Regelungen einerseits und der Kausalität und der städtebaulichen Rechtfertigung der vereinbarten Gegenleistung andererseits getrennt werden. Danach erst taucht die Frage nach der Angemessenheit auf, die sinnvollerweise zweistufig anhand der Angemessenheit der Leistung (Forderung) und dann anhand der Angemessenheit der Gegenleistung (Erfüllungsverpflichtung) zu prüfen ist.

²⁸ SBK, § 56 Rn. 35.

²⁹ SBS, § 56 Rn. 37.

³⁰ So *Ziekow*, a.a.O., § 56 Rn. 14 mit dem Verweis auf *Hien*, in: Planung und Planungskontrolle, Festschrift für Otto Schlichter, 1995, S. 125.

Das Personenstandswesen als Spiegel gesellschaftlicher Veränderung

Lorenz Prell

Einleitung

Am Ende des heutigen Symposiums möchte ich auf ein Rechtsgebiet aus dem Tätigkeitsbereich von Herrn Dr. Schmitz eingehen, das nicht im Zentrum des Verwaltungsrechts steht, sondern wegen seines engen Bezugs zum Zivilrecht einen besonderen Reiz hat. Auch dieses Rechtsgebiet hat er maßgeblich mitgeprägt.

Es handelt sich um das Personenstandswesen, das uns buchstäblich von der Wiege bis zur Bahre begleitet. Zwar knüpft das Recht schon an frühere Phasen unserer Existenz an. Die volle Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt aber nach § 1 des BGB mit der Vollendung der Geburt. Und aus Sicht der Verwaltung kann unsere Existenz selbstverständlich erst nach staatlicher Registrierung wirklich anerkannt werden. Gleich nachdem ein Mensch in Deutschland das Licht der Welt erblickt hat, ist deshalb seine Geburt in einem staatlichen Register zu erfassen und es wird die erste Urkunde seines Lebens ausgestellt. Diese Registrierung hat besondere Bedeutung und ein ausgeklügeltes Regelungs- und Mitteilungssystem¹ sorgt dafür, dass auch möglichst jede Geburt – ob in der Entbindungsklinik, zu Hause oder unterwegs – tatsächlich erfasst wird.

Zuständig hierfür ist das Standesamt. Fällt das Wort Standesamt, haben die meisten von uns sicher zunächst ein anderes Betätigungsfeld vor Augen, nämlich die Eheschließung. Sie stellt einen weiteren wichtigen Gegenstand der staatlichen Registrierung und Beurkundung dar. Weniger im Fokus der breiten Öffentlichkeit steht schließlich die Beurkundungstätigkeit des Standesamtes am Ende des irdischen Daseins. Da auch dieses seine Ordnung haben muss – hängen doch auch hiermit regelmäßig und unter Umständen auch weitreichende Rechtsfolgen zusammen – ist auch jeder Sterbefall vom Standesamt amtlich zu registrieren.

¹ Vgl. *Berkl*, Personenstandsrecht, 2015, Rn. 292 ff.

Dass Geburten, Eheschließungen und Sterbefälle ausschließlich durch staatliche Standesbeamte zu beurkunden sind, ist für uns heute selbstverständlich. Wie Sie wissen, war das nicht immer so. Die längste Zeit fiel diese Aufgabe den Kirchen zu. Bevor das staatliche Personenstandswesen und damit auch die Zivilehe in Deutschland etabliert werden konnten, hatte es um diese Zuständigkeit im 19. Jahrhundert eine lange und heftige Auseinandersetzung zwischen Staat und katholischer Kirche gegeben. Sie ist bekanntlich unter dem Begriff „Kulturkampf“ in die deutsche Geschichte eingegangen. Kurz nach Gründung des Deutschen Reiches wurde ab 1. Januar 1876 mit dem Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875² schließlich die staatliche Registrierung des Personenstands in Deutschland eingeführt.

I. Der Personenstand

Wenn wir von Personenstand und Standesbeamten sprechen, dann stellt sich zunächst die Frage, was sich eigentlich hinter dem Begriff Personenstand verbirgt. Ich bin mir sicher, dass sich mancher von Ihnen auch schon diese Frage gestellt hat. Mir ging es jedenfalls so, als ich diesen Aufgabenbereich im Innenministerium übernehmen durfte.

Das Personenstandsgesetz gibt dazu folgende Auskunft:

§ 1 Absatz 1 des Personenstandsgesetzes (PStG) definiert den Personenstand als die *„sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung - einschließlich ihres Namens“*.

Das Personenstandsgesetz – und auch die übrigen Vorschriften³ des Personenstandsrechts – definieren also nicht selbst diese Stellung in der Rechtsordnung. Sie setzen sie vielmehr voraus. Maßgeblich dafür sind vor allem die familienrechtlichen Vorschriften des BGB. Von Ausnahmen abgesehen – etwa bezüglich der Mitwirkung des Standesbeamten bei der Eheschließung - ist das Personenstandsrecht somit in erster Linie reines Registerrecht.

Nach § 1 Absatz 2 PStG beurkunden die nach Landesrecht für das Personenstandswesen zuständigen Behörden – das sind die Standesämter - den Personenstand nach Maßgabe dieses Gesetzes und wirken bei der Schließung

² RGBl. S. 23.

³ Übersichtlich in *Berkl*, Personenstandsrecht, 2015, Rn. 5 ff.

von Ehen mit. Der Personenstand umfasst dabei Daten über Geburt, Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen.

Merkmale des Personenstands sind somit:

- Angaben zu Geburt und Tod,
- Vor- und Familienname,
- die Abstammung,
- das Geschlecht und
- der Familienstand.

Das Personenstandsrecht spiegelt somit familienrechtliche Festlegungen, in dem es die Registrierung und Beurkundung der sich aus diesem ergebenden rechtsrelevanten Umstände regelt.

Das ist zum einen mit dem Titel des Vortrags gemeint, wenn vom Personenstandsrecht als Spiegel von gesellschaftlicher Veränderung die Rede ist. Denn im Familienrecht hat es in letzter Zeit und in kurzer Folge einige ganz erhebliche Veränderungen gegeben. Aber nicht nur die Entwicklung des Familienrechts spiegelt sich im Personenstandswesen, sondern auch wichtige Entwicklungen in der Verwaltung – insbesondere im Bereich der Digitalisierung.

Im Folgenden möchte ich anhand von drei Beispielen auf einige der wichtigsten dieser Entwicklungen der letzten Zeit eingehen, die unter der Ägide Schmitz Niederschlag im Personenstandsrecht gefunden haben: Sie betreffen Ehe, Geschlecht und Namen.

