

Vortrag 51. Deutscher Anwaltstag Berlin, Ausschuß Verwaltungsrecht, 1. Juni 2000, – überarbeitete Fassung veröffentlicht in NVwZ 2000, 1238; gekürzte Fassung in VA 2000, 144 –

## **Aktuelle Tendenzen zur Reform des Genehmigungs- und Verwaltungsverfahrenrechts**

51. Deutscher Anwaltstag Berlin, Ausschuß Verwaltungsrecht, 1. Juni 2000, 16:00 Uhr

### **I. Einleitung**

Das VwVfG ist nach seinem Inkrafttreten lange unverändert geblieben. Seit 1996 sind dann drei Änderungen unterschiedlichen Gewichts erfolgt. Durch das (1.) VwVfÄndG<sup>1</sup> wurden im wesentlichen vorhandene Regelungen aus dem Haushaltsrecht in das VwVfG übernommen. Bemerkenswert ist bei dieser Novelle der Gesetzgebungsprozeß: Erstmals hatte die Bundesregierung den auf der Basis eines Bund/Länder-Musterentwurfs erstellten Gesetzentwurf bereits 1986 im Bundestag vorgelegt. In den folgenden Wahlperioden jeweils erneut eingebracht, konnte sich der BT-Innenausschuß erst 1996 zu einem positiven Votum entschließen. Zu diesem Zeitpunkt hatten zahlreiche Länder ihre VwVfGe bereits entsprechend geändert. Die Änderungen durch das GenBeschlG<sup>2</sup> sind von unterschiedlicher Qualität. Sie sind auch innerhalb der Bundesregierung bei der Gesetzesvorbereitung kontrovers diskutiert worden.

- Die Einfügung des Merkmals „zügig“ in § 10 VwVfG wurde, nachdem der Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung den bislang schon normierten Merkmalen „einfach und zweckmäßig“ entnommen worden war,<sup>3</sup> als typisches Beispiel sog. Signalgesetzgebung bezeichnet.

---

<sup>1</sup> Hierzu *Sachs/Wermeckes* NVwZ 1996, 1185.

<sup>2</sup> Hierzu *Schmitz/Wessendorf* NVwZ 1996, 955; *Jäde* UPR 1996, 361; *Bonk* NVwZ 1997, 320.

<sup>3</sup> *Stelkens/Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 5. Aufl. (1998), § 10 Rn. 25.

- Gegen die Erweiterung der Heilungsmöglichkeiten in § 45 VwVfG wurden nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Sie wurden auch betrachtet als Regelung eines vermeintlichen Mißstandes in der Judikatur, der im Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr bestand, da weitgehende Heilungsmöglichkeiten nach neuerer Rspr. des BVerwG bereits gegeben waren.
- §§ 71a ff. VwVfG. Diskutiert wurde hier vor allem die Frage der Normwürdigkeit. Vielfach wurde die Auffassung vertreten, daß die Regelungen über Zügigkeit (§ 71b VwVfG), Beratung und Auskunft (§ 71c VwVfG), Sternverfahren – gleichzeitige, mit Fristsetzung verbundene Beteiligung der betroffenen Behörden – (§ 71d VwVfG) und Antragskonferenz (§ 71e VwVfG) eher auf der Ebene von Verwaltungsvorschriften hätten getroffen werden müssen.<sup>4</sup>

Bald vier Jahre nach dem Inkrafttreten des GenBeschlG hätte ich Ihnen gern etwas über die Wirkungen des Gesetzes berichtet. Interessant zu wissen wäre z.B., in welchem Maße während gerichtlicher Verfahren Behörden die Möglichkeit zur nachträglichen Fehlerheilung bekommen und ob die Heilungsmöglichkeit Auswirkungen auf die Qualität behördlicher Entscheidungen hat. Indes liegen mir keine entsprechenden Erkenntnisse vor. Die Wissenschaft, die das GenBeschlG stark kritisiert hat, wird vielleicht noch rechtstatsächliche Untersuchungen anstellen, damit die Diskussion nicht auf Vermutungen gegründet bleibt.

Daß nach dem GenBeschlG und dem folgenden 2. VwVfÄndG mit mehr redaktionellen Anpassungen weitere Änderungen des VwVfG erforderlich sein werden, war seinerzeit schon absehbar.<sup>5</sup>

## **II. Genehmigungsverfahren**

Interessant ist hier für unser heutiges Thema, das in die Zukunft weist, der Umstand, daß die §§ 71a ff. VwVfG im Teil V „Besondere Verfahrensarten“ als neuer Abschnitt 1a mit der Überschrift „Beschleunigung von Genehmigungsverfahren“ eingestellt worden sind. Wer unbefangen auf diesen Abschnitt stößt und die detaillierten Beschleunigungsmaßnahmen für Genehmigungsverfahren, die der Durchführung von Vorhaben im Rahmen einer wirtschaftli-

---

<sup>4</sup> Einige Länder hatten bereits Verwaltungsvorschriften erlassen, die entsprechende Verfahrensgestaltungen für bestimmte Bereiche vorschreiben. Vgl. Nachweise bei *Schmitz/Wessendorf NVwZ* 1996, 955, 957, Fn. 16.

