

Vortrag Bad Wiessee, 20. Januar 1997: Kooperationstagung Hanns-Seidel-Stiftung mit dem Landkreistag Rheinland-Pfalz

Schlanker Staat durch Planungs- und Genehmigungsverfahren

Über die Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung und zur Verschlinkung des Staates gibt es durchaus unterschiedliche Vorstellungen:

Ein Mitglied des Bundestages aus Bayern beschrieb bei der Vorbereitung des sog. Beschleunigungspakets seine Vorstellung eines effektiven Genehmigungsverfahrens in etwa so: „Da ruft mich ein Unternehmer, der in meinem Wahlkreis investieren will, an und erzählt mir, was er plant. Ich rufe nun den Landrat an oder auch die Leiter der zuständigen Fachbehörden. Dann bekommt der Unternehmer seine Genehmigung in wenigen Tagen, kann loslegen und Arbeitsplätze schaffen.“

Ein Regierungspräsident, der vom Niederrhein stammt, wird bei einer Anhörung vor Ausschüssen des Bundestages mit Vorhaltungen eines Industrievertreeters über zu lange Genehmigungsverfahren konfrontiert. Er erwidert hierzu: „Ich höre zum ersten Mal hier von einem Vertreter dieser Firma vor den Ausschüssen des Bundestages längere beredete Klage. Sie hätten die Gelegenheit nehmen sollen, sich bei mir zu beklagen als Chef einer Behörde, die für Genehmigungen zuständig ist, und zwar zu einem richtigen Zeitpunkt. Ich wundere mich, daß man sich hier dazu jetzt einläßt.“¹ Auf die Bemerkung des Ausschußvorsitzenden, das sei durchaus erlaubt, im Bundestag gelte das freie Wort, repliziert unser Regierungspräsident: „Aber nur, wenn er mich vorher angerufen hat.“

Die geschilderten Anrufvarianten mögen der Verfahrensbeschleunigung dienen. Wenn man sie rechtlich qualifizieren will, dürfte man sie dem informellen Verfahren zurechnen.

Schwerpunkt meiner heutigen Ausführungen ist jedoch das formelle Verfahren in der Form, die es durch die Initiative der Bundesregierung im vergangenen Jahr gefunden hat.

Daß im internationalen Wettbewerb um Investitionen die Dauer von Genehmigungsverfahren ein wesentlicher Faktor ist, ist eine Binsenweisheit und war schon seit längerem aus

¹ Protokoll BT-Umwelt 13/31, S. 57.

Wirtschaftskreisen zu vernehmen. Einschätzungen der tatsächlichen Dauer von Genehmigungsverfahren sind ebenso unterschiedlich wie die vermuteten Gründe hierfür. Es verwundert nicht, wenn die Wirtschaft von einer höheren Verfahrensdauer ausgeht als die Genehmigungsbehörden². Zwar gibt es in Teilbereichen Angaben über die jeweilige Verfahrensdauer; repräsentative Studien sind jedoch rar³. Von der Wirtschaft weniger betont wurden andere Faktoren wie Planungssicherheit durch hohen Vertrauensschutz für erteilte Genehmigungen. Die ständigen Klagen und eine offensichtlich unbefriedigende Entwicklung der allgemeinen Wirtschaftslage haben zum Auftrag der Politik an die Regierung geführt, durch eine substantielle Beschleunigung der Genehmigungsverfahren die Attraktivität des Standorts Deutschland für Investitionen zu erhöhen. Wo auch immer dieser Auftrag formuliert wurde, findet sich beschwörungsgleich die Formel, daß hierbei jedoch Rechte Dritter oder der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt werden sollten.

I. Beschleunigung durch Verfahrensregelungen

Am 19.9.1996 ist das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz (GenBeschlG)⁴ in Kraft getreten⁵. Es soll dazu beitragen, Planungs- und Genehmigungsverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen. Lassen Sie mich zunächst die Kernelemente dieses Gesetzes herausheben:

- Bei materiell rechtmäßigen Entscheidungen soll nicht mehr jeder Verstoß gegen Form-, Verfahrens- oder Abwägungsvorschriften gleich zur Aufhebung der Entscheidung führen. Es war bisher oft nur schwer verständlich zu machen, daß eine Verwaltungsentscheidung, obwohl sie inhaltlich offensichtlich rechtmäßig war, nur wegen des Verstoßes gegen eine Verfahrensvorschrift vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden mußte. Die Folge war häufig, daß die Verwaltung die gleiche Entscheidung nochmals - diesmal unter Beachtung der Verfahrens- und Formvorschriften - erlassen hat und das Verwaltungsgericht sich ein zweites Mal mit der gleichen Sache beschäftigen mußte.

² Hierzu *Pein*, BB 1996, 1399. Zum „Zeitverbrauch“ *Fisch*, Zeit und Entscheidung - Zur Rolle der Zeit bei Genehmigungsverfahren für technische Großverfahren, in: *Fisch/Beck* (Hrsg.), Abfallnotstand als Herausforderung für die öffentliche Verwaltung (Speyerer Forschungsberichte Bd. 150), 1995, S. 249 ff.; *Steinberg*, NuR 1996, 6; *Infratest Industrie*, Empirische Untersuchung der Genehmigungsverfahren für gewerbliche Investitionsvorhaben in Deutschland, Frankreich, England, Italien, Spanien und Belgien sowie ihre Bedeutung für den Wirtschaftsstandort Deutschland - Ableitung von Maßnahmen zur Verbesserung der Genehmigungsverfahren in Deutschland und deren rechtliche und rechtspolitische Würdigung, Bericht für den Bundesminister für Wirtschaft, April 1994; Grünbuch zur Innovation der Europäischen Kommission (Bulletin der EU, Beil. 5/95), S. 50.

³ Vgl. *Krumsiek/Frenzen*, DÖV 1995, 1013 (1015 f.). S. auch *Schatz*, Wettbewerbsfähigkeit des Standortes Deutschland - Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, Vortragsmanuskript, 3. Treffen der Kieler Doctores Iuris, Mai 1995, Nr. 25 f.

⁴ Hierzu *Schmitz/Wessendorf*, NVwZ 1996, 955; *Jäde*, UPR 1996, 361.

⁵ BGBl I, S. 1354.

- Der zweite wichtige Bereich des Gesetzes betrifft die Straffung des Planfeststellungsverfahrens und die Einführung der Plangenehmigung.

Hier greift das Gesetz Regelungen aus dem Fachplanungsrecht auf. Da die dort gemachten Erfahrungen überwiegend positiv sind, war es naheliegend, die Regelungen aus dem Fachplanungsrecht in das allgemeine und übergreifend anwendbare Verwaltungsverfahrensgesetz zu übernehmen. Diese Übernahme in das Verwaltungsverfahrensgesetz schafft zugleich auch die Voraussetzungen für eine zukünftige Rechtsbereinigung und wirkt damit dem häufig kritisierten Auseinanderlaufen des Fachplanungsrechts entgegen.

Auf Einzelheiten hierzu komme ich später noch zurück.

- Als dritter wichtiger Bereich wird durch das Gesetz ein neuer Abschnitt in das Verwaltungsverfahrensgesetz aufgenommen. Dieser Abschnitt sieht für investitionsrelevante Genehmigungsverfahren umfassende Beratungspflichten und beschleunigende Verfahrensmodelle vor. Das dort genannte Sternverfahren und die Antragskonferenz sind ebenso wie die ausführlichen Auskunfts- und Beratungspflichten bereits Gegenstand einer Reihe von Verwaltungsvorschriften und haben sich in der Praxis bewährt. Durch die Normierung der wichtigsten Möglichkeiten zur Verfahrensbeschleunigung im Verwaltungsverfahrensgesetz wird sowohl im Hinblick auf die Antragsteller als auch hinsichtlich der Genehmigungsbehörden ein größerer Anreiz geschaffen, die neuen Beschleunigungsinstrumente zu nutzen. Zudem wird hierdurch für die Investoren ein Signal gesetzt, das die verstärkte Ausrichtung der Verwaltung auf eine moderne, bürgernahe Dienstleistung dokumentiert.⁶ Soweit aus der Verwaltung auf unzureichende Mitwirkung der Antragsteller als Grund für Verfahrensverzögerungen hingewiesen wurde, reagiert der Gesetzgeber nun durch stärkere gesetzliche Betonung der - auch bislang in § 25 VwVfG normierten - Pflicht zur Beratung durch die Genehmigungsbehörde.

Durch die Änderungen soll den Klagen aus der Wirtschaft über eine zu lange Dauer von Genehmigungsverfahren in Deutschland Rechnung getragen werden. Unabhängig von dem tatsächlichen Befund soll das Gesetz auch ein Signal zugunsten eines besseren Investitionsklimas setzen⁷.

Bevor ich zu den Einzelheiten der neuen Regelungen komme, zunächst einige grundsätzliche Bemerkungen zum Einfluß von Verfahrensregelungen auf die Dauer von Genehmigungsverfahren:

1. Grenzen der Beschleunigung durch Verfahrensregelungen

Die Dauer von Planungs- und Genehmigungsverfahren hat, wie aus dem Bericht der Bundesregierung zur Zukunftssicherung des Standortes Deutschland ersichtlich ist, gegenüber anderen Faktoren eine geringere Bedeutung für die Investitionsbereitschaft und Innovationsfähigkeit der Wirtschaft⁸. In der Bundesrepublik Deutschland gelten zwar vergleichswei-

⁶ Vgl. Vorblatt des Gesetzentwurfs, A. Zielsetzung, BT-Dr 13/3995.

⁷ So MdB *Schlee* (CDU) in der 2./3. Lesung im Bundestag, BT-StenBer.-Plenarprot. 13/116, S. 10346.

⁸ Vgl. *Schatz*, o. Fußn. 3, Nr. 27 ff.

se strenge und weitreichende Vorschriften zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Verschiedene Studien⁹ haben aber gezeigt, daß diese Vorschriften in Deutschland und im internationalen Vergleich keine nennenswerten Standortnachteile bilden. Diese Studien ziehen auch hinsichtlich der ökonomischen Wirkungen des Umweltschutzes insgesamt eine positive Gesamtbilanz. Sie weisen darauf hin, daß bei der Diskussion über die Belastungen durch Umweltschutz eher die schwer oder nicht quantifizierbaren Effekte eine tragende Rolle spielen. Das sind die qualitativen Faktoren wie Industriefreundlichkeit, Technikoffenheit an den Investitionsstandorten, Kooperationsmöglichkeiten mit anderen Betrieben und mit Verwaltungen und nicht zuletzt die Akzeptanz in der Bevölkerung für bestimmte Techniken.

Es ist auch darauf hinzuweisen, daß wesentliche Beschleunigungspotentiale, die in der Handhabung der Verfahren liegen, bisher keinesfalls ausgeschöpft sind.

Spektakuläre Großprojekte lassen mitunter den Eindruck entstehen, daß Verfahrensvorschriften bürokratischer Selbstzweck und/oder Waffe der jeweiligen Projektgegner sind. Dabei gerät leicht die Tatsache aus dem Blickfeld, daß das Verfahren und insbesondere die Öffentlichkeitsbeteiligung konsensstiftend wirken sollen¹⁰. Im weitaus größten Teil der Fälle wird dieses Ziel auch erreicht¹¹. Anders ist es bei den Projekten, bei denen die Grundauffassungen in der Gesellschaft diametral gegenüberstehen. Konflikte, die hier liegen, lassen sich durch Verfahrensvorschriften nicht beheben. Gerade bei großen Verkehrsprojekten gewinnt das Begriffspaar „Ökologie - Ökonomie“ Freund-Feind-Charakter. Verfahren können ihrem Zweck nicht dienen, wo Kompromißbereitschaft - wie bei der Fundamentalopposition gegen technische Großvorhaben - nicht existiert. Vorschläge, die allein am Verfahren ansetzen, sind letztlich nicht zielführend. Mehr Erfolg als vom Versuch, Verfahren zu verbessern, ist von der Modifizierung materiell-rechtlicher Anforderungen zu erwarten. Dabei muß deutlich werden, daß die Entscheidung über die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorhaben bereits vom Gesetzgeber getroffen ist und im Verwaltungsverfahren nicht mehr zur Disposition steht. Ebenso muß klar sein, daß Akzeptanz kein Synonym für die Herstellung einer allgemeinen Zufriedenheit ist, sondern vielmehr die Hinnahme einer Entscheidung bedeutet, die - obwohl sie rechtmäßig ist - mitunter den Betroffenen gerade nicht überzeugt.

⁹ Z.B. von DIW, RWI und Prognos; vgl. Bericht der UMK-Arbeitsgruppe „Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren“ vom 11.11.1993; auch *Krumsiek/Frenzen*, DÖV 1995, 1013 (1015).

¹⁰ So auch *U. Becker*, *VerwArch* 87 (1996), 581 (607).

¹¹ A.A. *Krumsiek/Frenzen*, DÖV 1995, 1013 (1014): Erwartung größerer Akzeptanz habe sich zum großen Teil nicht erfüllt.

2. *Einfluß des materiellen Rechts*

In erster Linie gestalten sich die Genehmigungsverfahren deshalb komplex und zeitraubend, weil ein hoher Prüfungsaufwand infolge der kaum noch überschaubaren materiellrechtlichen normativen Vorgaben betrieben werden muß. Auch der internationale Vergleich läßt Zweifel aufkommen, ob ein optimaler Umweltstandard perfektionistische Rechtsnormen, überdifferenzierte Verwaltungsvorschriften und technische Regelwerke im derzeitigen Umfang erfordert. Deutschland verfügt bereits jetzt über ein überreguliertes Umweltschutzrecht, das durch die Implementation von EG-Richtlinien noch zusätzlich kompliziert wird und zum Teil schon vollzugsuntauglich ist. Die Vielfalt der Regelungen stellt ein unüberschaubares Geflecht von Bestimmungen, Vorschriften und Ausnahmeregelungen dar, die zum Teil schlicht unverständlich sind. Mehr spricht dafür, daß auch bei einer Entfeinerung dieser Regelwerke die Umweltstandards zumindest gehalten werden können. Dieser Zusammenhang von materiell-rechtlichem Prüfungsumfang und der Dauer von Verwaltungsverfahren darf nicht aus dem Auge verloren werden. Eine durchgreifende Vereinfachung und Beschleunigung von Verfahren unter Beibehaltung der materiellrechtlichen Anforderungen kann es nicht geben. Weitere Beschleunigungseffekte können daher durch eine Änderung des materiellen Rechts erzielt werden¹².