II. „Ehe für alle“

Art. 6 GG stellt die Ehe unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Eine Definition des Begriffs Ehe findet man im Grundgesetz freilich nicht. Die Notwendigkeit einer Legaldefinition stellte sich für die Verfasser des Grundgesetzes nicht. Als Ehe wird doch traditionell die auf Lebenszeit eingegangene Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau verstanden. Das Bundesverfassungsgericht⁴ definierte die Ehe in verschiedenen Entscheidungen auch in diesem Sinne.

⁴ BVerfGE 105, 313 (345); 115, 1 (19); 121, 175 (193, 198); 124, 199 (229).

Obwohl durch das Lebenspartnerschaftsgesetz und weitere Rechtsänderungen die rechtliche Stellung gleichgeschlechtlicher Paare bereits fast vollständig an die Ehe angeglichen war, blieb der Wunsch nach einer Öffnung der Ehe bei Betroffenen bestehen. Dahingehenden Forderungen wurde regelmäßig entgegengehalten, dafür bedürfte es einer Grundgesetzänderung, für die es keine Mehrheit gebe. Eine dahingehende Gesetzesinitiative der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN von 2017 kam nicht zum Zuge, weil sie schlicht nicht auf die Tagesordnung des Bundestages gesetzt wurde.

Das änderte sich beinahe schlagartig im Sommer 2017. Auf einer Abendveranstaltung einer Frauenzeitschrift⁵ gab die Bundeskanzlerin am 26. Juni 2017 zu verstehen, dass sie selbst die Angelegenheit als Gewissensfrage ansehe. Damit war der Weg frei für eine Behandlung im Bundestag ohne die sonst praktizierte einheitliche Abstimmung der Fraktionen – besser bekannt als „Aufhebung des Fraktionszwangs“. Und nur vier Tage später beschloss der Bundestag das „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“. Es wurde am 28. Juli 2017 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat bereits am 1. Oktober 2017 in Kraft.

Damit konnten von diesem Tag an von Rechts wegen gleichgeschlechtliche Ehen geschlossen und bestehende Lebenspartnerschaften in Ehen umgewandelt werden.

Was in der dadurch ausgelösten Euphorie von vielen übersehen wurde, war die Notwendigkeit flankierender Rechtsvorschriften und vor allem verwaltungstechnischer Anpassungen. Das Gesetz ließ auch etliche Folgefragen offen, die dann ein Jahr später mit einem eigenen „Eheöffnungsbegleitgesetz“⁶ geregelt werden mussten. Die rasante Vorgehensweise des Gesetzgebers befeuerte bei vielen Betroffenen die Erwartung, sofort den Gang zum Standesamt antreten und die lang ersehnte Ehe eingehen zu können. Entsprechend groß war der Unmut, als sich herausstellte, dass die Standesämter noch gar nicht in der Lage waren, sofort mit Inkrafttreten des Gesetzes die gewünschten Dokumente in der erwarteten Form ausstellen zu können.

Bereits 2009 hatte es eine Reform des Personenstandsrechts gegeben. Und einen Meilenstein stellt dabei die Umstellung auf eine elektronische Registerführung dar. Das Personenstandswesen kann insoweit durchaus eine

⁵ <https://www.brigitte.de/aktuell/brigitte-live/ehe-fuer-alle--abstimmung-findet-am-freitag-statt-10937354.html>

⁶ „Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2639).

Vorreiterrolle bei der Digitalisierung der Verwaltung für sich in Anspruch nehmen. Hier zeigte sich nun, dass im Zuge der Digitalisierung der Verwaltungsabläufe vieles schneller und effizienter wird – manches aber an unerwarteter Stelle auch komplizierter und aufwendiger. Wie Behörden in vielen anderen Verwaltungsbereichen auch, sind die Standesämter inzwischen auf externe Unterstützung bei der elektronischen Verfahrensabwicklung angewiesen. Die wenigsten Behörden sind in der Lage, die erforderlichen Programme und Prozesse selbst zu gestalten. Regelmäßig werden die benötigten Fachverfahren deshalb bei spezialisierten Anbietern eingekauft und dann auch von diesen gepflegt und weiterentwickelt. Änderungen der rechtlichen Vorgaben für diese Fachverfahren ziehen eine mehr oder weniger aufwendige Anpassung von Programmen und unter Umständen auch Schnittstellen mit anderen Systemen nach sich. Bevor dann der Echtbetrieb gestartet werden kann, müssen sie in Testläufen geprüft werden.

All das benötigt natürlich Zeit. Um den erforderlichen Aufwand in Grenzen zu halten, haben sich für derartige Anpassungen in der Regel feste Zyklen etabliert. So werden im Personenstandswesen Programmanpassungen regelmäßig zum 1. November eines Jahres vorgenommen. Für Programmierung, Test und Implementierung muss ein 9-monatiger Vorlauf eingeplant werden. Für die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare hätte das bedeutet, dass eine vollständige Abbildung in den Personenstandsregistern und eine stimmige Beurkundung erst zum November 2018 möglich gewesen wäre. Es wäre allerdings schwer zu vermitteln gewesen, die Betroffenen auf solche Wartezeiten zu vertrösten. Dafür war ein viel zu großer Erwartungsdruck aufgebaut worden. Das Bundesministerium des Innern versandte deshalb kurzfristig ein Rundschreiben an die Innenministerien der Länder. Darin wurden den Standesämtern Anwendungshinweise⁷ zur Überbrückung der Situation an die Hand gegeben. Solche Hinweise können natürlich nur ein Notbehelf sein. Sie können weder geltendes Recht aufheben oder fehlende Rechtsgrundlagen ersetzen. Wie bereits erwähnt, dauerte es noch ein Jahr, bis die mit der überraschend schnellen Öffnung der Ehevorschriften erforderlichen flankierenden Regelungen in Kraft gesetzt worden waren.

Dieses Vorhaben zeigt durchaus exemplarisch, worauf sich der Gesetzgeber bei der Digitalisierung der Verwaltung künftig noch besser einstellen muss: Verwaltung ist zunehmend von externer Unterstützung abhängig und häufig nicht ohne Weiteres mehr in der Lage, allein mit eigenen Mitteln einen

⁷ https://www.personenstandsrecht.de/SharedDocs/kurzmeldungen/Webs/PERS/DE/rundschreiben/2017/0717_2.html.

ordnungsgemäßen Gesetzesvollzug zu gewährleisten. Und während sich diese Unterstützung von außen ursprünglich eher auf Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten beschränkte, wird sie heute im ureigenen Kernbereich der Verwaltung benötigt. Das stellt aber nicht nur eine Herausforderung für die Verwaltung dar. Vielmehr müssen schon bei der Gesetzgebung in viel stärkerem Maße Auswirkungen auf elektronische Verwaltungsabläufe mitgedacht werden.