chen Unternehmung des Antragstellers dienen – so die Definition in § 71a VwVfG –, zur Kenntnis nimmt, kommt vielleicht zu der Frage, welche Regelungen das VwVfG für Genehmigungsverfahren im übrigen enthält. Das Ergebnis wird erstaunen. Als besondere Verfahrensart sind Genehmigungsverfahren nur in Form von Planfeststellungsverfahren geregelt. Der Begriff Genehmigungsverfahren wird im VwVfG nicht mehr besonders erwähnt. In der Vergangenheit ist die Praxis hier mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 9 ff. VwVfG zum Verfahren, das auf Erlaß eines VA gerichtet ist, ohne größere Probleme ausgekommen. Aktuelle Entwicklungen verändern dieses Bild.

### *1. Neue Verfahrenstypen*

Insbesondere in den Baurechten der Länder entwickeln sich Verfahrenstypen, die nicht dem klassischen des VwVfG – also Antrag, Prüfung, Entscheidung durch VA – entsprechen. Bisher erforderliche Genehmigungsverfahren wurden ersatzlos beseitigt, in Verfahren oder Rechtsfolge modifiziert oder fingiert. Im einzelnen zeigen sich – vereinfacht – folgende Varianten:

- a) Verzicht auf Genehmigung,
- b) Anzeige eines Vorhabens durch den Vorhabenträger – dann auf Seiten der Behörde Prüfung des Vorhabens mit der Möglichkeit des Eingreifens oder Nichtstuns mit Fristablauf – Rechtsfolge: fiktive Genehmigung (VA) oder (bedingter) Wegfall des Genehmigungserfordernisses.

Betrachten wir zwei Bereiche etwas näher:

### *2. Verfahren nach §§ 15, 16 BImSchG*

Gegenstand des Anzeigeverfahrens gem. § 15 BImSchG zur Änderung genehmigungsbedürftiger Anlagen<sup>6</sup> ist die Klärung der Genehmigungsbedürftigkeit, nicht die Genehmigung selbst.<sup>7</sup> Drei Varianten hat dieses Verfahren:

---

<sup>5</sup> Schmitz/Olbertz NVwZ 1999, 126, 132.

<sup>6</sup> Zur Neufassung Moormann UPR 1996, 408, 413 ff.

<sup>7</sup> Fluck VerwArch 88 (1997), 265, 285.

- a) Keine Äußerung der Behörde binnen Frist von 1 Monat: Änderung der Anlage darf vorgenommen werden: „gesetzliche Gestattung“.<sup>8</sup>
- b) Mitteilung der Behörde, daß keine Genehmigung erforderlich ist: „Negativmitteilung“.<sup>9</sup>
- c) Mitteilung, daß Genehmigung erforderlich ist: „Positivmitteilung“.

Beide Mitteilungen sind mehr als Auskunft über die Rechtslage; sie regeln, setzen Rechtsfolge und sind damit Verwaltungsakt. Sie treffen eine Feststellung über die Genehmigungsbedürftigkeit, die Negativmitteilung erlaubt zusätzlich den sofortigen Beginn der geplanten Maßnahme.<sup>10</sup> Interessant wird es nun, wenn die Behörde – was vorkommt – einen Fehler macht und eine rechtswidrige Negativmitteilung abgibt. Entfällt die Genehmigungspflicht, so ersetzt die Negativmitteilung doch nicht die Genehmigung,<sup>11</sup> eine Konzentrationswirkung kommt ihr nicht zu.<sup>12</sup> Beim Vorhabenträger bleibt das Risiko, daß nachträglich rechtlich relevante Einwände erkennbar werden.

Für die umweltrelevanten Anlagengenehmigungen ist eine multipolare Interessenlage<sup>13</sup> kennzeichnend. Das Staatsziel des Umweltschutzes gem. Art. 20a GG, Grundrechte der Betreiber aus Art. 12 und 14 GG, das öffentliche Interesse an einer gedeihlichen ökonomischen Entwicklung und die Schutzinteressen Drittbetroffener treffen hier aufeinander. Leitend für den Gesetzgeber bei der Regelung in §§ 15 und 16 BImSchG war, die behördliche Kontrolldichte zugunsten einer verstärkten Inanspruchnahme eigenverantwortlichen Handelns des Betreibers zu verringern.<sup>14</sup> Der Betreiber, der sicher gehen will, wird aber die gem. § 16 Abs. 4 BImSchG auch für bloß anzeigepflichtige Vorhaben mögliche Genehmigung<sup>15</sup> beantragen.

---

<sup>8</sup> *Fluck* VerwArch 88 (1997), 265, 288; *Führ* UPR 1997, 421, 427 f..

<sup>9</sup> Wird z.T. auch als Positivmitteilung i.S.v. „Änderung erlaubt“ bezeichnet; so z.B. *Führ* UPR 1997, 421, 426.

<sup>10</sup> A.A. *Führ* UPR 1997, 421, 427, der in der Negativmitteilung (von ihm als Positivmitteilung bezeichnet) einen VA zur Verkürzung der Wartezeit sieht, diesem aber keine Feststellungswirkung hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit beimißt.