3. *Befristung von Gesetzen*

Eine Idee zur Verringerung der Normenflut, die immer wieder auftaucht, möchte ich hier kurz streifen: die Befristung der Geltungsdauer von Gesetzen. Die Propagandisten dieser Idee von sog. Zeitgesetzen führen an, eine Befristung zwingt den Gesetzgeber zur ständigen Kontrolle der bestehenden Normen auf ihren Sinn und ihre tatsächliche Wirksamkeit hin¹³. Dieser Auffassung wird sich ein Gesetzgebungspraktiker kaum anschließen können. Zwar wäre bei Zeitgesetzen der gewünschte Kontrollvorgang institutionalisiert; ob er dann tatsächlich inhaltlich wahrgenommen würde, ist eine andere Frage. Für Parlament und Regierung dürften die aus einer Befristung erwachsenden Aufgaben nur bei einer erheblichen Erhöhung der personellen und sachlichen Mittel zu bewältigen sein. Zu groß wäre jedenfalls die Gefahr, daß z. B. wegen veränderter Mehrheitsverhältnisse im Parlament oder aktueller Überlastungen im federführenden Ministerium eine erforderliche nahtlose Verlängerung der Geltungsdauer nicht bewirkt werden könnte. Den Rechtsunterworfenen ist die damit verbundene Unsicherheit nicht zuzumuten.

¹² So auch *Ronellenfitsch* und *Kutscheidt* bei den Vierten Osnabrücker Gesprächen zum deutschen und europäischen Umweltrecht, vgl. Tagungsberichte *Holle/Scholz*, UPR 1996, 377 (378, 379), und *Szczekalla*, ZG 1996, 284. Ebenfalls *Krumsiek/Frenzen*, DÖV 1995, 1013 (1024).

¹³ Vgl. nur *Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, 1996, S. 395.

Doch nun zum Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz, dem bislang letzten Versuch, durch verfahrensregelnde Maßnahmen Beschleunigung zu erreichen:

II. Entstehung des GenBeschlG

Im Gegensatz zur bisherigen Praxis ist das GenBeschlG nicht auf der Basis von umfassenden wissenschaftlichen Vorarbeiten durch den Musterentwurf eines Bund-Länder-Ausschusses vorbereitet worden. Solche Musterentwürfe waren bisher die Grundlage für eine Simultangesetzgebung von Bund und Ländern. Durch sie wurde die Übereinstimmung des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts gewährleistet¹⁴. Die besondere Dringlichkeit des mit dem GenBeschlG verfolgten Ziels hat die Bundesregierung veranlaßt, mit einem eigenen Entwurf voranzugehen. Bereits die Koalitionsvereinbarung von CDU/CSU und F.D.P. vom 11.11.1994 nannte das Ziel, „daß Verwaltungs- und Gerichtsverfahren für Bürger und Wirtschaft wieder zeitlich überschaubar und berechenbar werden“. Auch der genaue Weg wurde gewiesen, nämlich u.a. Beseitigung von Verfahrensmängeln und Ergänzung von Begründungen noch im gerichtlichen Verfahren, Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren¹⁵. Das Gesetz wurde vorbereitet durch eine von der Bundesregierung eingesetzte Expertenkommission¹⁶ und - folgend - eine Koalitions-/Ressortarbeitsgruppe¹⁷. Die Vorschläge der Expertenkommission - auch als „Schlichter-Kommission“ bekannt - entsprachen überwiegend den im BR-Entwurf eines

¹⁴ Vgl. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 4. Aufl. (1993), Einl Rn. 19 ff., 44; *Sachs*, ebda., § 49 Rn. 77; *Klappstein*, in: *Knack*, VwVfG, 5. Aufl. (1996), Rn. 6 vor § 1; *ders.*, Rechtseinheit und Rechtsvielfalt im Verwaltungsrecht, 1994, S. 7 ff., 40 ff.

¹⁵ Hierin wird auch einer der Wege zu einem „schlankeren Staat“ gesehen; vgl. *Busse*, DÖV 1996, 389 (393). Zur Komplexität der Modernisierung der öffentlichen Verwaltung s. auch *Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung und Verwaltungsrecht im „schlanken Staat“, VM 1996, 4 ff., 83 ff., 163 ff.

¹⁶ *Unabhängige Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*: nach ihrem Vorsitzenden sog. *Schlichter-Kommission* mit 8 Mitgliedern (pensionierter Richter mit Tätigkeitsschwerpunkt Baurecht [Prof. *Schlichter* - Vorsitz], Wirtschaftswissenschaftler, Verwaltungsrechtler [Prof. *Bullinger*], Unternehmer, ehemaliger Regierungspräsident, ehemaliger Oberbürgermeister, Abteilungsleiter in Chemieunternehmen, Rechtsanwalt). Der Bericht der Kommission ist veröffentlicht: *Bundesministerium für Wirtschaft* (Hrsg.), *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren*, 1994. Vgl. hierzu Umweltgutachten des *Rats von Sachverständigen für Umweltfragen*, BT-Dr 13/4108, Tz. 77 ff.; *Schlichter*, *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren*, DVBl 1995, 173; *Hoffmann*, *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren: zum Bericht einer Expertenkommission der Bundesregierung*, DÖV 1995, 237; *Lübbe-Wolff*, *Beschleunigung von Genehmigungsverfahren auf Kosten des Umweltschutzes (Anmerkungen zum Bericht der Schlichter-Kommission)*, ZUR 1995, 57; *Büllesbach*, *Möglichkeiten der Beschleunigung von parallelen Genehmigungsverfahren*, DÖV 1995, 710. Generelle Kritik an der Kommission - fehlende Praxiskenntnisse - wurde u.a. bei dem Symposium „Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht“ der Forschungsstelle Umweltrecht der Universität Hamburg geäußert; vgl. Tagungsbericht *Schneider*, DVBl 1995, 837 (838).

¹⁷ *Bundesministerium für Wirtschaft* (Hrsg.), *Empfehlungen der Arbeitsgruppe aus Vertretern der Koalitionsfraktionen und der Bundesressorts zur Umsetzung der Vorschläge der unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren*, Juni 1995.

Standortsicherungsgesetzes vorgesehenen Regelungen¹⁸. Vorbilder für die entsprechenden Kommissionsvorschläge finden sich zudem in Verwaltungsvorschriften des Landes Baden-Württemberg¹⁹. Den meisten Vorschlägen der Expertenkommission zum Verwaltungsverfahrenrecht hat die Arbeitsgruppe grundsätzlich zugestimmt, dabei jedoch mehrfach nicht unwesentliche Modifikationen vorgenommen. Beispiel: Die von der Expertenkommission vorgeschlagene Norm über die Beratung des späteren Antragstellers sah die Einleitungsworte „Auf Antrag klärt die Genehmigungsbehörde“ vor. Damit hätte jedoch der Eindruck entstehen können, diese Beratung finde in einem gesonderten förmlichen Verwaltungsverfahren statt, das womöglich zu gesonderten gerichtlichen Überprüfungen hätte führen können. Die Gesetz gewordene Fassung des neuen § 71c II VwVfG läßt diese Worte deshalb weg. Stattdessen enthält sie als zusätzliche Einschränkung die Worte „soweit erforderlich“, um der Behörde nicht jedes vernünftige Ermessen zu nehmen.

Den folgenden Auftrag der Bundesregierung, bis Ende 1995 den Beschlüssen der Arbeitsgruppe entsprechende Gesetzentwürfe vorzulegen, haben die jeweiligen Ressorts fristgerecht erfüllt. Am 8.5.1996 fand eine gemeinsame Anhörung von Sachverständigen vor Innen-, Rechts-, Wirtschafts- und Umweltausschuß des Bundestages zu den Gesetzentwürfen des sog. Beschleunigungspakets zur Änderung des VwVfG²⁰, der VwGO²¹ und des BImSchG²² statt. Die schriftlichen Stellungnahmen²³ und die mündlichen Äußerungen²⁴ der Sachverständigen waren mit Ausnahme der Vertreter aus der Industrie und der Mitglieder der vorherigen Expertenkommission durchweg kritisch. Dessenungeachtet ist der Entwurf des GenBeschlG - anders als der zur VwGO - nach der Anhörung nicht mehr verändert worden.

¹⁸ S. BR-Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland durch Beschleunigung und Vereinfachung der Anlagenzulassungsverfahren, BT-Dr 13/1445.

¹⁹ Vgl. VwV-Verfahrensbeschleunigung Umwelt v. 1.12.1992 (GABl BW 1993, S. 15); VwV-Beschleunigung im Verkehrswegebau v. 22.7.1993 (GABl BW 1993, S. 878); VwV-ROV v. 8.7.1993 (GABl BW 1993, S. 905); s. auch den Gem. RdErl. der Ministerien des Landes Sachsen-Anhalt „Zeitliche Straffung von Verwaltungsverfahren“ v. 26.11.1993 (MBl LSA 1993, S. 2795). Grundlegend zur „bedarfsgerechten Beschleunigung“ durch „neue Beschleunigungsinstrumente“ *Bullinger*, Beschleunigte Genehmigungs- und Planungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, in: *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, S. 127 ff. m.w.Nachw.

²⁰ Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz - GenBeschlG), BT-Dr 13/3995; Beschlußempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Dr 13/5085.

²¹ Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGO-ÄndG), BT-Dr 13/3993, 13/4069; Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 13/5098; 6. VwGO-ÄndG v. 1.11.1996, BGBl I, S. 1626; hierzu auch *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151; kritisch: *Schenke*, NJW 1997, 81.

²² Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsrechtlicher Genehmigungsverfahren, BT-Dr 13/3996; Gesetz v. 9.10.1996, BGBl I, S. 1498.

²³ S. Ausschußdrucksachen 13/271, Teile I bis VI, und 13/272 des BT-Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (16. Ausschuß).

²⁴ S. Protokoll Nr. 31 (13. Wahlperiode) des BT-Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (16. Ausschuß).

Das Anliegen der Bundesregierung, den Gleichklang von Bundes- und Landesverwaltungs-verfahrensgesetzen zur praktischen Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung zu wahren, bleibt von dem gewählten Verfahren unberührt. Dementsprechend sind die Länder laufend über die Arbeiten an dem Gesetzentwurf informiert worden; ihre Äußerungen waren Gegenstand der Beratungen in der Koalitions-/Ressortarbeitsgruppe²⁵. Die Bundesregierung hat stets darauf hingewiesen, daß die Übernahme der Regelungen des GenBeschG in die Landesverwaltungsverfahrensgesetze unabdingbar ist, um eine wirkungsvolle Verfahrensbeschleunigung zu erreichen²⁶. Auch in seiner Rede anlässlich der Jahresversammlung 1996 des Deutschen Landkreistages am 25.9.1996 in Bonn hat BM Kanther dies betont. Mit Schreiben vom 19.12.1996 hat er seine Länderkollegen nochmals nachdrücklich gebeten, für die vollständige Übernahme Sorge zu tragen. Den gleichen Appell hat der Chef des Bundeskanzleramts vor einer Woche²⁷ an die Chefs der Staatskanzleien gerichtet.

Nun zu einigen Details der Änderungen:

III. Schwerpunkte der Änderung

1. Beschränkung der Folgen von Verstößen gegen Verfahrens- oder Formvorschriften

a) § 45 II VwVfG

§ 45 VwVfG a.F. beschränkte die Möglichkeit der Heilung bestimmter Verfahrens- und Formfehler zeitlich bis zum Abschluß des Vorverfahrens oder, wo ein solches nicht stattfindet, bis zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage. Solche Mängel sind das gänzliche Fehlen einer Begründung oder zwar gegebene Begründungen, die jedoch den formellen Mindestanforderungen des § 39 I VwVfG nicht genügen.

Die materielle, inhaltliche Unrichtigkeit einer formell ordnungsgemäßen Begründung ist dagegen ein Problem der materiellen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts. Für die Heilung dieser sachlichen Unrichtigkeit hat die Rechtsprechung Zulässigkeitsregeln für das Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß entwickelt. Nur für die Heilung von der Verwaltung leicht vermeidbarer formeller Begründungsfehler galt deshalb auch die verwaltungsverfahrensrechtliche Zeitschranke des § 45 II VwVfG a.F.: „Die Behörde wird nicht durch § 45 I Nr. 2 VwVfG gehindert, den angefochtenen Verwaltungsakt nachträglich mit einer anderen Begründung zu versehen, insbesondere ihn auf eine andere Rechtsgrundlage zu stützen“²⁸.

²⁵ Dazu Fußn. 17.

²⁶ Z.B. Vorblatt des Gesetzentwurfs, Buchst. D, BT-Dr 13/3995. Auch *Schlee* (o. Fußn. 7), S. 10347.

²⁷ Schreiben vom 13.1.1997.

²⁸ *BVerwG*, NJW 1994, 211.