III. Drittes Geschlecht?

Auch das Geschlecht des Neugeborenen gehört zu den eintragungspflichtigen Merkmalen des Personenstands. Die Feststellung erfolgt regelmäßig unproblematisch nach Augenschein gleich nach der Entbindung.

Es gibt aber auch Fälle, in denen unmittelbar nach der Geburt aufgrund der sichtbaren Körpermerkmale eine eindeutige Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter nicht möglich ist⁸. In der Vergangenheit wurde in solchen Fällen manchmal der Geschlechtseintrag einfach offengelassen. Zwar gab es dafür lange keine ausdrückliche Regelung. Da der Standesbeamte aber grundsätzlich nur Tatsachen beurkunden kann, die er für erwiesen erachtet, war das „Offenlassen“ des Geschlechtseintrags in solchen Fällen durchaus vertretbar. Es half auch vielen Betroffenen. Denn auf diese Weise blieb die Option eines Nachtrags bestehen, wenn im Laufe der weiteren körperlichen Entwicklung des Kindes eine klare Zuordnung zu einem Geschlecht doch noch möglich wurde. Die Möglichkeit des späteren Nachtrags konnte für die betroffenen Familien durchaus die günstigere Alternative zu einer belastenden Berichtigung eines falschen Geschlechtseintrags darstellen.

Mit dem „Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften“ vom 7. Mai 2013⁹ wurde für dieses „Offenlassen“ des Geschlechtseintrags - nach einer Empfehlung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags - eigens eine Vorschrift in das Personenstandsgesetz aufgenommen. Damit sollten auch Konsequenzen aus den Empfehlungen des Deutschen Ethikrats gezogen werden, der sich zuvor dem Thema Intersexualität angenommen hatte. Mit dem Begriff intersexuell werden Menschen bezeichnet, bei denen eine Variante der Geschlechtsentwicklung vorliegt, durch die sie nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können. Es

⁸ Vgl. *Berndt-Benecke*, NVwZ, 2019, 286.

⁹ BGBl. I 2012, S. 1122.

handelt sich dabei um einen Sammelbegriff für unterschiedliche somatische Abweichungen von der typischen Geschlechtsentwicklung. Es bestand damals die Erwartung, dass den Interessen der Betroffenen damit weitgehend entsprochen werden konnte. Die tatsächlich aber geringe praktische Relevanz der Vorschrift lässt sich daran ablesen, dass etwa im Zeitraum 2013 bis 2015 lediglich in 12 Fällen aktenkundig von der Möglichkeit des „Offenlassens“ Gebrauch gemacht wurde¹⁰.

Einer breiteren Öffentlichkeit blieb das Thema Intersexualität und die vielfältigen Probleme der Betroffenen und ihrer Familien weitgehend unbekannt. Das änderte sich durch einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017¹¹. Das Gericht erklärte die neue Vorschrift für verfassungswidrig: Bei Fortbestehen einer allgemeinen Pflicht zur Beurkundung des Geschlechts sei die bloße Möglichkeit des Offenlassens des Geschlechtseintrags für Intersexuelle diskriminierend und gleichheitswidrig. Um dem abzuhelpfen, könne der Gesetzgeber entweder die Pflicht zur Beurkundung des Geschlechts als Personenstandsmerkmal generell abschaffen oder er müsse einen positiven Geschlechtseintrag für Intersexuelle ermöglichen. Dafür setzte das Bundesverfassungsgericht eine Frist zum 31. Dezember 2018.

In dem zu entscheidenden Fall lag eine Variante der Geschlechtsentwicklung vor, die als Turner-Syndrom bezeichnet wird¹². In der Fachliteratur werden damit Frauen bezeichnet, bei denen das zweite X-Chromosom des weiblichen Geschlechtschromosomen-Paares fehlt. Das Standesamt hatte im Geburtenregister das weibliche Geschlecht eingetragen. Die Beschwerdeführerin trug später vor, sich weder dem weiblich noch dem männlichen Geschlecht zugehörig zu fühlen und beantragte eine Änderung des Geschlechtseintrags in „inter“ oder „divers“. Das wurde vom Standesamt aber abgelehnt. Auch in den anschließenden Gerichtsverfahren lehnten sowohl das angerufene AG Hannover, als auch das OLG Celle und schließlich auch der BGH den begehrten Eintrag ab, weil das deutsche Recht einen solchen Eintrag nicht vorsah.

Eingangs habe ich das Personenstandsrecht als Registerrecht bezeichnet, das die materiell-rechtlichen Grundlagen der zu registrierenden Personenstandsmerkmale nicht selbst bestimmt, sondern sie nur spiegelt. Diesem Grundsatz folgend, hätte der Gesetzgeber nun entweder das Geschlecht als zu

¹⁰ Vgl. *Berndt-Benecke*, StAZ, 2019, 65.

¹¹ 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643.

¹² Vgl. ebd.

registrierendes Personenstandsmerkmal abschaffen oder im materiellen Recht eine neue Kategorie einführen können.

Beides ist nicht geschehen. Aus naheliegenden Gründen war schnell klar, dass auf eine staatliche Registrierung des Geschlechts nicht so einfach verzichtet werden konnte, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu vermitteln schien. Zum einen knüpft die Rechtsordnung nach wie vor Rechtsfolgen an das Geschlecht an. Etwa bei der – nur ausgesetzten¹³ – Wehrpflicht oder im Abstammungsrecht. Das Personenstandsregister ist zudem das einzige personenbezogene Register mit Beweiswert. Ein genereller Verzicht auf den Geschlechtseintrag brächte deshalb keinen Vorteil. Im Gegenteil: Die Geschlechtszugehörigkeit könnte dann nicht mehr im Zweifels- oder Bestreitensfall einfach durch Vorlage einer Personenstandsurkunde nachgewiesen werden. Das Geschlecht müsste wo möglich durch ein wohl eher entwürdigendes *Procedere* bewiesen werden. Insoweit verwundert die Qualifizierung des Geschlechtseintrags als staatliche Eingriffshandlung etwas. Zum anderen wäre es auch schwer zu vermitteln gewesen, generell auf den Geschlechtseintrag im Geburtenregister zu verzichten, nur um eine mögliche Diskriminierung für extrem seltene Fallkonstellationen zu vermeiden.