<sup>11</sup> *P. Stelkens/U. Stelkens* (o. Fußn. 2), § 35 Rn. 28: keine Genehmigungsfiktion.

<sup>12</sup> *Fluck* VerwArch 88 (1997), 265, 289.

<sup>13</sup> Zum mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnis *Stelkens/Schmitz* (o. Fußn. 3), § 9 Rn. 25 ff.

<sup>14</sup> Die Schmälerung der Verfahrensposition Drittbetroffener wurde bei der Neuregelung in Kauf genommen; *Führ* UPR 1997, 421. Politische Stichworte sind hier „Schlanker Staat“ in der vergangenen Wahlperiode und „Aktivierender Staat“ in der jetzigen.

<sup>15</sup> Ggfs. auch im nicht vereinfachten Verfahren gem. § 19 Abs. 3 BImSchG.

### 3. Verfahren nach den Landesbauordnungen

Unter dem Druck regionaler Standortsicherung hat seit Beginn der 90er Jahre in wirtschaftsrelevanten Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts eine Diversifizierung stattgefunden, die sich besonders deutlich in der weitgehenden Zersplitterung der Genehmigungsverfahren durch die 1994/95 durchgeführten Änderungen der Landesbauordnungen<sup>16</sup> zeigt.<sup>17</sup> Der vorläufige „Abschied von der Baugenehmigung“ ist durch zwei Grundmodelle genehmigungsfreien Bauens gekennzeichnet: dem Freistellungsverfahren und dem Anzeigeverfahren.<sup>18</sup>

In einigen Ländern gibt es Regelungen zur Information der Nachbarn durch die Behörde oder den Bauherrn, in anderen nicht.<sup>19</sup>

Wir sehen: Diese neuen Verfahrenstypen, ich will sie hier pauschal als „Anzeigeverfahren“ bezeichnen, werfen vielfältige Fragen auf, deren wichtigste sich so zusammenfassen lassen:

- a) zum Verfahren: handelt es sich um Verfahren i.S.v. § 9 VwVfG? Verfahren ist bekanntermaßen nicht stets bipolar. Bei multipolaren Verhältnissen sorgt das Verwaltungsverfahren dafür, daß die divergierenden Interessen der Beteiligten zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht werden. Verkürzt: Wo bleibt bei den bloßen Anzeigeverfahren der Drittschutz?
- b) zur Rechtswirkung: ein VA erwächst in Bestandskraft. Das bedeutet Planungssicherheit. Anzeigeverfahren, die nicht in einer fiktiven Genehmigung münden, erreichen dies nicht.

Die Freistellungsverfahren zielen gerade nicht auf den Erlaß eines VA; die Anwendung der §§ 9 ff. VwVfG scheidet also aus. Bei den Anzeigeverfahren könnte man an die präventive Untersagungsmöglichkeit durch die Baubehörde anknüpfen, um einen VA zu finden, der durch ein Verwaltungsverfahren vorbereitet wird. Jedoch ist das Anzeigeverfahren nicht auf einen VA in Gestalt einer präventiven Bauuntersagung i.S.v. § 9 VwVfG gerichtet.<sup>20</sup> Damit ist § 13 Abs. 2 VwVfG, der die Hinzuziehung Dritter zum Verwaltungsverfahren regelt, prin-

---

<sup>16</sup> Hierzu *Jäde* UPR 1995, 81; *ders.* GewArch 1995, 187; *Erbguth/Stollmann* JZ 1995, 1141; *Degenhart* NJW 1996, 1433; *Uechritz* NVwZ 1996, 640.

<sup>17</sup> Vgl. *Stelkens* (o. Fußn. 3), Einl. Rn. 21.

<sup>18</sup> *Löffelbein*, Genehmigungsfreies Bauen und Nachbarrechtsschutz, Diss. Köln (2000), S. 58 ff.

<sup>19</sup> Einzelheiten bei *Löffelbein* (o. Fußn. 18), S. 103 ff.

<sup>20</sup> Zutreffend *Löffelbein* (o. Fußn. 18), S. 105 f.

ziell nicht anwendbar. Selbst wenn man § 13 VwVfG als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze versteht,<sup>21</sup> die auch außerhalb von Verwaltungsverfahren nach §§ 9 ff. VwVfG anzuwenden sind, hilft das hier kaum weiter. Das beschränkte Programm des Anzeigeverfahrens dient der Prüfung, ob dessen Voraussetzungen vorliegen, nicht der Prüfung drittschützender Normen. Folglich wird die Behörde regelmäßig keine Veranlassung haben, einen Dritten hinzuzuziehen.

Kurz zur Planungssicherheit: Einige Bauordnungen lassen dem Bauherrn die Wahl zwischen Genehmigungs- und Anzeigeverfahren. In anderen Ländern wird dem Bauherrn das vom Normgeber intendierte eigenverantwortliche Handeln aufgedrängt. Die Verantwortung für die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem Bauordnungsrecht wird vom Staat auf den Bauherrn verlagert; das Baurecht wird also „privatisiert“.<sup>22</sup> Sieht die Bauordnung keine Möglichkeit zur Wahl des Genehmigungsverfahrens vor, bleibt dem auf Planungssicherheit bedachten Bauherrn nur die Möglichkeit, sein an sich genehmigungsfreies Vorhaben so zu gestalten, daß es in den Bereich der Genehmigungspflicht hineinragt.