Die Neufassung des § 45 II VwVfG entspricht einem nachdrücklichen Wunsch der Länder²⁹. Sie erlaubt es, Verfahrenshandlungen wie z.B. die Anhörung eines Beteiligten oder die Mitwirkung einer anderen Behörde -, die unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften unterblieben sind, noch bis zum Abschluß des Verwaltungsgerichtsverfahrens mit heilender Wirkung nachzuholen. Die Beseitigung inhaltlicher Begründungsmängel in Gestalt einer unzutreffenden oder unvollständigen, aber den formellen Anforderungen des § 39 I VwVfG genügenden Begründung soll nicht durch § 45 II VwVfG, sondern durch den neuen § 114 S. 2 VwGO³⁰ ermöglicht werden. Kurz gesagt: § 114 S. 2 VwGO regelt die bereits bisher schon durch das BVerwG eingeräumte Möglichkeit des Nachschiebens von Ermessenserwägungen, während § 45 II VwVfG den Fall erfaßt, daß die Begründung insgesamt nachgeholt werden muß³¹.

In der Sachverständigenanhörung waren teilweise - insbesondere gegen eine Nachholung von Anhörung und Begründung - verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht worden³².

Überwiegend wurde die Regelung jedoch als zulässig angesehen, dabei aber einer Beschränkung der Heilungsmöglichkeiten auf die letzte Tatsacheninstanz der Vorzug gegeben³³. In der Revisionsinstanz sollte eine Nachholung nicht mehr möglich sein, da hier aufgrund eines feststehenden Sachverhalts nur noch Rechtsfragen geprüft würden. Dieses Bedenken, das sich auf § 137 II VwGO - Bindung des Bundesverwaltungsgerichts an die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz - stützt, verkennt, daß der Gesetzgeber prozessuale Regelungen auch außerhalb von Prozeßordnungen modifizieren kann. § 45 II VwVfG wirkt insoweit in das Verwaltungsprozeßrecht hinein und bestimmt eine Ausnahme von § 137 II VwGO³⁴. Letztlich noch nicht geklärt ist allerdings die Frage, ob entsprechende Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze auch diese Wirkung entfalten, denn den Ländern fehlt die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsprozeßrechts. Auch die neu eingeführte Heilungsmöglichkeit bei fehlender Anhörung ist zulässig, insbesondere vereinbar mit verfassungsrechtlichen Vorgaben³⁵.

Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, daß es auch der Bundesverband der Deutschen Industrie in seiner Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung für geboten gehalten hat, daß zumindest die Fälle des § 45 I Nr. 2 und 3 VwVfG - Begründung und An-

²⁹ So Art. 1 Nr. 4 des BR-Entwurfs (o. Fußn. 18); anders Nr. 2 der Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf des GenBeschlG (o. Fußn. 20): „bis zur letzten Tatsacheninstanz“.

³⁰ S. Fußn. 21; der Bundestag hat folgende Fassung beschlossen, die Gesetz geworden ist: „Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.“ (BR-Dr 497/96, S. 3).

³¹ Kritisch *Schenke*, NJW 1997, 81 (88 f.).

³² S. Fußn. 23; dort *Blümel*, I S. 6; *Eckert*, I S. 71; *Verstegen*, I S. 120; für unterbliebene Anhörung *Sellner*, V S. 10.

³³ S. Fußn. 23; dort *Eckert*, I S. 72; *Lotz*, I S. 89; *Bonk*, III S. 212.

³⁴ Zutreffend *Eckert* (o. Fußn. 23), I S. 72; *Schmitz/Wessendorf*, NVwZ 1996, 955 (957); *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151 (1152); im Ergebnis auch *Lotz* (o. Fußn. 23), I S. 89, und *Franßen* (o. Fußn. 23), III S. 212.

³⁵ A.A. *Redeker* NVwZ 1996, 521 (523). Bedenken äußern auch *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 28 Rn. 3 f. (mit Hinweis auf das Gemeinschaftsrecht der EU), 52; *Eckert* (o. Fußn. 23), I S. 72; *Sellner* (o. Fußn. 24), S. 124 f.; *Steinberg* (o. Fußn. 24), S. 12523.

hörung - aus dem Anwendungsbereich der neuen Heilungsregel ausgenommen bleiben³⁶. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, daß Anhörung und Begründung auch von investierenden Unternehmen als wichtig für ihre Verfahrensteilnahme angesehen werden. Die Annahme, daß Einwendungen nur von Gegnern der jeweiligen investiven Maßnahme erhoben werden, ist praxisfern; auch dem Investor ist vielfach daran gelegen, auf den behördlichen Willensbildungsprozeß - ggfs. noch im Widerspruchsverfahren - Einfluß zu nehmen, um z.B. mit der Genehmigung verbundene Auflagen zu modifizieren oder ganz entfallen zu lassen. Die Gefahr, daß § 28 VwVfG unterlaufen und eine bewußt unterlassene Anhörung sanktionslos bleibt³⁷, erscheint jedoch theoretisch. Die Dispositionsfreiheit der Verwaltung über ihren Verwaltungsakt geht durch ein laufendes gerichtliches Verfahren nicht verloren. Sie kann, wenn die nachgeholtete Anhörung relevantes Vorbringen aufweist, ihre Entscheidung ändern oder aufheben; sie wird dies ggfs. auch tun, um einer Verurteilung durch das Verwaltungsgericht zu entgehen. Daß Behörden - von eher seltenen Ausnahmefällen abgesehen - bestrebt sind, gesetzeskonform zu handeln, muß ich hier wohl nicht weiter darlegen. Dies, das Eigeninteresse der Behörde, Entscheidungen auf eine auch durch die Anhörung umfassend gestaltete Sachverhaltsfeststellung zu gründen, und nicht zuletzt die - Ihnen sicher geläufige - juristische Phantasie der Verwaltungsrichter³⁸ bei ihrem Bemühen, von ihnen für falsch erachtetes Verwaltungshandeln zu korrigieren, dürften die wünschenswerte Beachtung von § 28 VwVfG gewährleisten³⁹. Insgesamt gilt für den neugefaßten § 45 II VwVfG, daß hier keine ungerechtfertigte Privilegierung fehlerhaften Behördenhandelns geschaffen worden ist. Wenn der Kläger nach einer Heilung des Verfahrensfehlers im Prozeß die Hauptsache für erledigt erklärt, sind die Kosten des Rechtsstreits der beklagten Behörde aufzuerlegen⁴⁰.

b) § 46 VwVfG

Durch die Änderung des § 46 VwVfG sollen Verfahrens- oder Formfehler nur noch dann beachtlich sein, wenn sie die Entscheidung in der Sache auch tatsächlich beeinflußt haben. Bisher war ein Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts lediglich in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Verwaltung keine andere Sachentscheidung hätte treffen können, also Fälle der Ermessensreduzierung auf Null. Juristisch sind mit der Änderung interes-

³⁶ S. Fußn. 23; dort *BDI*, III S. 40.

³⁷ So *Redeker*, NVwZ 1996, 126 (131); *ders.*, NVwZ 1996, 521 (523); *Ehlers*, Jura 1996, 617 (622).

³⁸ Entsprechende Begabung zeigt sich nicht nur bei den von *Redeker*, NVwZ 1996, 126 (128), apostrophierten Bewährungsrichtern beim OVG.

³⁹ A.A. *Schenke*, NJW 1997, 81 (87).

⁴⁰ Vgl. § 161 II VwGO.

sante Fragen verbunden; ob die praktische Bedeutung entsprechend groß ist, wird sich zeigen.

Die Kritik an der Neufassung richtet sich sowohl gegen die Ausdehnung auf Ermessensentscheidungen, bei denen keine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, als auch gegen das Offensichtlichkeitskriterium in § 46, letzter Halbsatz, VwVfG⁴¹. Die Ausdehnung des § 46 VwVfG auf die Fälle der tatsächlichen Alternativlosigkeit⁴² entspricht der dienenden Funktion des Verfahrensrechts. Für den Bereich des Planungsrechts ist die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon bisher in dieser Weise verfahren⁴³. Anders als *Franßen* meint⁴⁴, bleiben wie bisher die Fälle rechtlicher Alternativlosigkeit umfaßt. Dies wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt⁴⁵. Die Auslegung des Begriffs der Offensichtlichkeit dürfte dabei keine besonderen Probleme aufwerfen.

2. *Umfassende Beratungspflichten und beschleunigende Verfahrensmodelle für investitionsrelevante Genehmigungsverfahren im VwVfG (§§ 71a ff.)*

Ein wesentliches Potential für die Beschleunigung von Genehmigungsverfahren liegt in der effizienteren Gestaltung von Verwaltungsabläufen und der verbesserten Beratung der Antragsteller. Die §§ 71a ff. VwVfG normieren daher für Genehmigungsverfahren, „die der Durchführung von Vorhaben im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung des Antragstellers“ dienen, in einem neuen Abschnitt 1a "Beschleunigung von Genehmigungsverfahren" umfassende Beratungspflichten und beschleunigende Verfahrensmodelle. Neben der allgemeinen Verpflichtung zur Beschleunigung (§ 71b) enthält der neue Abschnitt insbesondere folgende Regelungen:

1. der Antragsteller ist über Beschleunigungsmöglichkeiten und deren Vor- und Nachteile zu unterrichten (§ 71c I),
2. bereits vor der Antragstellung soll mit dem Antragsteller erörtert werden, welche Antragsunterlagen vorzulegen sind und ob ggfs. vorsorgliche Sachverständigenprüfungen erfolgen können (§ 71c II),
3. der Antragsteller ist unverzüglich über die Vollständigkeit der von ihm eingereichten Unterlagen zu unterrichten (§ 71c III),
4. betroffene Behörden sind gleichzeitig und mit Fristsetzung zu beteiligen - sog. Stern-

⁴¹ *Lübbe-Wolff* (o. Fußn. 23), II S. 23; *Redeker*, NVwZ 1996, 126 (131).

⁴² Zur bisherigen Diskussion vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 46 Rn. 27 ff.; auch *Schmidt-Preuß*, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, 1992, S. 527 (jeweils m.w. Nachw.).

⁴³ Zuletzt *BVerwG*, NVwZ 1996, 1011; so schon *Schmidt-Preuß* (o. Fußn. 42), S. 526; auch *Franßen* (o. Fußn. 24), S. 190 f. Zur Verträglichkeit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 46 VwVfG mit EG-Recht vgl. *Gellermann*, DÖV 1996, 433 (441 ff.).

⁴⁴ O. Fußn. 24, S. 191.

⁴⁵ BT-Dr 13/3995, S. 8: „Die Neuformulierung stellt lediglich eine Erweiterung der bisherigen Rechtslage dar, so daß hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur auch zukünftig zur Interpretation und Handhabung dieser Vorschrift herangezogen werden können.“ Gegenüber der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung (vgl. auch BT-Dr 13/1445, Art. 1 Nr. 5) ist die neue Fassung sprachlich kürzer und klarer (ebda., S. 16).

verfahren (§ 71d),

5. eine Konferenz sämtlicher Verfahrensbeteiligter soll auf Verlangen des Antragstellers einberufen werden - sog. Antragskonferenz (§ 71e).

Diese Verwaltungsmethoden sind dabei nicht neu, sondern werden größtenteils schon in der Praxis angewandt. So haben einige Länder bereits Verwaltungsvorschriften erlassen, die entsprechende Verfahrensgestaltungen für bestimmte Bereiche vorschreiben⁴⁶. Vor diesem Hintergrund bezweifelte der Innenausschuß des Bundesrats in seiner Empfehlung auch, daß eine gesetzliche Regelung die richtige Normebene sei; wegen ihrer Flexibilität seien Verwaltungsvorschriften hierfür wesentlich besser geeignet⁴⁷. Zutreffend an dieser Kritik ist sicherlich, daß vieles, was in den §§ 71a ff. VwVfG geregelt ist, auch ohne gesetzliche Grundlage bereits bisher möglich war, und es insofern keiner Ergänzung des VwVfG bedurft hätte. Übersehen wird hierbei jedoch, daß es bei diesem Gesetzesvorhaben vorrangig auch darum ging, Anstöße für eine moderne, effektive Verwaltung zu geben und insofern sowohl für die Verwaltung als auch für die Wirtschaft ein Signal zu setzen. Zudem bietet die gesetzliche Regelung den Vorteil einer bundesweit einheitlichen Handhabung bei der Gestaltung effektiver Verfahrensabläufe⁴⁸.

Das GenBeschIG zielt auf die Verbesserung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland. Der Anwendungsbereich des neuen Abschnitts ist daher nicht auf Verfahren beschränkt, die der Erteilung von Genehmigungen für die Durchführung von Vorhaben im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung dienen. Damit scheiden Genehmigungen, die allein den privaten Lebensbereich betreffen, aus. Gewisse Unschärfen⁴⁹, die bei der Definition eines so komplexen und heterogenen Anwendungsbereichs unvermeidbar sind, werden durch die offenen Formulierungen der einzelnen Vorschriften aufgefangen.

Für die Anwendung der neuen Regelungen im Einzelfall wird den Behörden dort Ermessen belassen⁵⁰. Dies sichert deren Verfahrensherrschaft und bietet die Gewähr, daß die neuen Regelungen grundsätzlich nur in dem von der Zielrichtung des Gesetzes erfaßten Bereich Anwendung finden.

§ 71a VwVfG definiert den Anwendungsbereich der §§ 71b bis § 71e VwVfG sehr weitreichend für alle Genehmigungsverfahren, die der Durchführung von Vorhaben im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung des Antragstellers dienen. Diese umfassende Definition war erforderlich, um den vom Gesetzgeber gewollten sehr komplexen und heterogenen Bereich der investitions- und arbeitsplatzrelevanten Genehmigungsverfahren erfassen zu können. Regelfall der §§ 71a ff. VwVfG sollen jedoch nicht einfache und massenhaft auftretende Verfahren sein, sondern diejenigen Vorhaben, die wegen ihrer Bedeutung und

⁴⁶ S. Fußn. 19.