Aber auch die zweite systemkonforme Lösungsoption, nämlich die Einführung einer neuen Geschlechtskategorie im materiellen Recht – etwa im BGB – wurde nicht gewählt. Das materielle Recht kennt Mann und Frau, männlich und weiblich. Ein drittes Geschlecht kennt es nicht. Unausgesprochener Anknüpfungspunkt für das rechtliche ist dabei das biologische Geschlecht. Das gilt auch und gerade hinsichtlich der wenigen Vorschriften, die sich mit Fragen der Inkongruenz des biologischen mit dem empfundenen Geschlecht befassen, wie etwa im Transsexuellengesetz¹⁴.

Die Einführung eines neuen rechtlichen Geschlechts wäre schon begrifflich in der vorgegebenen Zeit auch kaum zu leisten gewesen, da es ein weiteres biologisches Geschlecht, an das man anknüpfen könnte nicht, gibt. Aber auch die generelle Verortung eines solchen weiteren rechtlichen Geschlechts im bestehenden Rechtssystem neben Mann und Frau wäre wohl nicht ganz trivial. Naheliegend und pragmatisch wäre zwar der Gedanke an ein grundsätz-

¹³ Vgl. „Gesetz zur Änderung wehr- und zivildienstrechtlicher Vorschriften 2010“ vom 31. Juli 2010 (BGBl. I S. 1052).

¹⁴ „Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen“ vom 10. September 1980 (BGBl. I S. 1654).

liches Wahlrecht der Betroffenen, soweit Rechte und Pflichten an das Geschlecht anknüpfen. Aber auch damit könnten sicher nicht alle Fragen ohne Wertungswidersprüche aufgelöst werden.

Jedenfalls ist der Gesetzgeber diesen Weg nicht gegangen. Er hat vielmehr den rechtssystematischen Schönheitsfehler einer Registrierung ohne materiell-rechtliche Grundlage in Kauf genommen. Damit konnte fristgerecht und ohne weitergehende Eingriffe in das bestehende Rechtssystem die Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts umgesetzt werden. Dies erfolgte mit dem „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“ vom 18. Dezember 2018¹⁵, das am 22. Dezember desselben Jahres fristgerecht in Kraft trat. Mit dem Gesetz wurde die neue Eintragungsmöglichkeit „divers“ eingeführt.

Obwohl das Gericht sich in seiner Entscheidung ausdrücklich auf Menschen beschränkt, die nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können – also intersexuelle Menschen - spricht das Bundesverfassungsgericht auch die Geschlechtsidentität, also das subjektive Geschlechtsempfinden an. Das überrascht zunächst angesichts des Umstands, dass das Geschlecht üblicherweise gleich nach der Geburt eingetragen wird. Das Neugeborene hat nämlich kein subjektives Geschlechtsempfinden – oder könnte es jedenfalls nicht äußern. Die Bezugnahme auf die Geschlechtsidentität öffnete vielleicht auch deshalb Raum für Interpretationen, die Entscheidung bezöge sich auch auf Menschen, die zwar somatisch eindeutig einem Geschlecht zugeordnet sind, sich aber dem anderen Geschlecht zugehörig fühlen.

Der Gesetzgeber ist einem solch weitergehenden Ansatz nicht gefolgt, sondern hat sich an den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts orientiert und die Möglichkeit des neuen Geschlechtseintrags „divers“ nicht auch transsexuellen Menschen eröffnet. Für diese gilt vielmehr weiterhin das Transsexuellengesetz, mag es auch in seiner derzeitigen Form als unzureichend empfunden werden. Trotzdem ist das subjektive Geschlechtsempfinden, auf das das Gericht Bezug genommen hat, auch bei der Anwendung der neuen Regelung relevant: Denn zum einen kann die Intersexualität - wie in dem entschiedenen Fall - bei der Geburt zunächst unerkannt bleiben und wird von der betreffenden Person erst später - z. B. aufgrund ärztlicher Untersuchungen – erkannt. Und auch in den Fällen, die bereits bei der Geburt erkennbar sind, kann ja nur die betreffende Person selbst später entscheiden, ob sie den Geschlechtseintrag „divers“ tatsächlich wünscht. Um diese Entscheidung treffen zu können,

¹⁵ BGBl. I 2018, S. 2635.

muss sich aber ein subjektives Geschlechtsempfinden entwickelt haben. Deshalb stellt das Gesetz nicht nur den Eltern¹⁶ – als Vertreter des Kindes - für den originären Geburtseintrag die Bezeichnung „divers“ zur Verfügung. Es eröffnet auch den Betroffenen selbst die Möglichkeit, ihren Geschlechtseintrag später ändern zu lassen¹⁷. Je nach ihrem subjektiven Empfinden können sie dabei wählen zwischen den Bezeichnungen männlich, weiblich und divers – oder den Eintrag offenlassen. Bei dieser Auswahlentscheidung kommt also das subjektive Geschlechtsempfinden zum Tragen.

IV. Reihenfolge der Vornamen

Ein weiteres – eher kurioses – Beispiel für auch unerwartete Auswirkungen auf das Personenstandswesen durch Rechtsänderungen an ganz anderen Stellen betrifft die Vornamensführung¹⁸. Der Name ist, wie oben ausgeführt, eines der Personenstandsmerkmale, die von den Standesbeamten zu beurkunden sind. Der Name wird uns gegeben, wir suchen ihn uns nicht aus. Er hat damit etwas Schicksalhafteres – und für manchen wird er auch zum Schicksal. Eltern können dieses Schicksal in Gestalt späterer Identifikationsprobleme ihres Kindes mit dem Namen etwas abmildern, in dem sie sich nicht auf einen Vornamen beschränken, sondern mehrere vergeben. Auch wenn das nicht der primäre Grund sein dürfte, so ist die Vergabe mehrerer Vornamen doch weit verbreitete Praxis.

Die Vornamen werden häufig nach tradiertem Familienbrauch vergeben oder um etwa eine besondere Verbundenheit zu bestimmten anderen Trägern des Namens zum Ausdruck zu bringen. Nicht immer setzen Eltern dabei den Vornamen an erste Stelle, mit dem sie ihr Kind später ansprechen möchten. Mit diesem „Rufnamen“ aber wird der Mensch dann in seinem sozialen Umfeld angesprochen und identifiziert. Dabei stehen aber alle Vornamen gleichberechtigt nebeneinander. Auch der „Rufname“ - den das Recht als solchen nicht kennt - genießt also keine besondere Rechtsstellung vor den anderen und kann jederzeit frei aus diesen gewählt werden.