#### 4. *Handlungsbedarf*

Es stellt sich die Frage nach gesetzgeberischem Handlungsbedarf. Die beiden Beispiele der Anlagenänderung nach dem BImSchG und der baurechtlichen Vorhaben zeigen normative Lücken auf. Bei deren Schließung kann es nicht darum gehen, das vom Gesetzgeber gewollte Programm – Eigenverantwortlichkeit des Bürgers, Beschleunigung des Verfahrens – zu revidieren. Vielmehr ist sorgfältig zu prüfen, wo im einzelnen Defizite zu beheben sind und wie diese unter Beachtung der genannten Zielvorstellungen behoben werden können. Wünschenswert erscheint, als Regelungsstandort die Verwaltungsverfahrensgesetze zu wählen. Eine denkbare Lösung für die dargestellten Probleme ist, die Anzeige- und Genehmigungsfreistellungsverfahren als besondere Verfahrensarten in das VwVfG zu integrieren; eine andere, den Begriff des Verwaltungsverfahrens nach § 9 VwVfG mit seiner Beschränkung auf Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag als Verfahrensziel zu erweitern.<sup>23</sup> Bedenken gegen eine Erfassung der Anzeigeverfahren im VwVfG könnten darauf gestützt werden,

---

<sup>21</sup> Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 7. Aufl. (2000), § 13 Rn. 6.

<sup>22</sup> *Decker* JA 1998, 799 m.w.Nachw.

<sup>23</sup> Vgl. *Pietzker* VVDStRL 41 (1983), 215.

daß es sich tatsächlich um durch das Fachrecht sehr heterogen gestaltete Verfahren handelt. Es kann hierbei aber nicht um eine systematische Erfassung dieser Verfahren in all ihren Spielarten gehen. Das VwVfG könnte nur eine Auswahl entsprechender Verfahrenstypen anbieten. Darüber hinausgehende Varianten im Fachrecht wären dann im Rahmen einer Rechtsbereinigung auf diese Typen zurückzuführen. Vor einem Tätigwerden des Gesetzgebers bedarf es hier jedoch noch weiterer wissenschaftlicher Diskussion. Daß entsprechende Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht in einem „beschleunigten Gesetzgebungsverfahren“ erfolgen können, sondern sorgfältiger Vorbereitung bedürfen, sollte selbstverständlich sein. Die großen Kodifikationen des Verfahrensrechts sind ein hochempfindliches Instrumentarium, das mit besonderer Vorsicht zu handhaben ist.<sup>24</sup> Ein erster Schritt hierzu wird auch die Behandlung des Themas im Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern<sup>25</sup> sein. Diesem Beirat, der das BMI zu Fragen der Fortentwicklung des Verfahrensrechts berät, gehören Praktiker aus der Anwaltschaft, aus Genehmigungsbehörden, aus der Industrie, Wissenschaftler, Richter und für die Verwaltungsverfahrensgesetze verantwortliche Ministerialbeamte an.

### **III. Öffentlich-rechtlicher Vertrag**

Ein Thema der letzten Sitzungen des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht war insbesondere auf Anregung von Mitgliedern aus der Anwaltschaft<sup>26</sup> die Fortentwicklung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Der öffentlich-rechtliche Vertrag hat zwei Varianten: a) den subordinationsrechtlichen, VA-ersetzenden, b) den kooperativen. Das verwaltungsrechtliche Denken ist bis heute von dem von Otto Mayer geprägten Grundsatz „Der Staat paktiert nicht“ beeinflusst; danach gibt es grds. nur einseitiges Handeln in Form des VA und ist der öffentlich-rechtliche Vertrag atypisch. Dieses Denken ist zu überwinden. Zwar ist der VA weiterhin ein taugliches Instrument zur rechtmäßigen und sachrichtigen Erledigung von Verwaltungsaufgaben. Der Entscheidungsprozeß nach den Verfahrensregeln des VwVfG ist

---

<sup>24</sup> *Schmitz/Olbertz NVwZ* 1999, 126, 132; *Schmitz* in Ziekow (Hrsg.), *Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren* (1998), S. 171, 191; *Hufen* in Schuppert (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates* (1998), S. 11, 18.

<sup>25</sup> S. *NVwZ* 1998, 596; ferner *Schmitz/Olbertz NVwZ* 1999, 126, 131.