⁴⁷ BR-Dr 29/1/96, S. 3 ff.; ebenfalls *Eckert* (o. Fußn. 23), I S. 68, und *Franßen* (o. Fußn. 23), III S. 183 f.

⁴⁸ So *Bonk* (o. Fußn. 23), III S. 216. Voraussetzung ist eine Übernahme der Regelungen in die VwVfGe der Länder.

⁴⁹ Vgl. *Bonk* (o. Fußn. 23), III S. 214 f.

⁵⁰ Vgl. *Jüde*, UPR 1996, 361 (362).

Komplexität eine zusätzliche Beratung und Hilfestellung sinnvoll und erforderlich erscheinen lassen. Diese Einschränkung ist auch im Hinblick auf die nur beschränkt zur Verfügung stehenden Beratungsressourcen in der öffentlichen Verwaltung geboten. Weiterer Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Anwendungsbereichs sind die einzelnen Regelungen der §§ 71c ff. VwVfG, die insoweit die weitreichende Definition des § 71a VwVfG einschränken. So setzen § 71c I und II sowie § 71d I VwVfG voraus, daß Beratung und Unterstützung im konkreten Fall geboten oder erforderlich sein müssen. In die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen vorliegen, werden in der Regel auch Komplexität und wirtschaftliche Bedeutung des konkreten Vorhabens einfließen. Die Anwendbarkeit der §§ 71a ff. VwVfG wird daher vielfach schon wegen der geringen Bedeutung und Komplexität des Genehmigungsverfahrens zu verneinen sein.

Eine Ausnahme stellt insoweit lediglich § 71c III VwVfG dar, der der Verwaltung insoweit keinen Beurteilungsspielraum einräumt und daher grundsätzlich in allen Fällen Anwendung findet. Darüber hinaus ist es für die Anwendbarkeit der §§ 71a ff. VwVfG grundsätzlich unerheblich, ob es sich um eine Genehmigung für eine erst zu errichtende oder bereits ausgeübte wirtschaftliche Unternehmung handelt. Nicht erfaßt werden dagegen - entsprechend der Zielrichtung des Gesetzes - Maßnahmen der Berufszulassung, soweit diese sich noch nicht auf die Aufnahme der konkreten wirtschaftlichen Tätigkeit, sondern noch auf die Berufsausbildung oder Berufsanerkennung beziehen.

Neben dem Sternverfahren und der Antragskonferenz, die in der Verwaltungspraxis schon weithin bekannt sind, bildet § 71c VwVfG einen weiteren Schwerpunkt des neuen Abschnitts 1a. Aus der Praxis wird häufig berichtet, daß nicht das eigentliche Genehmigungsverfahren, sondern die häufig nicht vollständig vorliegenden Unterlagen für die Verzögerung verantwortlich sind⁵¹. Gerade kleinere Betriebe, die über keine eigene Rechtsabteilung verfügen und nur selten umfangreichere Genehmigungsanträge stellen, haben Schwierigkeiten bei der Antragstellung⁵². Hier setzt § 71c VwVfG an und versucht, möglichst frühzeitig, noch vor Beginn des eigentlichen Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG, mögliche Schwierigkeiten erörtern zu lassen⁵³. Auch wenn der Standort im neuen Abschnitt 1a dies nahelegen könnte⁵⁴, wird durch § 71c VwVfG keine neue Verfahrensart - neben dem förmlichen Verwaltungsverfahren (§§ 63 ff. VwVfG) und dem Planfeststellungsverfahren (§§ 72 ff. VwVfG) - eingeführt. § 71c VwVfG stellt lediglich eine besondere Ausprägung der allgemein geltenden Auskunftspflicht und Beratungspflicht der Behörden⁵⁵ dar. Dementsprechend ermöglicht § 71c VwVfG auch keinerlei Präjudizierungen für das eigentliche Genehmigungsverfahren, die über das hinausgehen, was bisher schon möglich war.

⁵¹ Vgl. *Antwerpes* (o. Fußn. 23) II S. 8 f.

⁵² *Pein*, BB 1996, 1399 f.

⁵³ Vgl. auch § 5 UVPG, der ebenfalls die Beratung im Vorfeld geplanter Vorhaben zum Gegenstand hat; zur Gesamtsituation *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 9 Rn. 101 ff.

⁵⁴ Vgl. *Bonk* (o. Fußn. 23), III S. 214.

⁵⁵ Hierzu *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 9 Rn. 102.

Auch § 71c II 1 Nr. 4 VwVfG führt kein neues Beweisverfahren ein, sondern verweist lediglich auf das nach der bisher schon geltenden Rechtslage Mögliche⁵⁶.

§ 71d VwVfG regelt das in der Praxis bereits bewährte Sternverfahren nunmehr im VwVfG. Um der in Absatz 1 vorgesehenen Fristsetzung die notwendige Durchsetzungsfähigkeit zu verschaffen, sieht Absatz 2 die sog. Behördenpräklusion vor. Danach werden verspätet eingegangene Stellungnahmen von Behörden nicht mehr berücksichtigt.

Die Formulierung lehnt sich an die des Planungsvereinfachungsgesetzes an, verschärft diese jedoch, in dem die Nichtberücksichtigung zwingend angeordnet wird. Da nicht immer ohne weiteres ersichtlich sein wird, daß es sich um eine Beteiligung im Rahmen eines Sternverfahrens nach § 71d VwVfG handelt, ist angesichts der Schärfe dieses Instruments für den Eintritt der Präklusionswirkung ein entsprechender vorheriger Hinweis an die Behörde erforderlich⁵⁷.

Auch beim Sternverfahren erscheint mir wichtig, daß die Gesetz gewordene Fassung der Behörde mit den Worten „soll die zuständige Behörde ..., soweit sachlich möglich und geboten“ das erforderliche Ermessen beläßt. So ist denkbar, daß im Einzelfall der Rückgriff auf die Beurteilung anderer Behörden durchaus zu einem Erkenntnisgewinn führen kann, was bei Gleichzeitigkeit der Bearbeitung ausgeschlossen ist.

3. *Beschleunigung des Planfeststellungsverfahrens und Einführung der Plan- genehmigung*

a) Vorläuferregelungen

Besonders hervorheben möchte ich die Änderungen des Planfeststellungsverfahrens. Hier geht es regelmäßig um besonders investitionsrelevante Vorhaben. Die Änderungen des VwVfG gehen auf entsprechende Regelungen in einer Reihe von Fachplanungsgesetzen zurück.

So findet sich die sog. Behördenpräklusion (§ 73 IIIa VwVfG) - die auf eine Initiative des Bundesrats zurückgeht - bereits im Maßnahmengesetz zum Baugesetzbuch (BauGBMaßnG)⁵⁸ aus dem Jahre 1990 für die Aufstellung von Bauleitplänen⁵⁹. Im Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz für Verkehrsinfrastruktur-

⁵⁶ Da es in der VwGO noch keine Regelungen für ein selbständiges Beweisverfahren gibt, sind insoweit über § 173 VwGO die Regelungen der ZPO heranzuziehen.

⁵⁷ Ein Hinweis auf die Präklusionswirkung selbst ist anders als bei der Einwendungspräklusion gem. § 73 IV 4 VwVfG nicht erforderlich, da bei den beteiligten Behörden entsprechende Rechtskenntnis zu unterstellen ist; vgl. auch *BVerfGE* 75, 302 (318); *VGH München*, VerwRspr 16, 469 (472).

⁵⁸ Art. 2 des Gesetzes zur Erleichterung des Wohnungsbaus im Planungs- und Baurecht sowie zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften (Wohnungsbau-Erleichterungsgesetz - WoBauErlG) vom 17.5.1990 (BGBl I S. 926), geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Erleichterung von Investitionen und der Ausweisung und Bereitstellung von Wohnbauland (Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetz) vom 22.4.1993 (BGBl I S. 466).

⁵⁹ Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme das Fehlen von Sanktionsmöglichkeiten beim Überschreiten der gesetzten Fristen bemängelt und die Aufnahme einer entsprechenden Präklusionsregelung vorgeschlagen (BT-Dr 11/6508, S. 21 f.).

maßnahmen in und zu den neuen Bundesländern (VerkPBG)⁶⁰ aus dem Jahre 1991 wurden die Behördenpräklusion übernommen und zusätzlich eine Reihe von Fristen für das Anhörungsverfahren und die Plangenehmigung eingeführt. Das nachfolgende Planungsvereinfachungsgesetz (PIVereinfG)⁶¹ aus dem Jahr 1993 entwickelte diese Beschleunigungsinstrumente weiter und übernahm sie nunmehr auch in das Bundesbahngesetz (BBahnG)⁶², Bundesfernstraßengesetz (FStrG), Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG), Luftverkehrsgesetz (LuftVG) und Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Zugleich wurden als neue Regelungen die Möglichkeit des Entfallens der Plangenehmigung, die Einwendungspräklusion und die Regelung zur Erheblichkeit von Abwägungsmängeln neu aufgenommen⁶³.

Die dort gemachten ersten Erfahrungen mit dem neuen Beschleunigungsinstrumentarium, insbesondere des Planungsvereinfachungsgesetzes, sind durchaus positiv⁶⁴. So konnten z.B. für Planfeststellungsabschnitte der Schnellbahnverbindung Hannover-Berlin, die Ausbaustrecken Bebra-Erfurt und Helmstedt-Berlin und für die Lückenschlußmaßnahmen im Berliner S-Bahn-Bereich erstmals seit vielen Jahren die eisenbahnrechtlichen Planfeststellungsverfahren in weniger als einem Jahr abgeschlossen werden. Ebenfalls als wirksames Beschleunigungsinstrument hat sich in diesem Rahmen die Plangenehmigung bewährt. Sie ist das optimale Zulassungsinstrument für einfach gelagerte Fälle. Mittels einer Plangenehmigung ist u.a. die Grenzbrücke über die Neiße bei Görlitz im Zuge der A 4 baureif gemacht worden. Nach bisherigen Erfahrungen ist bei sorgfältiger Vorbereitung und guter Abstimmung mit allen Beteiligten das Verfahren der Plangenehmigung im Schnitt in 4 bis 8 Wochen zu bewältigen.

Das GenBeschlG knüpft an die o.g. in den Fachplanungsgesetzen eingeführten neuen Beschleunigungsinstrumente an und übernimmt sie in das bereichsübergreifende VwVfG⁶⁵. Diese Änderungen entfalten dabei angesichts der zahlreichen verdrängenden spezialgesetzlichen Regelungen im wesentlichen nur noch im Atomgesetz (AtG), Abfallgesetz (AbfG), Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) und im Wasserhaushaltsgesetz (WHG) Wirkung⁶⁶.

⁶⁰ Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz) vom 16.12.1991 (BGBl I S. 2174), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.1995 (BGBl I S. 1840). Das Gesetz ist bis zum 31.12.1999 befristet. Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Ronellenfitsch*, Das neue Eisenbahnplanfeststellungsrecht, in: *Blümel/Kühlwetter* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts (Speyerer Forschungsberichte Bd. 160), 1996, S. 27 ff. (35 Fußn. 44).

⁶¹ Gesetz zur Vereinfachung der Planungsverfahren für Verkehrswege (Planungsvereinfachungsgesetz - PIVereinfG) vom 17.12.1993 (BGBl I S. 2123). Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Ronellenfitsch* (o. Fußn. 60), S. 37 Fußn. 45.

⁶² Nunmehr Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG).

⁶³ Entsprechende Bestimmungen finden sich auch im Gesetz zur Regelung des Planungsverfahrens für Magnetschwebbahnen (Magnetschwebbahnplanungsgesetz - MBPIG) v. 23.11.1994 (BGBl I S. 3486).

⁶⁴ *Ronellenfitsch* (o. Fußn. 60), S. 38 f. Zum Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz, das nur für die neuen Länder gilt, vgl. Bericht des Bundesministeriums für Verkehr in der 41. Sitzung der Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes am 17. Dezember 1992.

⁶⁵ Die Übernahme von im Fachplanungsrecht bewährten Regelungen in das VwVfG ist nicht neu. So dienten bereits die §§ 17 ff. FStrG aus dem Jahre 1961 (Bundesfernstraßengesetz i.d.F. d. Bek. v. 6.8.1961 [BGBl I S. 1741]) bei der Entstehung des VwVfG als Modell für die Regelungen zum Planfeststellungsverfahren (vgl. BT-Dr 7/910, S. 87).

⁶⁶ Für den Anwendungsbereich der LVwVfGe hängt dies von der entsprechenden Übernahme der Regelungen des GenBeschlG ab.

b) Anhörungsverfahren gem. § 73 VwVfG

Im Anhörungsverfahren⁶⁷ werden Fristen und Präklusionsregelungen eingeführt. Hierdurch soll das Anhörungsverfahren, das häufig für die Verzögerungen im Planfeststellungsverfahren verantwortlich gemacht wird, erheblich gestraft werden. Von den einzelnen Regelungen möchte ich hier nur zwei ausdrücklich erwähnen:

- innerhalb eines Monats nach Zugang des vollständigen Plans sind betroffene Behörden zu beteiligen und die Auslegung des Plans zu veranlassen (§ 73 II),
- innerhalb von drei Wochen nach Zugang haben die Gemeinden den Plan auszulegen (§ 73 III 1),

1. - wichtig! - die beteiligten Behörden haben innerhalb einer zu setzenden Frist, die drei Monate nicht überschreiten darf, Stellung zu nehmen; Stellungnahmen, die nach dem Erörterungstermin eingehen, werden nicht mehr berücksichtigt (§ 73 IIIa),

2. - ebenfalls wichtig! - Einwendungen von Bürgern nach Ablauf der Einwendungsfrist werden ausgeschlossen (§ 73 IV 3 und 4)⁶⁸,

- auf die Wochenfrist für die Bekanntmachung der Planauslegung wird verzichtet (§ 73 V 1),
- innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Einwendungsfrist soll die Erörterung abgeschlossen werden (§ 73 VI 7)⁶⁹.

c) Plangenehmigung gem. § 74 VI und VII VwVfG

Nach § 74 VI VwVfG⁷⁰ kann in einfach gelagerten Fällen auf das sonst gesetzlich vorgesehene Planfeststellungsverfahren verzichtet und an dessen Stelle eine Plangenehmigung erteilt werden. Die Plangenehmigung hat dabei ebenso wie der Planfeststellungsbeschluß Konzentrationswirkung, d.h. die Plangenehmigung ersetzt alle sonst erforderlichen behördlichen Genehmigungen. Die beschleunigende Wirkung beruht in dem Verzicht auf das zeitraubende Anhörungsverfahren. Eine weitere Wirkung der Anwendung der Plangenehmigung ist das Entfallen der Mitwirkungsrechte anerkannter Naturschutzverbände gem. § 29 I 1 Nr. 4 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).