Das stellte der Bundesgerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 klar. Um den Rufnamen zu kennzeichnen, bestand seit 1938 auf Grundlage einer Dienstanweisung für die Standesbeamten die weitverbreitete

¹⁶ § 22 Abs. 3 PStG.

¹⁷ § 45b PStG.

¹⁸ Ausführlich: *Berndt-Benecke*, StAZ, 2017, 260.

Übung, den Rufnamen im Geburtenbuch zu unterstreichen. Einzelne Länder wie Niedersachsen erklärten die Kennzeichnung mangels Rechtsgrundlage allerdings bereits 1958 für unzulässig. Seit Anfang der 1960er Jahre fand die Kennzeichnung nicht mehr flächendeckend statt, 1964 hatte sie auch das Berliner Kammergericht für unzulässig erklärt. In der ehemaligen DDR wurde die Kennzeichnung des Rufnamens übrigens aufgrund einer Durchführungsbestimmung zum dortigen Personenstandsgesetz noch bis zum Beitritt zur Bundesrepublik praktiziert.

Praktische Bedeutung hatte allerdings die Kennzeichnung durch Unterstreichung vor allem im alten Personalausweis. Mit der Einführung des neuen Personalausweises mit Online-Ausweisfunktion im Oktober 2010¹⁹ kam es für jene, deren Rufname eben nicht der erste Vorname ist, zu einer bösen Überraschung. Hintergrund war eine technische Umstellung: Um den internationalen Standards zu genügen, mussten nunmehr in der so genannten maschinenlesbaren Zone des Ausweises alle Vornamen in der Reihenfolge aufgenommen werden, in der sie im Geburtenregister und damit in der Geburtsurkunde beurkundet sind. Die Kennzeichnung eines Vornamens als Rufname war im neuen Ausweis technisch nicht mehr möglich. Wer einen anderen Vornamen aus der Reihe als Rufnamen verwendet hatte, dem konnte es nun passieren, dass er von Ämtern oder im Geschäftsverkehr plötzlich mit dem ersten Vornamen angeschrieben oder angesprochen wurde. Einem Namen also, den der Betreffende – und auch sein soziales Umfeld – zuvor noch nie verwendet hatten. Das führt nicht nur zu Unverständnis, sondern kann handfeste Probleme nach sich ziehen. Etwa, wenn bei der Sicherheitskontrolle am Flughafen der nach eigenen Angaben im Ticket ausgewiesene Name nicht dem im Personalausweis angegebenen ersten Vorname übereinstimmt, und der Zugang verwehrt wird.

Erst eine Änderung des Personenstandsgesetzes²⁰ konnte hier schließlich Abhilfe schaffen – allerdings nur auf eine mittelbar und nicht für jeden befriedigende Weise: Seit November 2018 ist es nach einer Änderung von § 45a PStG möglich, im Geburtseintrag die Vornamen durch einfache Erklärung gegenüber dem Standesbeamten neu zu sortieren und den gebräuchlichen Rufnamen an die erste Stelle zu setzen. Danach müssen allerdings leider noch

¹⁹ Vgl. „Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis“ vom 18. Juni 2009 (BGBl. I S. 1346).

²⁰ „Zweites Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften“ vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2522).

kostenpflichtig neue Ausweisdokumente beantragt werden, damit die Reihung dort auch alltagstauglich nachvollzogen und dokumentiert werden kann.

V. Schluss und Ausblick

Diese drei Beispiele für Merkmale des Personenstands – Ehe, Geschlecht und Name – sind nicht nur wesentlich für unsere Stellung in der Rechtsordnung. Sie betreffen auch Kernelemente unserer Identität und bezeichnen, wie wir uns sehen und wie wir wahrgenommen werden. Ändert sich die Bedeutung dieser Merkmale in der Gesellschaft, reagiert das materielle Recht zwar regelmäßig mit mehr oder weniger großer zeitlicher Verzögerung darauf. Aber erst ihr Niederschlag im Personenstandsrecht macht sie im Rechtsalltag handhabbar. Das macht die Beschäftigung mit dem Personenstandsrecht so reizvoll.

Spannend dürfte auch ein Vorhaben werden, dass Herr Dr. Schmitz – den Ruhestand quasi schon vor Augen – 2018 noch angestoßen hat: Zusammen mit dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat auch auf seine Initiative hin eine „Arbeitsgemeinschaft Namensrecht“ ins Leben gerufen. In ihr sollen namhafte Experten aus Lehre, Justiz und Verwaltung eine mögliche Novellierung des deutschen Namensrechts inhaltlich vorbereiten. Ihre Vorschläge werden mit Spannung erwartet.

I. SPEYERER FORSCHUNGSBERICHTE

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 273 *Kai Masser*, Zwei Bürgerpanelbefragungen mit der Universitätsstadt Tübingen: 1. „Wie finanzieren wir die Zukunft?“ 2010. 2. „Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen“ 2011. Teil 2: Kulturkonzeption der Universitätsstadt Tübingen, Februar 2013.
- Nr. 274 *Gisela Färber* unter Mitarbeit von *Marco Salm*, Gesetzesfolgenabschätzung unter der Genderperspektive – am Beispiel des Faktorverfahrens nach § 39f EStG, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Juni 2013.
- Nr. 275 *Kai Masser/Tobias Ritter/Jan Ziekow*, Erweiterte Bürgerbeteiligung bei Großprojekten in Baden-Württemberg – Abschätzung der Auswirkungen der Verwaltungsvorschrift „Bürgerdialog“ und des „Leitfadens für eine neue Planungskultur“ der Landesregierung, Mai 2014.
- Nr. 276 *Gisela Färber/Marco Salm/Christian Schwab*, Evaluation des Verwaltungsmodernisierungsprozesses „CHANGE²“ der Stadt Mannheim, Mai 2014.
- Nr. 277 *Steffen Walther*, Reformen der Beamtenversorgung aus ökonomischer Perspektive, Juni 2014.
- Nr. 278 *Stefan Preller*, Nachhaltige Finanzierung der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst, September 2014.
- Nr. 279 *Joachim Wieland/Johanna Wolff*, Kommunales Vermögen – Kommunale Finanz- und Vermögensverwaltung unter Knappheitsbedingungen, Oktober 2014.
- Nr. 280 *Mario Martini/Georg Thiel/Astrid Röttgen* (Hrsg.), Geodaten und Open Government – Perspektiven digitaler Staatlichkeit, November 2014.
- Nr. 281 *María Jesús Montoro Chiner/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Gute Rechtsetzung – La Buena Legislación, März 2015.
- Nr. 282 *Alexandra Lessau/Sarah Schmitt* (Hrsg.) im Auftrag Unterausschusses Allgemeine Verwaltungsorganisation des Arbeitskreises VI der Innenministerkonferenz, Aktivitäten auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsmodernisierung in den Ländern und beim Bund 2011-2013, Juni 2015.
- Nr. 283 *Jan Ziekow* (Hrsg.), Grenzgänge zwischen Wissenschaft und Praxis – Walking the Border between Theory and Practice, Forschungssymposium am 7. November 2014 zu Ehren von Eberhard Bohne zum 70. Geburtstag, November 2015.