<sup>26</sup> RA Prof. Dr. Birk, Stuttgart/Dresden, RA Dr. Fluck, Ludwigshafen. In der letzten Sitzung am 18.05.2000 mit dem Schwerpunktthema „Public Private Partnership/Kooperationsrecht“ haben dazu auch die Prof. Dres. Hill, Ziekow (Speyer) und Schuppert (Berlin) Vorschläge unterbreitet.

auch beim VA ausreichend flexibel und in der Lage, Kooperation, Konsens und Akzeptanz zu fördern.<sup>27</sup> Gewandeltem Staatsverständnis (kooperativer Staat) muß aber das passende rechtliche Instrumentarium zur Verfügung stehen. So besteht Bedarf zur Fortentwicklung der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags. War der VA-ersetzende früher vorherrschend, steht mittlerweile der kooperative im Vordergrund. Verwaltungsrecht ist zudem nicht nur Kollisionsrecht zwischen öffentlichen und privaten Interessen; vielmehr geht es zunehmend um die Regulierung privater Belange unter öffentlicher Verwaltung.<sup>28</sup> Hier kann der öffentlich-rechtliche Vertrag ein besonders taugliches Instrument zum gerechten Interessenausgleich sein.

Entwicklungsbedarf wird nicht nur von der Wissenschaft hinsichtlich rückständiger Vertragsrechtsdogmatik,<sup>29</sup> sondern auch aus der Praxis zu konkreten Problemen angemeldet. Einige Beispiele:

#### *1. Nichtigkeitsfallen Angemessenheit der Gegenleistung, Sachzusammenhang*

Hinderlich für die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Vertrags ist vor allem die zwingende Folge der Nichtigkeit bei bestimmten Rechtsmängeln. Interessant ist, daß der Gesetzgeber in den letzten Jahren den VA durch Einschränkung der Kontrolldichte und erweiterte Möglichkeiten zur Fehlerheilung haltbarer gemacht, die Rechtsgültigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags hingegen nicht verstärkt hat. § 56 Abs. 1 VwVfG verlangt, daß bei einem Austauschvertrag die Gegenleistung des behördlichen Vertragspartners „den gesamten Umständen nach angemessen sein“ muß. Folge von Verstößen hiergegen ist Nichtigkeit, ein Ergebnis, das vielfach unbefriedigend ist. Bsp.: Städtebaulicher Vertrag über Geldleistung; eine Stadt hatte den noch unbebauten Teil eines Grundstücks auf Wunsch des Eigentümers nachträglich in den Geltungsbereich eines Bebauungsplans aufgenommen; dafür sollte der Eigentümer einen Geldbetrag in Höhe der üblichen Erschließungskosten an die Stadt zahlen. Nach Realisierung des Bauvorhabens beruft sich der Eigentümer auf Nichtigkeit des Vertrags. Typisch ist der Fall insoweit, als eine Seite voll geleistet hat, die andere Seite keine Gegenleistung

---

<sup>27</sup> Vgl. P. Stelkens/U. Stelkens (o. Fußn. 3), § 35 Rn. 6; Schoch in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns (1994), S. 199, 207; R. Schmidt VerwArch 91 (2000), 149, 158.

<sup>28</sup> R. Schmidt VerwArch 91 (2000), 149, 150 f.

<sup>29</sup> Vgl. R. Schmidt VerwArch 91 (2000), 149, 158 f. m.w.Nachw.



erbringen will und die Leistung der vorleistenden Seite nicht mehr rückgängig zu machen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat angekündigt, in diesem Jahr einen solchen Fall zu entscheiden.<sup>30</sup> Auch wenn das Gericht für diesen Einzelfall eine befriedigende Lösung finden sollte, bleibt die Frage, ob eine gesetzliche Regelung erforderlich ist.

Ziel einer Regelung könnte sein, die Nichtigkeitsfolge zu vermeiden. Hierzu bietet sich an, die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 56 VwVfG wie „Angemessenheit“ und „sachlicher Zusammenhang“ entsprechend § 315 BGB auszulegen, also Bestimmung nach billigem Ermessen. Bevor das Fallbeil der Nichtigkeit fällt, wären die Vertragsparteien zu verpflichten, den Vertrag anzupassen. Denkbar wäre auch, die Vertragsparteien zur Aufnahme von Fehlerfolgenregelungen in den Vertrag zu verpflichten.

## 2. *Nichtigkeitsfalle Schriftform*

Weiter könnte – wenn der Vertrag hieran krankt – das Schriftformerfordernis (§ 57 VwVfG) i.d.S. gelockert werden, daß ein von beiden Parteien in Vollzug gesetzter Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig bleibt, auch wenn das Schriftformerfordernis nicht beachtet wurde (Gedanke aus § 313 S. 2 BGB). Es läßt sich auch fragen, ob Schriftform bei jedem öffentlich-rechtlichen Vertrag erforderlich sein muß, während Verwaltungsakte gem. § 37 Abs. 2 VwVfG schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden können.

## 3. *Nichtigkeitsfalle Beteiligung Dritter*

Probleme in der Praxis bringt auch die Vorschrift des § 58 Abs. 1 VwVfG, wonach die Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, der in Rechte eines Dritten eingreift, an dessen Zustimmung geknüpft wird. Da oft unsicher ist, ob der Vertrag überhaupt in Rechte Dritter, ggfs. welcher Dritter, eingreift, bietet sich an, potentiellen Drittbetroffenen den Vertrag entsprechend § 41 VwVfG bekannt zu geben und evtl. Einsprüche nach Ablauf einer Frist zu präkludieren.