⁶⁷ Vgl. auch § 2 IV BauGBMaßnG; § 3 VerkPBG; § 20 I und II AEG; § 17 IIIa bis IV FStrG; § 17 Nr. 1 bis 3 und 5 WaStrG; § 10 II Nr. 2 bis 4 und IV LuftVG; § 29 Ia Nr. 1 bis 4 und IV PBefG; § 5 I und II MBPlG.

⁶⁸ Im Wasserstraßenrecht galt die Einwendungspräklusion schon seit jeher (§ 17 IV 2 WaStrG a.F. v. 2.4.1968 [BGBl II S. 173]); hierzu: *BVerwGE* 66, 99 (101). Auch im Atomrecht (jetzt § 7 AtVfV) hat das BVerfG gegen den Einwendungsausschluß keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben (*BVerfGE* 61, 82 [109 ff.] = NJW 1982, 2173 = NVwZ 1982, 554 L). Allgemein zur Präklusion: *Degenhart*, Präklusion im Verwaltungsprozeß, in: Festschr. für *Menger*, 1985, S. 621 ff..

⁶⁹ Hierbei handelt es sich um eine reine Obliegenheit der Anhörungsbehörde, die bei einem Verstoß ohne verfahrensrechtliche Sanktionen bleibt. Im Einzelfall, sofern sachgerechte Erwägungen dies erfordern, kann von dieser Frist abgewichen werden. Vgl. hierzu auch *Ronellenfitsch* (o. Fußn. 60), S. 56 f.

⁷⁰ Vgl. auch § 4 VerkPBG (inzwischen durch Art. 8 Nr. 1 PlVereinfG aufgehoben); § 18 II AEG; § 17 Ia FStrG; § 14 Ia WaStrG; § 8 II LuftVG; § 28 Ia PBefG; § 2 II MBPlG.

Zum einen fehlt es an dem in § 29 I 1 Nr. 4 BNatSchG vorausgesetzten Planfeststellungsverfahren, zum anderen stellt dieses grundsätzliche Mitwirkungsrecht auch kein Recht i.S.d. § 74 VI und VII VwVfG dar⁷¹.

Die Plangenehmigung ist von ihrem Prinzip her nicht neu. Sie knüpft an die Vorschriften über den Verzicht auf Planfeststellung an. Die Rechtsprechung betrachtete den Verzicht auf die Planfeststellung "der Sache nach (als) eine das Erfordernis der Planfeststellung ersetzende Plangenehmigung"⁷². In § 4 des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz wurde die Plangenehmigung⁷³ als solche erstmals geregelt und zugleich mit Konzentrationswirkung versehen. Im Planungsvereinfachungsgesetz kam die Duldungswirkung des § 75 II VwVfG hinzu. Die jeweiligen Regelungen im Fachplanungsrecht unterscheiden sich dabei. Während es im FStrG und PBefG ausreicht, daß Rechte anderer nicht wesentlich beeinträchtigt werden, verlangen AEG, WaStrG und LuftVG, daß die Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden. Das VwVfG übernimmt hier als übergreifendes allgemeines Gesetz die engere Formulierung⁷⁴. Zugleich wird auch auf die enteignungsrechtliche Vorwirkung der Plangenehmigung verzichtet. Diese liefe zudem auch leer, da die Plangenehmigung ja gerade voraussetzt, daß Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden oder die Betroffenen sich mit der Inanspruchnahme ihres Eigentums einverstanden erklärt haben. Die generelle Ausdehnung der Plangenehmigung auf Fälle, in denen Rechte anderer nicht wesentlich beeinträchtigt werden, ist mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht vereinbar ist. Diese geht davon aus, daß eine Planungsgenehmigung nur in Fällen rechtlich und tatsächlich untergeordneter Bedeutung zulässig⁷⁵. Für Gesichtspunkte der Planungsvereinfachung könne aus rechtsstaatlichen Gründen kein Raum sein, wenn möglicherweise betroffene Dritte in ihren Interessen zu hören seien⁷⁶. Wörtlich führt das Bundesverwaltungsgericht aus: „Die Verfahrensvereinfachung wäre rechtswidrig, wenn sie nur das ... Ziel einer Steigerung der Effektivität ... im Auge hätte, die Rechtsstellung der vom jeweiligen Planungsverfahren Betroffenen aber nicht ausreichend berücksichtigte. Das Planfeststellungsverfahren ... dient der Klärung der Interessen der durch das Verfahren Betroffenen. ... Daraus folgt, daß ein Planfeststellungsverfahren nur dann entbehrlich ist, wenn ein Interessenwiderstreit ersichtlich nicht besteht oder doch jedenfalls aus Gründen eines tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Sachverhalts nicht zu erwarten ist.“⁷⁷. Somit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Plangenehmigung nur auf Fälle unwesentlicher Bedeutung. Ein solcher liegt nicht vor, wenn Rechte anderer - auch nur nicht wesentlich - beeinträchtigt sind, da in diesem Fall deren Interessen verletzt sein können.

Im übrigen würde der Rechtsbegriff „nicht wesentlich“ zu Unsicherheiten bei der Anwendung der Plangenehmigung und zu zusätzliche verwaltungsgerichtliche Verfahren führen.

Neben der Plangenehmigung übernimmt das VwVfG in § 74 VII auch die Möglichkeit des Entfallens von Planfeststellung und Plangenehmigung⁷⁸. Da diese kraft Gesetzes entfallen, erfolgt auch keine administrative Entscheidung. Dementsprechend sind hiermit weder Bestandskraft noch Konzentrationswirkung eines Planfeststellungsbeschlusses verbunden⁷⁹. Der Vorhabenträger selbst hat zu prüfen, ob alle erforderlichen behördlichen Entscheidungs-

⁷¹ Für den Fall einer wasserrechtlichen Plangenehmigung nach § 14 Ia WaStrG: *BVerwGE* 98, 100 (104 f.) = *NVwZ* 1996, 392.

⁷² *BVerwGE* 64, 325 (329 f.) = *NJW* 1882, 1546 = *NVwZ* 1982, 436 L.

⁷³ Z.T. als "qualifizierte Plangenehmigung" bezeichnet; s. *Ronellenfötsch*, Neues Verkehrswegeplanungsrecht, in: *Blümel* (Hrsg.), *Verkehrswegerecht im Wandel*, 1994, S. 179 (203); *Pfeil*, Die Voraussetzungen der Plangenehmigung gemäß § 18 II AEG, in: *Blümel/Kühlwetter* (o. Fußn. 60), S. 147 (150).

⁷⁴ Vgl. insoweit auch die Begr. in BT-Dr 13/3995, S. 10.

⁷⁵ *BVerwG*, *NVwZ* 1987, 590, 591; *BVerwGE* 84, 32; *VGH München*, *DÖV* 1987, 676, 678; *VGH Mannheim*, *NVwZ* 1986, 663.

⁷⁶ *VGH München*, a.a.O.

⁷⁷ *BVerwG*, *NVwZ* 1987, 590, 591.

⁷⁸ Vgl. auch § 18 III AEG; § 17 II FStrG; § 14 Ib WaStrG; § 8 III LuftVG; § 28 II PBefG; § 2 III MBPlG.

⁷⁹ S. *Pfeil* (o. Fußn. 73), S. 152 f.

gen vorliegen⁸⁰ und Rechte anderer nicht beeinflusst werden. Er trägt das Risiko, daß die Voraussetzungen des § 74 VII VwVfG tatsächlich vorliegen. Stellt sich später aufgrund behördlicher Prüfung oder Eingaben Dritter heraus, daß eine behördliche Genehmigung, eine Plangenehmigung oder eine Planfeststellung erforderlich war, ist das Vorhaben rechtswidrig; die entsprechende Genehmigung, das Planfeststellungs- oder das Plangenehmigungsverfahren müssen dann nachgeholt werden. Im Hinblick auf dieses Risiko dürfte der Wegfall von Planfeststellung und Plangenehmigung daher wohl nur bei kleinen, überschaubaren Vorhaben Anwendung finden.

In der Anhörung am 8.5.1996 wurden von einigen Sachverständigen auch Zweifel an der Vereinbarkeit der Plangenehmigung mit der Richtlinie des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (UVP-Richtlinie)⁸¹ geäußert⁸². Es seien Vorhaben denkbar, die mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt verbunden seien und für die dennoch gem. § 74 VI VwVfG eine Planfeststellung nicht durchgeführt werden müsse⁸³. In diesen Fällen entfielen nach § 3 UVPG, der für die Durchführung der UVP an das gesetzlich angeordnete Erfordernis einer Planfeststellung anknüpfe, die UVP⁸⁴, obwohl diese nach der UVP-Richtlinie grundsätzlich erforderlich sei⁸⁵. Um sicherzustellen, daß die Regelungen zur Plangenehmigung nur dann zur Anwendung kommen, wenn kein Planfeststellungsverfahren mit integrierter Umweltverträglichkeitsprüfung erforderlich ist, wird in den Artikel 2 bis 5 des GenBeschlG für die vom VwVfG betroffenen Bereiche die Anwendung des § 74 VI VwVfG eingeschränkt. Die fehlende Erwähnung von Absatz 7 bedeutet hierbei nicht, daß sich die Einschränkung nicht auch auf diese bezieht, sondern lediglich, daß hier keine Regelungsnotwendigkeit besteht. Der Gesetzgeber hat in den Art. 2 bis 5 GenBeschlG zum Ausdruck gebracht, daß unter den dort genannten Voraussetzungen eine Planfeststellung erforderlich ist. Da Absatz 7 lediglich einen Unterfall von Absatz 6 darstellt, umfassen dessen Einschränkungen zugleich auch die Fälle von Absatz 7.

d) Folgen von Abwägungsmängeln gem. § 75 Ia VwVfG

Der Zielrichtung der §§ 45, 46 VwVfG - wir haben dies eben erörtert - entspricht der neue § 75 Ia VwVfG. Hier werden nun die Auswirkungen von Mängeln bei der Abwägung im Planfeststellungsverfahren eingeschränkt⁸⁶. Abwägungsmängel sind nur noch dann erheblich, wenn sie sich tatsächlich auf die Entscheidung ausgewirkt haben. Zudem führen erhebliche

⁸⁰ *Ronellenfitsch* (o. Fußn. 60), S. 45, hält das Verhältnis dieses Genehmigungsverzichts zu den Landesbauordnungen und § 37 BauGB noch für klärungsbedürftig und geht insoweit von einem Vorrang der so gesetzlich verankerten Baufreiheit vor den Landesbauordnungen und § 37 BauGB aus.

⁸¹ ABIEG Nr. L 175 v. 5.7.1985, S. 40.

⁸² *S. Blümel* (o. Fußn. 22), I S. 6., *Eckert*, (ebda.), I S. 74 ff.

⁸³ Zur Problematik anhand des § 18 II AEG vgl. *Pfeil* (o. Fußn. 73), S. 153.

⁸⁴ So *Pfeil* (o. Fußn. 73), S. 157.

⁸⁵ In der Begründung zu § 4 VerkPBG (BT-Dr 12/1092, S. 10) wird im Hinblick auf mögliche Kollisionsfälle auf die Ausnahmeregelung in Art. 2 III der UVP-RL verwiesen. Ebenso *Ronellenfitsch* (o. Fußn. 60), S. 70; *Steiner*, NVwZ 1994, 313 (315 f.); a.A. *Pfeil* (o. Fußn. 73), S. 160 f. m.w.Nachw., der in den Vorschriften der qualifizierten Plangenehmigung eine Umkehrung des von der UVP-RL vorgesehenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses sieht und damit eine Anwendbarkeit des Art. 2 III UVP-RL verneint.

⁸⁶ Vgl. auch § 20 VII AEG; § 17 VIc FStrG; § 19 IV WaStrG; § 10 VIII LuftVG; § 29 VIII PBefG; § 5 VII MBPlG.

Abwägungsmängel nur noch dann zur Aufhebung, wenn sie nicht noch nachträglich durch Ergänzungen behoben werden können.

Abwägungsmängel können dabei das Unterlassen der Abwägung überhaupt, die Nichteinbeziehung von Belangen, die nach Lage der Dinge einzubeziehen waren, die Verkennung der Bedeutung der einbezogenen Belange oder der fehlerhafte Ausgleich zwischen den einzelnen von der Planung berührten Belangen sein. Diese Regelung steht auch im Einklang mit Art. 19 IV GG, da sich dessen Schutzwirkung auf materielle Rechte bezieht⁸⁷.