- Nr. 284 *Kai Masser/Franziska Fischer/Tobias Ritter*, Evaluation des Kommentieren-Bereichs des Beteiligungsportals des Landes Baden-Württemberg, November 2015.
- Nr. 285 *Yukai WANG/Gisela FÄRBER* (ed.), Comparative Studies on Vertical Administrative Reforms in China and Germany, Juli 2016.
- Nr. 286 *Mariá Jesús Montoro Chiner/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Soziale Rechte in Europa – Derechos sociales en Europa, September 2016.
- Nr. 287 *Bernd W. Wirtz/Vincent Göttel/Marc-Julian Thomas/Paul F. Langer*, Bürgerorientierte WEB 2.0-Services – Eine empirische Analyse aus Bürgersicht, November 2016.
- Nr. 288 *Kai Masser/Ingo Hamann/Jan Ziekow*, Evaluation, Verwaltungsvorschrift Öffentlichkeitsbeteiligung des Landes Baden-Württemberg. Analyse des Ressourcenaufwandes, Zwischenbilanz nach 1. Jahr Datenerhebung (2015), April 2017. (vergriffen)
- Nr. 289 *Michèle Morner/Manuel Misgeld/Markus Wojtczak*, Public Value durch E-Governance. Die Organisation kollaborativer Aktivitäten im Staat, Oktober 2017.
- Nr. 290 *Jan Ziekow/Alfred G. Debus/Dieter Katz/Alexander Niestedt/Axel Piesker/Corinna Sicko*, Verdeckte Datenerhebungsmaßnahmen in der polizeilichen Praxis, Ergebnisse der Evaluation gemäß § 100 Polizei- und Ordnungsbehörden-gesetz Rheinland-Pfalz, März 2018.
- Nr. 291 *Gisela Färber/Richard Hermanowski*, Entwicklungen des öffentlichen Dienstes seit der Deutschen Vereinigung und Forschungsbedarfe aus ökonomischer Perspektive, März 2018.
- Nr. 292 *Mathias Feißkohl*, Die Gewährleistung der amtsangemessenen Alimentation in der Mindestversorgung, September 2019.
- Nr. 293 *Philipp Gottstein*, Familienbezogene Besoldungsbestandteile im Spannungsfeld von Alimentations- und Leistungsprinzip, Oktober 2019.
- Nr. 294 *Oscar W. Gabriel*, Die Energiewende als politischer Prozess. Einstellungen und Verhaltensmuster der deutschen Bevölkerung, November 2019.
- Nr. 295 *Raphael Reclam/Jan Porth/Tim Vallée/Christian Bauer/Patrick Schweizer/Jan Ziekow* unter Mitarbeit von *Friederike Bickmann* und *Philipp Stolz*, Umsetzungsstudie zu einer Kaffeesteuerbefreiung für nachhaltig produzierten und fair gehandelten Kaffee, November 2019.
- Nr. 296 *Jan Ziekow/Ulrich Stelkens* (Hrsg.), Verwaltungsverfahren- und Personenstandsrecht als Konkretisierungsaufgabe, April 2020.

II. SELBSTÄNDIGE VERLAGSPUBLIKATIONEN

(nur im Buchhandel erhältlich)

253. *Jan Ziekow/Axel Piesker/Marco Salm/Corinna Sicko, Neue Serviceangebote für Dienstleister. Erfahrungen mit den Einheitlichen Ansprechpartnern in Baden-Württemberg, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 4, Baden-Baden 2014.*
254. *Klaus König/Sabine Kropp/Sabine Kuhlmann/Christoph Reichard/Karl-Peter Sommermann/Jan Ziekow (Hrsg.), Grundmuster der Verwaltungskultur. Interdisziplinäre Diskurse über kulturelle Grundformen der öffentlichen Verwaltung, Baden-Baden 2014.*
255. *Christian Bauer, Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungsstaat. Die Gasnetzzugangs- und Gasnetzentgeltregulierung durch Bundesnetzagentur und Landesregulierungsbehörden, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Bd. 225, Berlin 2014.*
256. *Insa Pruiskens, Fusionen im institutionellen Feld „Hochschule und Wissenschaft“, Interdisziplinäre Schriften zur Wissenschaftsforschung Bd. 15, Baden-Baden 2014.*
257. *Klaus König, Operative Regierung, Tübingen 2015.*
258. *Corinna Sicko/Dirk Zeitz/Jan Ziekow, Neubau der sozialen Wohnraumförderung. Evaluierung des Landeswohnraumförderungsgesetzes Baden-Württemberg und Entwicklung von Regelungsperspektiven, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 5, Baden-Baden 2015.*
259. *Cristina Fraenkel-Haeberle/Sabine Kropp/Francesco Palermo/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Citizen Participation in Multi-Level Democracies, Leiden/Boston 2015.*
260. *Bernd W. Wirtz, E-Government – Perspektiven des kommunalen E-Government, Mainz 2015.*
261. *Jürgen Kühling/Mario Martini/Johanna Heberlein/Benjamin Kühl/David Nink/Quirin Weinzierl/Michael Wenzel, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht: Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, Berlin 2016.*
262. *Jan Ziekow/Dieter Katz/Axel Piesker/Hanna Willwacher, Gesetzliche Regelungen zur Terrorismusbekämpfung in Deutschland auf dem Prüfstand, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 6, Baden-Baden 2016.*
263. *Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Öffentliche Angelegenheiten – interdisziplinär betrachtet. Forschungssymposium zu Ehren von Klaus König, Schriftenreihe der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Bd. 230, Berlin 2016.*