## 4. *Handlungsbedarf*

Ich will es bei diesen Beispielen belassen. Sie machen jedenfalls ausreichend deutlich, daß zu den Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag gesetzgeberischer Handlungsbedarf

---

<sup>30</sup> BVerwG 4 C 4.99; vgl. DVBl 2000, 542.

besteht. Das traditionelle Fehlerfolgenregime beim öffentlich-rechtlichen Vertrag ist bislang geprägt von dem Ziel der Begrenzung des Mißbrauchs staatlicher Handlungsübermacht. Es erscheint heute aber zweifelhaft, ob in allen Kooperationsverhältnissen die Vertragspartner eines solchen Schutzes bedürfen, der letztlich sinnvolle Kooperation behindert.

#### **IV. Public Private Partnership (P.P.P.)**

Wir bleiben noch einen Moment beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, allerdings mit dem Blickwinkel aktueller politischer Diskussion. Staats- und Verwaltungsmodernisierung war Anliegen der vorherigen Bundesregierung, ist Anliegen auch der jetzigen Bundesregierung. In der vergangenen Wahlperiode hieß das Stichwort „Schlanker Staat“; in dieser will der Begriff des „aktivierenden Staates“ zumindest eine andere Akzentuierung deutlich machen. Das Leitbild des „aktivierenden Staates“ findet sich bereits in der Koalitionsvereinbarung vom 20. Oktober 1998.<sup>31</sup> Mit Kabinettsbeschuß vom 1. Dezember 1999 zum Thema „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ wurde eine Konkretisierung versucht. Vier Prinzipien sind maßgebend: Neue Verantwortungsteilung, mehr Bürgerorientierung, staatliche Vielfalt und effiziente Verwaltung.

##### *1. Was ist P.P.P.?*

Ein Leitprojekt ist überschrieben „Rechtliche Regelungen für Public Private Partnership“. Was ist Public Private Partnership, kurz P.P.P.? Wie häufig bei Verwendung von Ausdrücken, die dem Wirtschaftsenglisch entstammen – man denke nur an den Begriff controlling – ist der Begriff P.P.P. mit gewissen Unschärfen behaftet. Dennoch ist er inzwischen zu einem gängigen Terminus in Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht geworden. P.P.P. ist ein Sammelbegriff für unterschiedliche Kooperationsmodelle zwischen Hoheitsträgern und Privaten bei der Gewährleistung, Finanzierung und Durchführung öffentlicher Dienstleistungen. Es sollen rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse geschaffen werden. Kooperation findet derzeit nicht nur auf der Ebene des öffentlich-rechtlichen Vertrages statt, vielfach läßt es sich einordnen in Begriffe wie agreements, Absprachen, Verständigung, Beratung, Duldung; diese Formen werden auch unter dem Begriff des informellen Verfahrens

---

<sup>31</sup> Kap. IX Nr. 11, 2. Abs.

zusammengefaßt.<sup>32</sup> Rechtliche Regelungen für P.P.P. zu schaffen, soll nicht Formalisierung des Informellen bedeuten. Gewollt ist eine rechtliche Angebotsordnung als Kombination organisatorischer, verfahrensmäßiger, vertraglicher und informeller Regelungen. Gesetzlich geregelt werden könnte eine Rahmenordnung für abzuschließende Verträge mit der Möglichkeit abgestufter Formalisierung. Konkrete Handlungstypen könnten darüber hinaus der Verwaltung Hilfe bei der Anwendung leisten, ihr also Routine bei der Bewältigung – zunächst so erscheinender – Atypik bieten. Zwei Hauptziele muß ein evtl. Regelwerk verfolgen: Zum einen soll die Gemeinwohlkompetenz privater und halbstaatlicher Akteure nutzbar gemacht werden; zum anderen bedarf es zur Gemeinwohlsicherung der Begrenzung von Kooperation durch Normierung von Informationsrechten, Steuerungsrechten, Rückholrechten der Verwaltung sowie von Regelungen zum Drittschutz.

## 2. *Handlungsbedarf*

Auch hier muß ich es diesen wenigen Stichworten belassen. Die wissenschaftliche Diskussion ist noch voll im Gange, die politische hat gerade begonnen. Ob es gelingt, noch in dieser Wahlperiode einen Gesetzentwurf vorzulegen und durch das parlamentarische Verfahren zu bringen, bleibt abzuwarten.

## V. **Umweltgesetzbuch I**

Die 1998 und 1999 bekannt gewordenen Fassungen sog. Diskussions- oder Arbeitsentwürfe eines Umweltgesetzbuchs I<sup>33</sup> enthielten eigenständige Regelungen für Genehmigungsverfahren, die vielfach an entsprechende Bestimmungen des VwVfG angelehnt waren, aber im Detail regelmäßig hiervon abwichen. Der Entwurf, der das bestehende Umweltrecht vereinheitlichen und vereinfachen wollte, barg jedoch die Gefahr weiterer Rechtszersplitterung und größerer Unübersichtlichkeit. Der Rechtsanwender sollte – teilweise neue – Genehmigungsvoraussetzungen auch im UGB I finden. Der Versuch des BMU, die Realisierung des UGB I gegen die politischen Widerstände durch Verknüpfung mit der dringlichen Umsetzung von

---

<sup>32</sup> Vgl. *Stelkens/Schmitz* (o. Fußn. 3), § 9 Rn. 162 ff.