IV. Ausblick

1. *Anpassung der Landesverwaltungsverfahrensgesetze*

Die weitgehende Harmonisierung, die bisher das Verfahrensrecht des Bundes und der Länder prägte, hat sich bewährt. Dieses Prinzip der Einheitlichkeit des Verfahrensrechts und seines Vollzugs⁸⁸ in der Bundesrepublik Deutschland⁸⁹ erfordert - ich wiederhole es nochmals - eine unverzügliche Anpassung der LVwVfGe an die Regelungen des GenBeschIG. Da insbesondere wegen § 1 III VwVfG die meisten Genehmigungsverfahren nach Landesrecht abgewickelt werden⁹⁰, könnte das Ziel dieses Gesetzes, die Beschleunigung von Verfahren, andernfalls auf keinen Fall erreicht werden.

2. *Anpassung von Abgabenordnung und Sozialgesetzbuch X*

Aus dem Anwendungsbereich des VwVfG ausgenommen sind nach dessen § 2 II u.a. Verfahren nach der Abgabenordnung und nach dem Sozialgesetzbuch, da die betreffenden Verwaltungsverfahren nach Auffassung des Gesetzgebers zu starke Besonderheiten aufweisen. Trotzdem ist es bisher gelungen, große Bereiche der drei parallelen Kodifikationen anzugleichen und koordiniert fortzuentwickeln⁹¹. Deshalb wird auch jetzt geprüft, welche Änderungen des VwVfG durch das GenBeschIG Folgeänderungsbedarf in Abgabenordnung und SGB X begründen.

3. *Rechtsbereinigung*

Bemühungen zur Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts, mit denen inhaltlich übereinstimmende oder entgegenstehende Spezialregelungen aufgehoben oder an das

⁸⁷ BVerwGE 64, 33 (40) = NJW 1982, 591.

⁸⁸ Gem. § 137 I Nr. 2 VwGO ist die Anwendung einer Vorschrift der LVwVfGe durch das BVerwG revisibel, soweit die Vorschrift ihrem Wortlaut nach mit dem VwVfG des Bundes übereinstimmt.

⁸⁹ Vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 14), Einl Rn. 42 ff., 64; Bonk, ebda., § 1 Rn. 163; Klappstein/v.Unruh, Rechtsstaatliche Verwaltung durch Gesetzgebung, 1987, S. 136 ff.

⁹⁰ Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 14), § 1 Rn. 37.

⁹¹ Als „Drei-Säulen-Theorie“ bezeichnetes System der drei Verfahrensgesetze nebst entsprechenden gerichtlichen Verfahrensordnungen; vgl. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 14), Einl Rn. 49 ff.

allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht angepaßt werden sollen, stoßen regelmäßig auf den Widerstand der davon Betroffenen⁹².

Im Rahmen des Ersten Gesetzes zur Bereinigung des Verwaltungsverfahrensrechts wurden bei etwa drei Viertel der anpassungsfähigen Gesetzesvorschriften und etwa sieben Achten der Vorschriften in Rechtsverordnungen fachliche Einwände gegen eine alsbaldige Vereinheitlichung vorgebracht⁹³. Diese Vorbehalte sind jedenfalls insofern berechtigt, als insbesondere Beschleunigungsaspekte - etwa im Verkehrswegeplanungs- und im Asylverfahrensrecht - vom allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht abweichende Regelungen erzwingen können. Die Frage, ob und wie weit Fachrecht erforderlich ist oder nicht, läßt sich sinnvoll nur aus fachlicher Sicht entscheiden.

Aus verwaltungsverfahrensrechtlicher Sicht ist Vereinheitlichung jedenfalls kein Selbstzweck⁹⁴. Vielmehr dürfte folgendes richtig sein: „Eine totale Vereinheitlichung muß kein erstrebenswertes Ziel sein. Unität für sich genommen ist noch keine Garantie für Qualität und Fach- und Sachgerechtigkeit.

Insofern kann notwendiges bereichsspezifisches Recht nicht einfach zugunsten einheitlicher Regelungen abgeschafft werden, zumal die strengen verfassungsrechtlichen Gebote der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit und insbesondere die neuen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Grundrechtskonformität des Verwaltungsverfahrens detaillierte Regelungen geradezu bedingen und einer zu weitgehenden Pauschalierung entgegenstehen. Deshalb sind kleinere, fachgerechte und durchsetzbare Änderungen und Anpassungen nach Maßgabe der jeweiligen Materie unter den gegebenen Umständen einer umfassenden, aber nicht durchsetzbaren Lösung vorzuziehen.

Verfahrensrechtsvereinheitlichung und Rechtsbereinigung bleiben Daueraufgabe für die Gesetzgeber von Bund und Ländern.“⁹⁵

Für den Sachbearbeiter in der Genehmigungsbehörde birgt die Anwendung unterschiedlichen Verfahrensrechts Unsicherheit und potentielle Fehlerquellen, damit auch höheren Zeitverbrauch⁹⁶. Sie können das vergleichen mit der Arbeit in einer Autowerkstatt: Solange die verschiedenen Schraubengrößen überschaubar sind, besteht eine gewisse Sicherheit, daß der Monteur zum richtigen Schraubenschlüssel greift und die Muttern fest anzieht. Die Behörde ist, wenn sie diese Fehlerquellen ausschalten will, an der personalwirtschaftlich erwünschten und kostenmindernden flexiblen Verwendung des vorhandenen Personals gehindert; statt dessen benötigt sie mehr und stärker spezialisiertes Personal. Bürger oder investierende Unternehmen können sich regelmäßig die Beschäftigung besonderer Planungsspezialisten nicht leisten. Für sie wird die Verfahrensteilnahme erschwert, was wiederum die Akzeptanz der Verfahrensregelung mindert.

Beispielhaft sei hier nur ein - kaum begründbarer - Fall unterschiedlicher Regelung eines gleichen Sachverhalts angeführt. § 74 VI 1 Nr. 1 VwVfG bestimmt nun, daß an Stelle eines Planfeststellungsbeschlusses

⁹² Vgl. *Krumsiek/Frenzen*, DÖV 1995, 1013 (1015).

⁹³ *Bonk*, DVBl 1986, 485 (489).

⁹⁴ *Wahl*, in *Blümel* (Hrsg.), Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts, 1983, S. 26ff; *Pietzcker*, VVDStRL 41 (1983), 193 (210), jeweils m.w. Nachweisen.

⁹⁵ *Bonk*, DVBl 1986, 485 (492, 493).

⁹⁶ So auch *Münch*, NJW 1996, 3320 (3322).

eine Plangenehmigung dann erteilt werden kann, wenn Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden. Diese Fassung entspricht den nun überflüssigen Regelungen in § 18 II AEG, § 14 Ia Bundeswasserstraßengesetz und § 8 II Luftverkehrsgesetz (jeweils i.d.F. des Planungsvereinfachungsgesetzes). Demgegenüber kommt nach § 17 Ia Bundesfernstraßengesetz und § 28 Ia Personenbeförderungsgesetz (gleichfalls i.d.F. des Planungsvereinfachungsgesetzes) die Plangenehmigung auch dann in Betracht, wenn Recht anderer „nicht wesentlich“ beeinträchtigt werden. Fachliche Gründe für diese Besonderheit mögen behauptet werden⁹⁷, bei Abwägung mit dem höheren Anwendungsaufwand kann das Ergebnis - Beseitigung zugunsten des allgemeinen Rechts - kaum zweifelhaft sein.

Bei Überlegungen zu einer Änderung des VwVfG sind in erster Linie dessen fachbereichsübergreifender Charakter und Ausrichtung zu berücksichtigen. Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt als Querschnittsgesetz einzelne Verfahrensschritte und -abläufe, überläßt aber die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens in bestimmtem Umfang fachspezifischen Regelungen. Die Normierung standardisierter Modelle in einem Querschnittsgesetz, das auf eine Vielzahl von Verfahren unterschiedlichster tatsächlicher und rechtlicher Komplexität Anwendung findet, ist nur begrenzt sachgerecht und möglich. Auch deshalb ist eine vorschnelle und unreflektierte Übernahme nicht ausreichend praxiserprobter Instrumente in bundesweit geltendes Dauerrecht nicht angezeigt.

Mit dem GenBeschlG sind in das VwVfG zahlreiche Elemente des Planungsvereinfachungsgesetzes und des Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetzes übernommen worden. Damit werden deren einschlägige Vorschriften zu überflüssigen Spezialregelungen, die es nun entsprechend der Vorgabe des Bundestages bei der Verabschiedung des VwVfG, eine weitgehende Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrenrechts anzustreben⁹⁸, zu beseitigen gilt⁹⁹.

Auch der Zweite Bericht der Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes zur Entlastung der Unternehmen, Bürger und Verwaltungen von administrativen Pflichten (sog. Waffenschmidt-Kommission) empfiehlt der Bundesregierung, eine Reform des Verwaltungsverfahrenrechts in Angriff zu nehmen mit dem Ziel, den Bestimmungen des VwVfG wieder eine möglichst breite Anwendung zu verschaffen¹⁰⁰. Die Zersplitterung des Verfahrensrechts konterkariert alle Beschleunigungsbestrebungen insbesondere dann, wenn für die unterschiedlichen Regelungen sachliche Gründe nicht erkennbar sind. Geboten ist der Wechsel von der Augenblicks- und Stimmungsgesetzgebung zurück zur Kodifikation¹⁰¹.

4. Weitere Änderungen

Auch für das VwVfG selbst ist durch das GenBeschlG der Reformbedarf noch nicht erschöpft. Auf die allgemeine Reformdiskussion kann ich hier aus Zeitgründen nicht eingehen¹⁰².

⁹⁷ Manchmal auch nicht einmal dies: s. Nr. 8 der Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf des GenBeschlG (o. Fußn. 6, dort S. 13).

⁹⁸ Entschließung des Bundestages vom 15.1.1976, s. *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), Einl. Rn. 59.

⁹⁹ S. auch *Blümel* (o. Fußn. 24), S. 24; *Franßen* (ebda.), S. 26.

¹⁰⁰ *Bundesministerium des Innern* (Hrsg.), *Unnötiger Aufwand durch Vorschriften* (II), 1996, S. 65.

¹⁰¹ *Kirchhof*, DStR 1989, 263 (269); *Münch*, NJW 1996, 3320 (3321).

¹⁰² Hierzu *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Grundlagen, 1993; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 1 Rn. 164; *Blümel/Pitschas* (Hrsg.), *Reform des Verwaltungsverfahrenrechts*, 1994, passim; *Klappstein*, *Rechtseinheit* (o. Fußn. 14), S. 163 f.; *Bülow*, *Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts unter besonderer Berücksichtigung des Planfeststellungsrechts*, 1996, passim.

Nur auf zwei Problemfälle, die für die Verwaltungspraxis von aktueller Bedeutung sind, soll hingewiesen werden.

a) Änderung von § 61 I VwVfG

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Urteil vom 3.3.1995¹⁰³ entschieden, daß die Unterwerfung eines Bürgers unter die sofortige Vollstreckung aus einem mit der Behörde geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag nur wirksam ist, wenn a) die Behörde bei Vertragsschluß durch den Behördenleiter, seinen ständigen Vertreter oder einen Volljuristen vertreten¹⁰⁴ und b) die Unterwerfung von der Aufsichtsbehörde genehmigt wird. Der Wortlaut des § 61 I 2 VwVfG war von der Verwaltungspraxis bisher in dem Sinne ausgelegt worden, daß die vorgenannten Voraussetzungen nur vorliegen müssen¹⁰⁵, wenn die Behörde sich einem Bürger unterwirft. Die qualifizierte Vertretung soll dem Schutz der Behörden dienen; durch das Erfordernis der aufsichtsbehördlichen Genehmigung sollen die fiskalischen Interessen des Rechtsträgers der vertragschließenden Behörde gewahrt werden. Praktische Relevanz hat die Unterwerfungserklärung vor allem bei folgender Fallgestaltung: Die Behörde schließt - statt einen Verwaltungsakt zu erlassen - mit dem Bürger unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Zur Sicherung der Vertragserfüllung durch den Bürger wird eine Vertragsstrafenunterwerfung vereinbart. Die verschärften Bedingungen des Bundesverwaltungsgerichts machen nun dieses Instrument für die Behörde praktisch unbrauchbar¹⁰⁶. Der handelnde Sachbearbeiter müßte in jedem Einzelfall seine Aufsichtsbehörde einschalten. Dies bedeutete erheblichen Verwaltungsmehraufwand und liefe zudem allen Beschleunigungsbestrebungen zuwider. Schnellstmögliche Abhilfe durch eine gesetzliche Klarstellung erscheint deshalb angezeigt.

b) Änderung von § 33 VwVfG

Der zunehmende IT-Einsatz bei der Bearbeitung von Verwaltungsvorgängen hat das Bedürfnis der Beglaubigung von Computerausdrucken deutlich werden lassen. Hier bietet sich eine Regelung an, die der bereits für das Verwaltungsverfahren des SGB in § 29 IV SGB X getroffenen entspricht.

5. *Beirat beim Bundesministerium des Innern*

Bei der Vorbereitung weiterer Änderungen des VwVfG sollte wieder zu der bewährten Praxis zurückgekehrt werden, daß nach wissenschaftlicher Vorbereitung von den hierzu fachlich qualifizierten Experten (i.e. die Konferenz der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten von Bund und Ländern) ein Musterentwurf für die Simultangesetzgebung von Bund und Ländern¹⁰⁷ erstellt wird. Um die Ergebnisse der wissenschaftlichen Diskussion nutzbar zu machen, ist eine Institutionalisierung der Zusammenarbeit durch Einrichtung eines wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium des Innern vorgeschlagen worden¹⁰⁸. Einem solchen Beirat

¹⁰³ BVerwGE 98, 58 = NJW 1996, 608; vgl. auch die Besprechung von *Hans Meyer*, JZ 1996, 78. Ebenso *VGH Kassel*, 26.6.1996 - 8 TG 1035/96.

¹⁰⁴ *VGH Kassel*, o. Fußn. 103: Eine Bevollmächtigung von Personen, die nicht zu diesem Personenkreis gehören, ist unzulässig.