264. *Nadja Braun Binder*, Rechtsangleichung in der EU im Bereich der direkten Steuern. Analyse der Handlungsformen unter besonderer Berücksichtigung des Soft Law, Jus Publicum, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 266, Tübingen 2017.
265. *Cristina Fraenkel-Haeberle/Diana-Urania Galetta/Karl-Peter Sommermann* (Hrsg.), Europäisierung und Internationalisierung der nationalen Verwaltungen im Vergleich - Deutsch-italienische Analysen, Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 178, Berlin 2017.
266. *Benjamin Kühl*, Staatlich finanzierte Bewertungsportale Privater - Lebensmittelklarheit.de aus lebensmittel- und verfassungsrechtlicher Perspektive, Schriftenreihe der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Lebensmittel
267. *Margrit Seckelmann/Johannes Platz* (Hrsg.), Remigration und Demokratie in der Bundesrepublik nach 1945. Ordnungsvorstellungen zu Staat und Verwaltung im transatlantischen Transfer, Histoire, Bd. 116, Bielefeld 2017.
268. *Jan Ziekow/Dieter Katz/Axel Piesker/Hanna Willwacher*, Die Rechtsextremismus-Datei in der polizeilichen und nachrichtendienstlichen Praxis. Ergebnisse der Evaluation nach Artikel 3 Absatz 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Rechtsextremismus, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 7, Baden-Baden 2017.
269. *Veith Mehde/Margrit Seckelmann* (Hrsg.), Zum Zustand der repräsentativen Demokratie, Beiträge des Symposiums anlässlich des 80. Geburtstags von Hans Peter Bull, Tübingen 2017.
270. *Kai Masser/Bettina Engewald/Lucia Scharpf/Jan Ziekow*, Die Entwicklung der Mediation in Deutschland. Bestandsaufnahme nach fünf Jahren Mediationsgesetz, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 8, Baden-Baden 2018. echt, Bd. 1, Frankfurt a.M. 2017.
271. *Margrit Seckelmann*, Evaluation und Recht, Strukturen, Prozesse und Legitimationsfragen staatlicher Wissensgewinnung durch (Wissenschafts-)Evaluation, Jus Publicum, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 273, Tübingen 2018.
272. *Jan Ziekow* (Hrsg.), Verwaltungspraxis und Verwaltungswissenschaft, Schriften der Deutschen Sektion des Internationalen Instituts für Verwaltungswissenschaften, Bd. 41, Baden-Baden 2018.
273. *Marius Herr/Christoph E. Müller/Bettina Engewald/Axel Piesker/Jan Ziekow*, Das Hamburgische Transparenzgesetz in der Praxis, Ergebnisse der Gesetzesevaluation, Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 9, Baden-Baden 2018.
274. *Margrit Seckelmann* (Hrsg.), Digitalisierte Verwaltung - Vernetztes E-Government, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2019.
275. *Dorothea Steffen*, Tradierte Institutionen, moderne Gebäude. Verwaltung und Verwaltungsbauten der Bundesrepublik in den früher 1950er Jahren, Schriftenreihe Histoire, Bd. 149, Bielefeld 2019.

III. FÖV DISCUSSION PAPERS

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

- Nr. 61 *Albrecht Blümel/Katharina Kloke/Georg Krücken*, Hochschulkanzler in Deutschland: Ergebnisse einer hochschulübergreifenden Befragung, Speyer, September 2010.
- Nr. 62 *Jonas Buche*, Die Europäisierung von Parteien und Parteiensystemen - Eine Analyse am Beispiel Schwedens vom Beitritt zur EU 1995 bis zur Reichstagswahl 2006, Speyer, September 2010.
- Nr. 63 *Andreas Knorr/Andreas Lueg-Arndt/Barbara Lueg*, Airport Noise Abatement as an International Coordination Problem – The Case of Zurich Airport, Februar 2011.
- Nr. 64 *Gisela Färber*, Steuerhoheit von Gebietskörperschaften, März 2011.
- Nr. 65 *Bernd W. Wirtz/Linda Mory/Robert Piehler*, Kommunales E-Government: Erfolgsfaktoren der Interaktion zwischen Stadtportalen und Anspruchsgruppen, März 2011.
- Nr. 66 *Aron Buzogány/Andrej Stuchlik*, Paved with good intentions Ambiguities of empowering parliaments after Lisbon, Mai 2011.
- Nr. 67 *Dennis Kutting*, Staatliche Verwaltungsarchitektur der 1950er Jahre in der Bundesrepublik, Forschungsstand, Problemstellung und Perspektiven, Juli 2011.
- Nr. 68 *Ulrich Stelkens*, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, August 2011.
- Nr. 69 *Gisela Färber*, Impacts of the Global Financial Crisis in a Federation: Evidence from Germany, Januar 2012.
- Nr. 70 *Ulrich Stelkens/Hanna Schröder*, EU Public Contracts – Contracts passed by EU Institutions in Administrative Matters, März 2012.
- Nr. 71 *Hans Herbert von Arnim*, Der Bundespräsident – Kritik des Wahlverfahrens und des finanziellen Status, März 2012.
- Nr. 72 *Andreas Knorr*, Emissionshandel und Luftverkehr – Eine kritische Analyse am Beispiel des Europäischen Emissionshandelssystems (EU ETS) –, September 2012.
- Nr. 73 *Gisela Färber/Julia Einsiedler*, Bürokratiekostenabbau im Steuerrecht: Ein Ansatz zur Vereinfachung des Steuerrechts? September 2012.
- Nr. 74 *Tim Jäkel*, Wer vergleicht seine Leistung, wenn er hohe Schulden hat? Empirische Evidenz aus den deutschen kreisfreien Städten, Mai 2013.