<sup>33</sup> Die Entwürfe wurden erstellt auf der Basis des Entwurfs einer Unabhängigen Sachverständigenkommission zum UGB beim BMU, veröffentlicht als *BMU* (Hrsg.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE)*, 1998; hierzu *Storm NVwZ* 1999, 35. S. auch *Stelkens* (o. Fußn. 3), Einl Rn. 22.

UVP-Änderungs-<sup>34</sup> und IVU-Richtlinie<sup>35</sup> zu fördern, scheiterte mit der Folge einer nun verspäteten Richtlinienumsetzung.<sup>36</sup> Die Konzeption einer integrierten Vorhabengenehmigung im UGB I war vor allem wegen Überschreitung der Bundeskompetenz verfassungsrechtlich nicht vertretbar.<sup>37</sup> Nun sollen die Richtlinien durch ein Artikelgesetz rasch umgesetzt und das UGB I erst nach einer anzustrebenden Verfassungsänderung weiter verfolgt werden.<sup>38</sup> Ob das Vorhaben einer Verfassungsänderung mit Kompetenzverlagerung zu Lasten der Länder Erfolg haben wird, ist schon fraglich. Zweifelhaft erscheint aber auch, ob die Errichtung einer verwaltungsverfahrensrechtlichen „4. Säule“, die das UGB I nach seiner bisherigen Konzeption darstellen würde, wirklich erforderlich ist.<sup>39</sup> Die Innenministerkonferenz hat 1998 hierzu eine Stellungnahme abgegeben, in der es heißt:<sup>40</sup>

„Die Innenministerkonferenz begrüßt die Zielsetzung des Umweltgesetzbuches, das geltende Recht für die Zulassung umweltrelevanter Vorhaben zu vereinheitlichen und zu vereinfachen.

Die Arbeitsentwürfe wurden diesem Ziel allerdings nicht gerecht. Sie bewirken keine Verringerung des Normenbestandes. Vielmehr tragen sie noch mehr zur Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des Umweltrechts bei, indem sie zwar Teilbereiche aus bestehenden Gesetzen und Verordnungen herauslösen und zusammenfassen, die betroffenen Gesetze und Verordnungen jedoch mit zwei Ausnahmen (4. und 9. BImSchV) mit dem Restbestand an Normen (insbesondere BImSchG, KrW-/AbfG, WHG) oder in geänderter Form (UVPG) bestehen lassen.

Die umfassenden Verfahrensregelungen im UGB I stellen sich weitgehend als „4. Säule“ neben den drei Verfahrensordnungen Verwaltungsverfahrensgesetz, Sozialgesetzbuch X und Abgabenordnung dar. Das Verfahrensrecht wird dadurch nicht einfacher, sondern schwieriger. Hinzu kommt, daß die Arbeitsentwürfe erhebliche Abweichungen vom Verwaltungsverfahrensgesetz vorsahen, während die bisherigen „3 Säulen“ (Verwaltungsverfahrensgesetz, Sozialgesetzbuch X und Abgabenordnung) im wesentlichen wortgleich sind. Unklar ist, warum bei den §§ V 6 ff. nicht ein Verweis auf die einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausreicht. Besonders kritisch ist die Frage zu prüfen, ob es wirklich erforderlich ist, neue Verfahrenstypen einzuführen, die zu den bestehenden Verfahrenstypen des Verwaltungsverfahrensgesetzes hinzutreten sollen. Dies gilt

---

<sup>34</sup> Richtlinie 97/11 EG des Rates v. 3.3.1997 zur Änderung der Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABIEG Nr. L 73 S. 5).

<sup>35</sup> Richtlinie 96/61/EG des Rates v. 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (ABIEG Nr. L 257 S. 26).

<sup>36</sup> Vgl. *Wasielewski* NVwZ 2000, 15, insb. 19 ff. zur Sachbehandlung durch das BMU.

<sup>37</sup> Vgl. *Wasielewski* NVwZ 2000, 15, 19.

<sup>38</sup> Beschluß des *Bundeskabinetts* vom 1.9.1999.

<sup>39</sup> Vgl. *Schmitz* NJW 1998, 2866, 2870 f.; dagegen *Sendler* NVwZ 1999, 132.

für die „gebundene Vorhabengenehmigung“ und vor allem für die „planerische Vorhabengenehmigung“; letztere droht zu einer Zersplitterung des für die Planung maßgebenden Rechts zu führen.

Eine nahezu abschließende verfahrensrechtliche Regelung im Umweltgesetzbuch würde dem seit Jahrzehnten von den Ländern verfolgten rechtspolitischen Kurs, die Landeskompetenz im Bereich des Verfahrensrechts zu erhalten, widersprechen.

Daher wird gefordert, daß ein neues Umweltgesetzbuch den Vorrang der Verwaltungsverfahrensgesetze akzeptiert. (...)