¹⁰⁵ So auch *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 14), § 61 Rn. 18 f., 22; *Hans Meyer* in: *Meyer/Borgs*, VwVfG, 2. Aufl. (1982), § 61 Rn. 8 und 12; a.A. *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. (1995), § 72 Rn. 22 f.; differenzierend *Henneke*, in: *Knack* (o. Fußn. 14), § 61 Rn. 5 f., und *Obermayer*, VwVfG, 2. Aufl. (1990), § 61 Rn. 18, 28, 32 f., (nur aufsichtsbehördliche Genehmigung erforderlich); *Kopp*, VwVfG, 5. Aufl. (1991), § 61 Rn. 6 ff., (nur Vertretung durch Behördenleiter oder Volljuristen erforderlich). Das Problem besteht auch für die gleichlautende Vorschrift des § 60 SGB X.

¹⁰⁶ *Kunig*, JK 96, VwVfG § 61 I/1, schließt nicht aus, daß die Entscheidung insgesamt von der überkommenen Zurückhaltung gegenüber dem Einsatz des öffentlich-rechtlichen Vertrags als Handlungsform geprägt ist.

¹⁰⁷ Hierzu *Klappstein*, in: *Knack* (o. Fußn. 14), Rn. 1.2 vor § 1.

¹⁰⁸ S. *Klappstein*, Rechtseinheit (o. Fußn. 14), S. 149 ff.; *ders.*, in: *Knack* (o. Fußn. 14), Rn. 6 vor § 1; *Blümel* (o. Fußn. 23), I S. 32 f.; *Kopp*, DÖV 1995, 434.

sollten indes nicht nur Wissenschaftler angehören. Der anzustrebenden Praxisnähe käme eine Mitwirkung von Vertretern der betroffenen Kreise (z.B. Wirtschaft, Bezirksregierung, Anwaltschaft und Justiz) zugute.

V. Privatisierung

Wir haben uns bisher mit der Beschleunigung innerhalb der Verwaltung beschäftigt. Zunehmend gerät als Alternative in den Blick die Verlagerung des Verfahrens aus der Verwaltung in den privaten Bereich. Unbefriedigende volkswirtschaftliche Entwicklung und knappe öffentliche Finanzmittel geben der Privatisierungsdiskussion weiteren Auftrieb. Daß der Umfang der Privatisierung einen gravierenden Wandel der Staatsfunktion¹⁰⁹ mit sich bringen wird, ist bereits jetzt erkennbar. Das hierauf zielende Schlagwort „Schlanker Staat“ ist indes ebenso unscharf wie das Ziel des Wandels¹¹⁰. Die Vorprägungen aus der politischen Diskussion beziehen sich vielfach auf - zumeist nur behauptete - Vor- und Nachteile von Privatisierungsmaßnahmen¹¹¹. So wurde schon früh eine Entfernung aus dem juristisch verifizierbaren Bereich beklagt¹¹². Für eine Privatisierung wird regelmäßig geltend gemacht, daß die jeweilige Aufgabe, die bisher der Verwaltung oblag, von Privaten schneller, besser, flexibler und wirtschaftlicher wahrgenommen werden kann. Vielfach lassen die Bemühungen um Privatisierung ein tiefes Mißtrauen gegen Kraft und Fähigkeit von Staat und Verwaltung erkennen oder sind von eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht frei¹¹³. Demgegenüber besorgen Kritiker einer Privatisierung, daß die Zuverlässigkeit der Aufgabenerfüllung, der Schutz von Drittbetroffenen, die Umweltverträglichkeit der Aufgabenerledigung, die Sozialverträglichkeit des Entgelts u.a. nicht gewährleistet seien.

Die „Verschlankung des Staates“ setzt die Reduzierung und Begrenzung staatlicher Aufgaben auf den Kernbereich voraus.

Ziel ist, in der Ministerialverwaltung die politischen Steuerungskräfte zu stärken, ihnen mehr Flexibilität im Hinblick auf neue Aufgaben einzuräumen und sie von dem Ballast der alltäglichen Verwaltungsarbeit zu befreien. Den Kernbereich festzulegen, liegt allein im Ermessen des Gesetzgebers. Dieses Ziel kann nicht mit einem quantitativen Maßstab erreicht werden; es kann nicht um eine pauschale Streichung z.B. von 10% aller Aufgaben gehen, sondern es muß ein rationaler Kompetenz- und Verfahrensmaßstab gefunden werden, der zu einer qualitativen Aufgabenkritik führt.

Grundlage hierfür ist das Prinzip der offenen Staatsaufgaben, d.h. daß allein der Gesetzgeber in eigenem Ermessen entscheidet, welche Aufgaben und ggfs. in welcher Form er diese wahrnehmen will. Dementsprechend sind als rationale Maßstäbe z.B. die Grundsätze

¹⁰⁹ Als Eckpunkte einer Modernisierung staatlichen Handelns werden - neben der Privatisierung - genannt: Vereinfachung, Beschleunigung und Kostenminimierung. Vgl. *Hofe/Müller*, BayVBl 1995, 225.

¹¹⁰ S. auch *Stelkens*, NVwZ 1995, 325 (331).

¹¹¹ *Schoch*, DVBl 1994, 962.

¹¹² *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (152).

¹¹³ Hierzu *Heuer*, DÖV 1995, 85, 86.

der Erforderlichkeit, der Verhältnismäßigkeit, der finanziellen Leistbarkeit oder das Subsidiaritätsprinzip geeignet.

Irrational erscheint mir dagegen das Bemühen mancher Kommunen, hoheitliche Aufgaben in privater Verpackung anzubieten.

Ich zitiere beispielhaft aus dem Schreiben eines Beigeordneten einer Ruhrgebietsgroßstadt: Danach arbeitet diese Stadt „im Rahmen der Verbesserung des städtischen Dienstleistungsangebotes und Förderung der Kundenorientierung an einem Konzept, Eheschließungen durch besondere Serviceleistungen der Standesbeamten attraktiver zu gestalten und sich stärker an den Wünschen und Vorstellungen von Brautleuten zu orientieren“. Weiter führt der Verfasser aus: „Ich möchte hier noch einmal ausdrücklich betonen, es geht dabei um neue Formen für die Eheschließung, die im Gegensatz zu der bislang praktizierten ‘preußischen Hochzeit’ als hoheitlichen Rechtsakt kundenfreundlich und sympathisch sind und einem gewandelten Zeitgeist entsprechen.“ Daß es diesem Beigeordneten auch ums Geld geht, belegt die Feststellung in seinem Schreiben, „daß interessierte Brautpaare sich eine besondere Leistung durchaus ‘etwas kosten lassen’“. Am Rande sei bemerkt, daß mir eine Eingabe vorliegt, in der die gänzliche Privatisierung der Eheschließung vorgeschlagen und die Übernahme der Organisation angeboten wird.

Wenn die um sich greifende Modernisierungsrhetorik die Stadt mit der Etikette „Konzern“ versieht oder in den Ansätzen einer „neuen“ Verwaltung die Prinzipien der marktwirtschaftlichen Ordnung widerspiegelt wissen will, werden einerseits die kulturellen Grundlagen der deutschen Administration einschließlich ihrer spezifisch rechtsstaatlichen Anforderungen an die Leitungsstrukturen (=Hierarchie) vernachlässigt. Verwaltungen und der Staat sind keine Aktiengesellschaften¹¹⁴. Lassen Sie mich mit dieser Bemerkung zur Privatisierung schließen. Hier sind Fragen angesprochen, die für die Fortentwicklung des Verfahrensrechts von grundsätzlicher Bedeutung sein werden. Dies könnte ein lohnendes Thema für eine Ihrer zukünftigen Tagungen sein. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

1. Begriff

Der Begriff Privatisierung umfaßt rechtlich verschieden zu bewertende Sachverhalte. Zu unterscheiden sind zunächst formelle und materielle Privatisierung. Als weitere Privatisierungstypen werden im neueren Schrifttum die Vermögensprivatisierung und die funktionale Privatisierung genannt¹¹⁵. Noch größer wird die Typenvielfalt bei Berücksichtigung von Möglichkeiten der Teilprivatisierung¹¹⁶. Hierzu gehört auch die Beauftragung

¹¹⁴ So zutreffend *Pitschas*, Verwaltungsmodernisierung und Verwaltungsrecht im „schlanken Staat“, VM 1996, 4 (5).

¹¹⁵ Vgl. *Wahl*, DVBl 1993, 517 (518 f.); *Schoch*, DVBl 1994, 962; *Hoppe/Bleicher*, NVwZ 1996, 421 (422).

¹¹⁶ Zusammenstellung der unterschiedlichen Beteiligungstypen bei *Wolff/Bachof/Stober* II § 104a; *König*, Entwicklung der Privatisierung, VerwArch 1988, 241; *Gramlich*, Öffentliche Unternehmungen im Verfassungsstaat, BB 1990, 1493; *Stober*, NJW 1984, 449; *Goerlich/Hegele* in *Stober* (Hrsg.), Handbuch des sächsischen Staats- und Verwaltungs-

externer Projektmanager. Durch die Beauftragung externer Projektmanager sollen Aufgaben der Verwaltung in Teilbereichen auf Private übertragen werden.

2. Grundrechtliche Vorgaben

Für den Bereich der Eisenbahnen des Bundes gibt der neue Art. 87e GG dem Gesetzgeber den Auftrag zur formellen und beschränkten materiellen Privatisierung¹¹⁷. Daß dabei dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, Rechnung getragen wird, weist dabei Art. 87e IV GG dem Bund als fortbestehende Verantwortung zu¹¹⁸. Auch im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation sind der Auftrag zur Privatisierung und die Zuweisung der Infrastrukturverantwortung nun grundgesetzlich geregelt¹¹⁹.

a) Formelle Privatisierung

Bei der formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) bedient sich der Verwaltungsträger zur Aufgabenwahrnehmung der Formen des Privatrechts, z.B. durch Schaffung von Eigengesellschaften. Davon abzugrenzen sind die sog. Eigenbetriebe, wirtschaftliche Unternehmen von Gemeinden ohne eigene Rechtspersönlichkeit, deren Organisation in den Gemeindeordnungen und dem jeweiligen Eigenbetriebsrecht geregelt ist¹²⁰. Privatisiert wird nur die Organisation der Aufgabe, nicht die öffentliche Aufgabe selbst. Die Verwaltung soll hier von den Fesseln des öffentlich-rechtlichen Organisationsrechts befreit werden, um - u.a. - flexibler und kostengünstiger handeln zu können; so bei Personalbeschaffung, Personaleinsatz und Personalentlohnung¹²¹. Diesen Vorteilen stehen in der Praxis vielfach auch nicht unwesentliche Nachteile gegenüber. Neben der reduzierten demokratischen Kontrolle solcher Eigengesellschaften zählt hierzu, daß Leitungsfunktionen häufig fachfremd - z.B. mit ehemaligen Kommunalpolitikern - besetzt werden, wobei die Gehälter an denen der echten Privatwirtschaft orientiert sind¹²². Vielfach erscheint deshalb die materielle (echte) Privatisierung vorzugswürdig, soweit eine Aufgabenverlagerung rechtlich zulässig ist.

Festzustellen ist eine zunehmende Tendenz bei den Kommunen, zur Erfüllung ihrer Aufgaben in privatrechtliche Organisationsformen auszuweichen¹²³. Solange es sich dabei wie bei der Abfallentsorgung gem. § 3 II AbfG nur um eine formelle oder eine funktionale Privatisierung handeln konnte, weil eine materielle Privatisierung wegen des pflichtigen Aufgabencharakters unzulässig war¹²⁴, blieb das Recht der entsorgungspflichtigen

rechts, 1996, § 3 Rn. 35 ff.; *Gusy*, DÖV 1984, 872; v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982; kritisch: *Ehlers*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, JZ 1990, 1089 (1094); *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986; *Steiner*, Privatisierung der Nebenbetriebe an Bundesautobahnen, NJW 1994, 1712; *Brohm*, Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281; *Schneider*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht (Tagungsbericht), DVBl 1995, 837.

¹¹⁷ Zu den Einzelheiten *Windthorst* in *Sachs*, GG, Art. 87e Rn. 31 ff.; *Battis* in *Sachs*, GG, Art. 143a Rn. 4 ff.; zu den finanzverfassungsrechtlichen Folgen der Neuorganisation *Siekmann* in *Sachs*, GG, Art. 106a Rn. 1 ff.

¹¹⁸ *Windthorst* in *Sachs*, GG, Art. 87e Rn. 48 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Windthorst* in *Sachs*, GG, Art. 87f Rn. 4 ff., 24 ff.; *Battis* in *Sachs*, GG, Art. 143b Rn. 6 ff.; s. auch *Scherer*, NJW 1996, 2953. Zur Frage, ob die Nachfolgeunternehmen von Bahn und Post als Träger öffentlicher Belange i.S.v. § 4 BauGB anzusehen sind, *Roer*, DVBl 1996, 1293.

¹²⁰ Näher *Wolff/Bachof/Stober II* § 98 Rn. 26.

¹²¹ Zu weiteren Motiven für privatrechtliche Organisation und zu möglichen Nachteilen *Wolff/Bachof/Stober II* § 104a Rn. 13 f.

¹²² S. auch *Heuer*, DÖV 1995, 85 (87 f.).

¹²³ *Ehlers*, DÖV 1986, 897 ff.; *Rapsch*, ZBR 1987, 168 m.w.N.; *von Danwitz*, AöR 120 (1995), 595; zur Koppelung der Wirtschaftsförderung einer Gemeinde mit einer Industriemaklertätigkeit einer KG, an der die Gemeinde beteiligt ist, *VGH Mannheim*, NJW 1995, 274; für kommunale Unternehmen in den neuen Bundesländern *Schützenmeister*, LKV 1991, 213; Rn. 176.