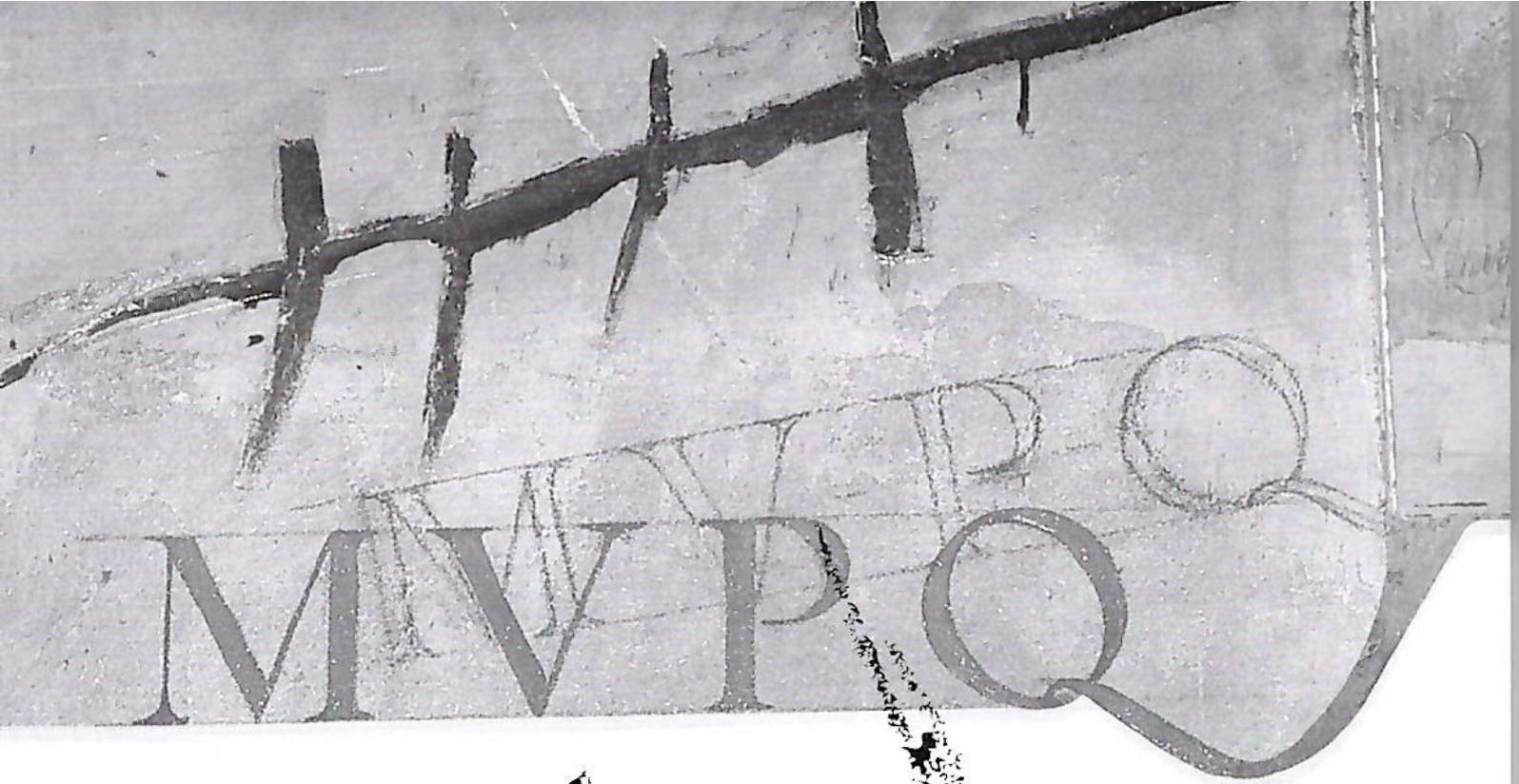
- Nr. 75 *Holger Mühlenkamp*, From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, Juli 2013.
- Nr. 76 *Dirk Zeitz*, Bewertung der Einfacher-zu-Projekte unter dem Blickwinkel eines Vollzugsbenchmarking, September 2013.
- Nr. 77 *Stefan Domonkos*, Making Increased Retirement Age Acceptable: The Impact of Institutional Environment on Public Preferences for Pension Reforms, Juni 2014.
- Nr. 78 *Daniela Caterina*, Construing and managing the crisis: A cultural political economy perspective on the Italian Labour Market Reform 2012, Juni 2014.
- Nr. 79 *Marco Salm*, Property Taxes in BRICS: Comparison and a First Draft for Performance Measurement, Oktober 2014.
- Nr. 80 *Dirk Zeitz*, Der Antrag auf Wohngeld als Beispiel der Konsequenzen des Exekutivföderalismus auf den Erfüllungsaufwand, April 2015.
- Nr. 81 *Marco Salm/Christian Schwab*, HRM and Change Management: Comparative Results from Three European Cities of Excellence, November 2015.
- Nr. 82 *Marius Herr*, Das E-Government-Gesetz des Bundes – Ein verwaltungswissenschaftlicher Literaturbericht –, November 2015.
- Nr. 83 *Rahel M. Schomaker/Michael W. Bauer*, Experiments in Public Administration – some research, but no agenda, Juli 2016.
- Nr. 84 *Dirk Zeitz*, Erprobung des Vollzugsbenchmarkings am Beispiel des Wohngeldes: Auswertung der Erhebungen, September 2016.
- Nr. 85 *Mario Martini* unter Mitarbeit von *Saskia Fritzsche* und *Michael Kolain*, Digitalisierung als Herausforderung und Chance für Staat und Verwaltung. Forschungskonzept des Programmbereichs „Transformation des Staates in Zeiten der Digitalisierung“, Dezember 2016.
- Nr. 86 *Ulrich Stelkens/Agne Andrijauskaite*, Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and their Impact on the Administrative Law of its Member States. August 2017.
- Nr. 87 *Rahel M. Schomaker/Michael W. Bauer*, Alternative Mechanismen zur europäischen (Um-)Verteilung von Flüchtlingen und Migranten, Februar 2019.
- Nr. 88 *Ulrich Stelkens/Marcus Seyfarth*, Unionsrechtlicher Schutz der Berufsfreiheit vor dem nationalen Gesetzgeber: Relevanz der Dienstleistungsrichtlinie, der Berufsqualifikationsrichtlinie und der Verhältnismäßigkeitsrichtlinie für Inlandsverhältnisse, Oktober 2019.

IV. Vorträge aus dem Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer

(institutseigene Reihe, über das Institut zu beziehen)

Nr. 1 *Hans Peter Bull*, Vom Auf- und Abbau der Bürokratie, Januar 2006.

Nr. 2 *Janbernd Oebbecke*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Verwaltung, Januar 2006.



ISBN 978-3-947661-04-6
ISSN 0179-2326

DEUTSCHES FORSCHUNGSINSTITUT FÜR
ÖFFENTLICHE VERWALTUNG SPEYER

FORSCHUNG ÜBER UND FÜR DIE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG

Hausanschrift
Freiherr-vom-Stein-Straße 2
67346 Speyer

Postanschrift
Postfach 14 09
67324 Speyer

Tel.: +49 (0) 62 32 / 654-0
E-Mail: foev@foev-speyer.de
<http://www.foev-speyer.de>