

Formelle Einbußen beim Rechtsschutz durch „vereinfachte Verfahren“

Verwaltungsrecht im Wandel – weniger Streitkultur?^{*}

Prof. Dr. Veith Mehde, Mag.rer.publ., Hannover

Die Vereinfachung von Verwaltungsverfahren verspricht Gewinne für alle Beteiligten: Die durch Genehmigungsverfahren belasteten Grundrechtsträger oder Anspruchsberechtigten kommen schneller zu ihrem Recht, es entstehen keine unnötigen „bürokratischen“ Zusatzkosten, und die Verwaltung kann den materiellen Regelungsinteressen auch bei der begleitenden oder nachträglichen Überwachung Rechnung tragen. Dieses Bild erweist sich allerdings in verschiedenen Punkten als unterkomplex. Der Autor plädiert für einen nüchternen Blick auf verschiedene Arten von Vereinfachungen auch und gerade hinsichtlich der Auswirkungen auf den Rechtsschutz.

I. Einleitung

Verwaltungen sollen ihre Aufgaben in einer Weise erfüllen, die die Betroffenen möglichst wenig belastet, nach der heute gebräuchlichen Terminologie wenig „Bürokratie“ aufbürdet. Diese Forderung an die Arbeit der Verwaltung geht mit einer Veränderung des Begriffsinhalts einher. Hatte Max Weber die „rein bürokratische“ noch als jene Form der Herrschaftsausübung charakterisiert, die die „formal rationalste“ sei, und ausgeführt, man habe „nur die Wahl zwischen ‚Bürokratisierung‘ und ‚Dilettantisierung‘ der Verwaltung“,¹ steht der Begriff heute für alles Lästige oder sogar Schädliche der Verwaltungstätigkeit. Dass „Bürokratieabbau“ gefordert wird, erscheint geradezu selbstverständlich. Gleichzeitig wird damit die Erwartung verbunden, den Staat „verschlanken“ zu können.² Der aus finanzpolitischen Erwägungen wünschenswerte Personalabbau und der Abbau bürokratischer Lasten für die Betroffenen scheinen dieselben Maßnahmen nahe-zulegen.

Für die Rechtspolitik ergibt sich daraus die Forderung, Verwaltungsverfahren möglichst zu vereinfachen. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass sich Verwaltungs- und verwaltungsgerichtliche Verfahren in gewissem Umfang ergänzen³ und somit der Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten auch bestimmte Abstriche bei der Verwaltungstätigkeit erträglich erscheinen lässt. Diese Verklammerung lässt sich zum Beispiel in verschiedenen Heilungsvorschriften ablesen, durch welche die Verwaltung auf Probleme reagieren kann, auf die sie erst im Verlauf des gerichtlichen Verfahrens aufmerksam wird (vgl. etwa § 45 VwVfG, § 114 Satz 2 VwGO). Es kann daher nicht überraschen, dass sich in den vergangenen Jahren immer wieder Initiativen ergeben haben, die dieses Ziel verfolgten und dabei auf die eine oder andere Weise Verfahren vereinfachten wollten.

II. „Vereinfachte“ Verfahren

Für die Verwirklichung des Wunsches nach Vereinfachung von Verwaltungsverfahren haben die Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene unterschiedliche Ansatzpunkte gefunden. Ein besonders bemerkenswerter Ausdruck dieser Entwicklung war zweifellos die völlige Abschaffung zwingender Verfahren durch die Freistellung bestimmter Bauvorhaben von der Genehmigungspflicht. Die Tendenz zur Abschaffung der Verfahren erreichte in den 1990er Jahren – mit Unterschieden in den Detailausprägungen – alle Bundesländer.⁴ Das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁵ wurde damit als mit Blick auf die Regelungsziele nicht erforderlich und gewissermaßen für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung schädlich ausgemacht. Vergleichbare Diskussionen gab es im Zusammenhang mit dem europäischen Kartellrecht. Ein aktuelles Beispiel betrifft das Gaststättenrecht, das seit der Föderalismusreform II in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist. Die Länder haben dies zum Teil genutzt, um die Genehmigungspflicht abzuschaffen.⁶

Einen anderen Ansatzpunkt verfolgt die Regelungstechnik, bei der zwar an dem Genehmigungserfordernis festgehalten wird, im Fall der Untätigkeit der Behörde aber auf Grund bloßen Zeitablaufs das Vorliegen bestimmter Maßnahmen, insbesondere einer Genehmigung, angenommen wird. Es handelt sich also um eine gesetzlich angeordnete Fiktion. Auch hier ist das Baurecht ein zentraler Gegenstand solcher Reformüberlegungen⁷. Besonders breit geführt wurde die Diskussion allerdings im Kontext der Umsetzung der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie, in der der Zwang zur Schaffung einer solchen Fiktion in Art. 13 Abs. 4 ausdrücklich vorgesehen ist.⁸ Die Umsetzung in § 42 a VwVfG – also nicht in einem Spezialgesetz – macht deutlich, dass der Gesetzgeber hier eine Regelungstechnik nicht auf den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie beschränkt sehen, sondern eine generelle Öffnung für diese Option schaffen wollte.⁹

Vergleichbare Diskussionen wie beim Ausgangsverfahren haben sich beim Widerspruchsverfahren ergeben. Auch wenn dieses, wie schon der in der VwGO verwendete Begriff „Vorverfahren“ deutlich macht, eigentlich als Möglichkeit der

^{*} Der Beitrag beruht auf einem Vortrag in der Veranstaltung der Arbeitsgemeinschaft Verwaltungsrecht (Landesgruppe Bayern) des Deutschen Anwaltvereins am 11. Juni 2015 auf dem 66. Deutschen Anwaltstag in Hamburg. Die Fachveranstaltung griff das Motto des Anwaltstags „Streitkultur im Wandel – weniger Recht?“ auf und stand unter dem Titel „Verwaltungsrecht im Wandel – weniger Streitkultur? Ein Plädoyer gegen formelle, materielle und prozessuale Rechtsschutzeinbußen“.