Nur der Vorrang der Verwaltungsverfahrensgesetze wird der Forderung nach Vereinfachung und Beschleunigung von Verwaltungsverfahren gerecht und vermeidet überflüssige Normen.“

In dieselbe Richtung zielt ein Beschluß der früheren Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes, in dem es heißt:<sup>41</sup>

„Die Unabhängige Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes (...) hat an die zuständigen Stellen appelliert, neues Sonderverfahrensrecht in Zukunft zu vermeiden und bestehendes zu reduzieren. Weiterhin hat die Unabhängige Kommission der Bundesregierung empfohlen, eine Reform des Verwaltungsverfahrenrechts mit dem Ziel in Angriff zu nehmen, den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrenrechts wieder eine möglichst breite Anwendung zu verschaffen. (...) Aus dem gleichen Grund sollte auch vermieden werden, neben den bereits bestehenden „Drei Säulen“ des Verwaltungsverfahrenrechts (VwVfG, SGB X, AO) weitere zu etablieren. Die Unabhängige Kommission wertet die Einsetzung des Beirates „Verwaltungsverfahrenrecht“ als Chance, hierbei gegenteiligen Entwicklungen gegenzusteuern.“

Um dem Ziel, das Verwaltungsverfahrenrecht möglichst übersichtlich und einheitlich zu gestalten, näher zu kommen, ist auch zu überlegen, ob sich die verfahrensrechtlichen Anliegen des UGB I nicht in die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder integrieren lassen.<sup>42</sup> Nicht zuletzt könnten auf diesem Wege die kompetenzrechtlichen Probleme, die mit der bundesrechtlichen Regelung von durch Landesbehörden auszuführende Verfahren verbunden sind, vermieden werden.

---

<sup>40</sup> 153. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 20.11.1998 in Bonn, Beschluß zu TOP 12.

<sup>41</sup> 61. Sitzung der Unabhängigen Kommission für Rechts- und Verwaltungsvereinfachung des Bundes am 15.6.1998, Beschluß zu TOP 1: Überprüfung von Sonderverwaltungsverfahrenrecht. S. auch *Stelkens* (o. Fußn. 3), Einl Rn. 84.

<sup>42</sup> Vgl. *Schmitz/Olbertz* NVwZ 1999, 126, 131; allg. zur Gefahr der Zersplitterung des Verwaltungsverfahrenrechts *Schmitz/Wessendorf* NVwZ 1996, 955, 961 f.

## VI. Schriftform in der digitalen Welt

Das BMJ hat einen Vor-Entwurf zur Änderung der BGB-Regelungen zur Schriftform erarbeitet. Die §§ 126 bis 127 BGB sollen um Regelungen erweitert werden, die neben die herkömmliche Schriftform die elektronische Form verbunden mit einer digitalen Signatur nach den Vorschriften des Signaturgesetzes stellen (§ 126a BGB-E). Außerdem soll mit der Textform (§ 126b BGB-E) das Modell einer einfachen digitalen Form ohne elektronische Signatur eingeführt werden.<sup>43</sup>

### 1. *Digitale Form im öffentlichen Recht*

Es stellt sich hier die Frage nach den Auswirkungen auf das Verwaltungsverfahrenrecht. Es wird die Auffassung vertreten, daß die geplanten Änderungen des BGB wenn nicht unmittelbar rechtliche Wirkungen auf das Verwaltungsverfahren entfalten, so jedenfalls vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Nichtförmlichkeit des Verfahrens einen faktischen Zwang zur Anerkennung und Entgegennahme digitaler Erklärungen bei den Behörden erzeugen. Daran anknüpfend wird die Befürchtung geäußert, daß die elektronische Form auf absehbare Zeit vor allem kleinere Verwaltungen überfordern und dort zu enormen Erschwernissen führen würde.<sup>44</sup> Empfohlen wird deshalb eine spezielle Norm im VwVfG, die für die elektronische Form im Verwaltungsrecht eine ausdrückliche Zulassung durch die Behörde vorsieht und dieser ausdrücklich gestattet, die technischen Rahmenbedingungen (z.B. das Textformat) vorzugeben.<sup>45</sup>

### 2. *Handlungsbedarf*

Für den Bereich des öffentlichen Rechts hat das BMI eine Bestandsaufnahme aller Rechtsvorschriften, die die Schriftform verlangen, durchgeführt. Die Verwaltungsverfahrensreferenten des Bundes und der Länder werden sich ebenso wie eine Arbeitsgruppe des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht noch in diesem Monat (Juni 2000) mit diesem Thema befassen. Ziel ist, moderne Kommunikationsformen auch im Verkehr Bürger – Staat zu ermöglichen, dabei aber weder den Bürger noch die Behörden technisch zu überfordern. Ich denke, daß in

---

<sup>43</sup> Eine frühere Fassung dieses Entwurfs ist abgedruckt bei *Stelkens/Schmitz* (o. Fußn. 3), § 22 Rn. 33.

<sup>44</sup> *Rosenbach NWVBI* 2000, 161, 163.

<sup>45</sup> *Rosenbach NWVBI* 2000, 161, 165.

Kürze konkrete Vorschläge erarbeitet und nach Beteiligung von Verbänden – nicht zuletzt der Anwaltschaft – dem Gesetzgeber vorgelegt werden können.