¹²⁴ *Schoch*, DÖV 1993, 377 (378).

Körperschaft zur Gebührenerhebung trotz privatrechtlicher Organisationsform unberührt¹²⁵. Gleiches gilt für die kommunale Abwasserentsorgung¹²⁶, die für die Gemeinde schlicht hoheitliche Tätigkeit darstellt¹²⁷. Nun kann aber nach § 16 II KrW-/AbfG die nach Landesrecht zuständige Behörde unter bestimmten Voraussetzungen die Pflichten selbst mit befreiender Wirkung auf einen Privaten übertragen, der dann als Beliehener vollständig an die Stelle des öffentlichen Entsorgungsträgers tritt¹²⁸. Der Umstand, daß die Abfallentsorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge¹²⁹ gehört, schließt die gesetzliche Aufgabenübertragung an Private nicht aus¹³⁰.

Auch in Bereichen, in denen sich die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgabe durch Privatisierung privatrechtlicher Gesellschaften (Eigengesellschaften) oder Beteiligungen an diesen Gesellschaften bedient, ist diese Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich des VwVfG ausgeklammert. In diesen Bereichen handelt es sich je nach Fallgestaltung um fiskalisches Handeln oder um Verwaltungsprivatrecht. Wurde privatisiert, handeln die privatrechtlichen Gesellschaften ausschließlich privatrechtlich¹³¹, wenngleich sie bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben zur Staatsgewalt i.S.d. Art. 20 II GG gehören¹³². Allerdings gewährt *BVerwG* NVwZ 1991, 59 dem Bürger auch dann einen ör Zulassungsanspruch gegen die öffentliche Hand, wenn dieser Anspruch bei unmittelbarer Durchführung der Aufgabe durch die öffentliche Hand bestünde; der Zulassungsanspruch kann durch Privatisierung nicht unterlaufen werden¹³³. Es ist dann Sache der öffentlichen Hand, auf die private Einrichtung einzuwirken, um diesen Anspruch durchzusetzen.

Die demokratisch und rechtsstaatlich legitimierte Einschaltung Privater zur faktischen Erfüllung öffentlicher Aufgaben setzt aber voraus, daß die Verwaltung ihrer Aufgabenverantwortung jederzeit nachkommen kann; die Verwaltung bleibt für die pflichtgemäße Aufgabenerfüllung verantwortlich¹³⁴. Tatsächlich führt die formelle Privatisierung zu schleichendem Kompetenzverlust der öffentlichen Verwaltung, deren Einfluß zu mindern gerade auch Motiv für die Organisationsänderung ist¹³⁵. Eine wirksame Kontrolle z.B. durch Aufsichtsratsmitglieder ist häufig nicht möglich, da dieses oft nur aus Betriebsmitgliedern und Politikern zusammengesetzte Gremium nach Ausschaltung der Verwaltung gar nicht über das erforderliche Sachwissen verfügt¹³⁶.

b) Materielle Privatisierung

Eine wirkliche Aufgabenverlagerung findet bei der materiellen Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) statt. Die Aufgabe als solche wird von der öffentlichen Verwaltung aufgegeben. Die Verwaltung selbst ist zur Aufgaben-

¹²⁵ *Sponer*, LKV 1995, 392; a.A. *VG Leipzig*, LKV 1995, 407.

¹²⁶ *Dedy*, NWVBl 1993, 245 (246, 250); *Haverkämper*, VR 1996, 223.

¹²⁷ *BGHZ* 54, 299, 301 = DVBl 1971, 400; DVBl 1978, 108.

¹²⁸ *Kahl*, DVBl 1995, 1327 (1329 f.).

¹²⁹ Zur Daseinsvorsorge *BVerfGE* 66, 248 (258) = NJW 1984, 1872 (1873): Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf.

¹³⁰ Zur Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem KrW-/AbfG *Kahl*, DVBl 1995, 1327; *Weidemann*, NJW 1996, 2757; *Petersen/Stöhr/Kracht*, DVBl 1996, 1161; *Kummer/Giesberts*, NVwZ 1996, 1166.

¹³¹ *BVerwG*, NVwZ 1985, 48; *B. Becker*, Öffentliche Verwaltung, S. 247 ff., 258; für Stiftung *BVerwG*, NVwZ 1990, 754; *VG Mannheim*, NVwZ 1985, 437; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1991, 322, 323.

¹³² *Schmidt-Aßmann*, AöR 1991, 329 (346, 385 f.); zur Frage der Grundrechtsfähigkeit *BVerfGE* 45, 63 (80) = NJW 1977, 1960; NJW 1990, 1783.

¹³³ *BVerwG*, NJW 1990, 134; *Herdegen*, DÖV 1986, 906; zur Post *Mussig*, NJW 1991, 472; *Gramlich*, NJW 1994, 2785 (2787).

¹³⁴ Vgl. *Spannowsky*, DVBl 1992, 1072; *von Danwitz*, AöR 120 (1995), 595 (603 f.); auch *Scholz*, NJW 1997, 14 (18).

¹³⁵ *Schoch*, DÖV 1993, 377 (382); auch *Bull*, VerwArch 86 (1995), 621 (629).

¹³⁶ So zu kommunalen Eigengesellschaften *Rossa*, VR 1992, 113 (114 f.).

privatisierung in der Lage, soweit keine gesetzliche Aufgabenzuordnung entgegensteht. Handelt es sich um Pflichtaufgaben der öffentlichen Verwaltung, bedarf die Privatisierung einer gesetzlichen Grundlage¹³⁷.

Auch dabei wird jeweils zu prüfen sein, ob und wie eine fortbestehende Verwaltungsverantwortung zu gewährleisten ist. Die Aufgabenprivatisierung schließt hier regelmäßig die Normierung von steuernden und kontrollierenden Rechtsvorschriften ein¹³⁸. So werden auf Vollzugsebene Überwachungsinstitutionen geschaffen und mit Regulierungsaufgaben betraut. Beispiel: Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Bundesoberbehörde gem. § 66 TKG. Die Regulierung der Telekommunikation wird sowohl in § 1 des G über die Regulierung des Postwesens und der Telekommunikation als auch in § 2 TKG als hoheitliche Aufgabe des Bundes deklariert. Ziele der Regulierung sind u.a. Wahrung des Fernmeldegeheimnisses, Sicherung des Wettbewerbs, Gewährleistung der Grundversorgung, Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit (§ 2 II TKG).

Soweit die Tätigkeit der öffentlichen Hand - auch - wirtschaftlichen Charakter hat, wird in der Literatur zunehmend auch die Frage nach einem Privatisierungsgebot gestellt¹³⁹. Dabei wird in der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand prinzipiell eine Beeinträchtigung der Grundrechte privater Konkurrenten gesehen¹⁴⁰. Die Rechtsprechung steht diesem Gedanken bislang sehr zurückhaltend gegenüber. So betont das *BVerwG*, daß Art. 12 GG nicht vor Konkurrenz, auch nicht der öffentlichen Hand, schütze und kommunalgesetzliche Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden nicht den Schutz privater Konkurrenz bezwecken¹⁴¹. Eine abweichende Tendenz zeigt sich bei der Fortentwicklung des EG-Rechts. So werden dort im Ausschreibungswesen anders als im deutschen Recht auch materielle Bieterrechte wie die Berufsfreiheit und die Chancengleichheit im Wettbewerb geschützt¹⁴².

Die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde durch Beteiligung an einem privatrechtlich organisierten Unternehmen gibt dessen privaten Konkurrenten keinen Einwirkungsanspruch gegenüber der Gemeinde, solange das behördliche Verhalten nicht dazu führt, daß die private Konkurrenz unmöglich gemacht wird¹⁴³.

Einer Klärung im einzelnen bedürfen noch zahlreiche Fragen zur Überleitung von zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Rechten der öffentlichen Hand auf Private wie Betretungs- und Besichtigungsrechten oder - umgekehrt - von Rechten der Bürger gegenüber bisher zuständigen Behörden wie Akteneinsichtsrecht oder Beteiligungsrechten Dritter.

c) Vermögensprivatisierung

Vermögensprivatisierung meint die Übertragung staatlichen oder kommunalen Eigentums auf Private. Wirtschaftlich von Bedeutung ist hier die Veräußerung von Industriebeteiligungen des Bundes¹⁴⁴.

¹³⁷ *Schoch*, DVBl 1994, 962 (974).

¹³⁸ *Wahl*, DVBl 1993, 517 (519).

¹³⁹ *Schoch*, DÖV 1993, 377 (379 f.).

¹⁴⁰ Vgl. nur *von Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 55 ff. m.w.Nachw. Zur Privatisierung von Verwaltungsaufgaben s. auch Tagungsbericht der Staatsrechtslehrertagung 1994, *Classen*, JZ 1995, 34 (35).

¹⁴¹ *BVerwGE* 39, 329 (336) = MDR 1972, 804; *Schoch*, DÖV 1993, 377 (380) m.Nachw. auch der Rechtsprechung des *BGH*. Umgekehrt schützt das Selbstbestimmungsrecht die Kommunen nicht vor privater Konkurrenz - soweit nicht eine Monopolisierung durch Anschluß- und Benutzungszwang zulässig ist -; zur Zulassung von Feuerbestattungsanlagen in privater Trägerschaft *BayVerfGH*, BayVBl 1996, 590.

¹⁴² S. *Pernice/Kadelbach*, DVBl 1996, 1100 (1105 f.) mit Hinw. auch auf die Rspr des *EuGH*. Diese Rspr des *EuGH* zum Konkurrentenschutz dient also nicht nur dem supranationalen Gemeinschaftsinteresse, sondern ebenso den transnationalen Interessen der Gemeinschaftsbürger und der Mitgliedstaaten an einer gleichmäßigen Vertragserfüllung; so im Zusammenhang mit dem europäischen Beihilferecht *Schneider*, DVBl 1996, 1301 (1308).

¹⁴³ *BVerwGE* 39, 329 (336 f.) = MDR 1972, 804; NJW 1995, 2938; *VGH Kassel*, NVwZ 1996, 816. Zur wirtschaftlichen Nutzung von Verwaltungsressourcen (Vermarktung von selbstentwickelter Software) *Zundel*, VR 1996, 340.

¹⁴⁴ Vgl. Bericht der BReg zur Verringerung von Beteiligungen und Liegenschaften des Bundes, BT-Drs. 12/6889.

d) Funktionale Privatisierung

Bei der funktionalen Privatisierung wird lediglich der Vollzug der Aufgabe auf einen Privaten übertragen, der als Verwaltungshelfer fungiert. Die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung verbleibt bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung. Die Letztentscheidungsverantwortung der Behörde darf durch die Tätigkeit des Privaten nicht angetastet oder faktisch ausgehöhlt werden¹⁴⁵. Vorbereitungshandlungen und Vorentscheidungen können deshalb problematisch sein, weil zwar die Formalstruktur der Kompetenzverteilung zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer gewahrt bleibt, frühere Weichenstellungen aber spätere Phasen präjudizieren und die förmliche Entscheidung nicht mehr alles einholen und überformen kann, was vorher schon faktisch in eine bestimmte Richtung gelenkt worden ist¹⁴⁶. Jedenfalls ist eine - im Einzelfall schwierige - Abgrenzung zwischen einfachen Vollzugsaufgaben, die ohne gesetzliche Regelung übertragen werden dürfen, und Entscheidungsbefugnissen, deren Übertragung eine Beleihung voraussetzt, erforderlich¹⁴⁷. Die Grenze zur unzulässigen faktischen Beleihung kann leicht überschritten werden. Ob von dem europäischen (Umwelt-)Recht maßgebliche Impulse auf die Gestaltung von VwVf hin zu umfassenderer Privatisierung einzelner Verfahrenselemente ausgehen¹⁴⁸, bleibt abzuwarten.

Bei der funktionalen Privatisierung sind verschiedene Formen denkbar. Bei dem Submissionssystem erbringt ein privater Unternehmer zugunsten der Bürger Leistungen, für die er von dem Verwaltungsträger bezahlt wird, der seinerseits gegenüber den Bürgern einen Gebührenanspruch hat (z.B. Müllabfuhr durch Entsorgungsfirma). Bei dem Konzessionssystem erhält der Nutzer gegen Entgelt eine Leistung des privaten Betreibers. Die Wirtschaftlichkeit solcher Konzessionsmodelle erscheint aus Sicht des Bürgers fraglich. Vorgebliche politische Vorteile sollen vielfach das wahre Motiv - die Verschleierung von Haushaltsdefiziten - verdecken.

Auch behördenintern kommt eine funktionale Privatisierung in Betracht. So kann die staatliche Verwaltung technische Hilfsfunktionen wie umfassende IT-Dienstleistungen auf Private als Verwaltungshelfer übertragen. Steuerung, Verantwortung und Kontrolle durch die beauftragende Behörde sind vertraglich sicherzustellen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten unterliegt dabei unmittelbar der Regelung der Auftragsverarbeitung gem. § 11 BDSG oder der entsprechenden Landesgesetze.

¹⁴⁵ Hoppe/Bleicher, NVwZ 1996, 412 (423).

¹⁴⁶ So Wahl, DVBl 1993, 517 (523); ders. in Blümel, Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau - Innenstadtverkehr, Speyerer Forschungsberichte 115, 3. Aufl. 1995, S. 44 f.; Di Fabio, VerwArch 81 (1990), 193 (216 ff.). Zur Verfahrensprivatisierung von Standortauswahlverfahren im Abfallrecht durch Einholung von Standortgutachten privater Sachverständiger Hoppe/Bleicher, NVwZ 1996, 421.

¹⁴⁷ Wahl, DVBl 1993, 517 (520).

¹⁴⁸ So Pernice/Kadelbach, DVBl 1996, 1100 (1108).