1 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Lizenzausgabe 2005, S. 164.

2 Der Zusammenhang zwischen „Verschlankung“ und „Bürokratieabbau“ finden sich besonders deutlich im Zusammenhang mit der Arbeit der *Sachverständigenkommission Schlanker Staat*; vgl. dazu deren Abschlussbericht, 1997, S. 9 ff.

3 Allgemein zum Verhältnis von Verfahrens- und Prozessrecht: *Jochum*, *Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht*, 2004.

4 Vgl. etwa *Degenhart*, NJW 1996, 1433 ff.; *Jäde*, NVwZ 2001, 982 ff.; *Orloff/Rapp*, NJW 1996, 2346 f.

5 Zum Begriffsinhalt vgl. *Bull/Mehde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 9. Aufl., 2015, Rn. 712; *Masing*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Aufl., 2012, § 7, Rn. 167.

6 Siehe den Überblick bei *Glaser*, *GewArch* 2013, 1 (2).

7 Vgl. §§ 22 Abs. 5 Satz 4; 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB.

8 Vgl. *Cornils*, in: *Schlachter/Ohler* (Hrsg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie*, 2008, Art. 13, Rn. 19 ff.; für *Cornils* „zielt“ die Fiktion „auf Verfahrensbeschleunigung, auch auf Disziplinierung der Behörde“ (aaO, Rn. 24).

9 *U. Stelkens*, in: *P. Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 8. Aufl., 2014, § 42 a, Rn. 1 f.; *Ziekow*, *VwVfG*, 3. Aufl., 2013, § 42, Rn. 1 f.

Rechtsschutzgewährleistung konzipiert ist, so fand es sich in der rechtspolitischen Diskussion häufig gerade als Behinderung jedenfalls der zügigen Rechtsdurchsetzung diskreditiert. Die seinerzeitige nordrhein-westfälische Landesregierung warb für die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens mit dem Hinweis, man komme „nun schneller zu“ seinem Recht – das Widerspruchsverfahren wurde also nicht mehr als Teil eines im Sinne des Betroffenen bestehenden, sondern gerade als Hindernis im Rahmen eines Rechtsschutzkonzepts interpretiert.¹⁰ In Niedersachsen ist die weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens auch nach dem Wechsel der Landesregierung beibehalten und die Regelungen in das Ende 2014 verabschiedete Niedersächsische Justizgesetz in § 80 übernommen worden. Der Bundesgesetzgeber hat in § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO den Ländern die Möglichkeit eingeräumt, das Widerspruchsverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gänzlich abzuschaffen. Davon haben einige Gebrauch gemacht.¹¹

Zu erwähnen ist schließlich auch die „Vereinfachung“, die dadurch erfolgt, dass der nach § 80 Abs. 1 VwGO eigentlich eintretende Suspensiveffekt von Widerspruch und Anfechtungsklage abgeschafft wird. Sichtbarer Ausdruck der rechtspolitischen Herangehensweise ist die Benennung des gesetzgeberischen Ziels in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO, in der der Suspensiveffekt ganz offensichtlich als Problem bei der Verwirklichung der dort genannten positiven Ziele identifiziert wird.¹² Die Formulierung ist schon deswegen befremdlich, weil sie irrtümlich als Einschränkung der den Landesgesetzgebern zur Verfügung stehenden Spielräume verstanden werden könnte, obwohl es diesen eigentlich freisteht, den Suspensiveffekt aus von ihnen selbst zu bestimmenden Gründen abzuschaffen.¹³

III. Rechtsschutz

Die genannten Vereinfachungen haben zu verschiedenen Modifikationen des Regelungszusammenhangs geführt. Dies ist prima facie schon deswegen rechtsschutzrelevant, weil die Dogmatik zu Art. 19 Abs. 4 GG an die einfachgesetzliche Ausgangslage anknüpft: „Rechtsschutz ist eine staatliche Leistung, deren Voraussetzungen erst geschaffen, deren Art näher bestimmt und deren Umfang im Einzelnen in den jeweiligen Verfahrensordnungen festgelegt werden müssen“¹⁴. Der so mit Spielräumen ausgestattete Gesetzgeber sieht sich vor allem mit der Anforderung konfrontiert, einen hinreichend effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁵ Das bedeutet natürlich nicht, dass sich aus Art. 19 Abs. 4 GG eine Verpflichtung ergeben würde, etwa ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt einzuführen oder ein Widerspruchsverfahren vorzusehen. Die Diskussion über rechtsschutzrelevante Auswirkungen der hier beschriebenen Tendenzen wäre aber unvollständig, wenn man nur die Anforderungen zugrunde legte, die vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 19 Abs. 4 GG hergeleitet werden.

Die Verknüpfung zum einfachen Recht öffnet den Blick auch für einen anderen Zusammenhang: Durch Veränderungen des Verhältnisses von präventiven und repressiven Überwachungen ergibt sich auch eine Modifikation in der Ausgangslage für die Einräumung von Rechtsschutz. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass in den genannten Bereichen durchaus nicht nur zweipolige

Rechtsverhältnisse für die Praxis prägend sind: Wo es kein Verwaltungsverfahren gibt, in dem Rechte Dritter zu berücksichtigen sind, können diese auch nicht in dieses eingebracht und auch nicht im Rahmen von Widerspruch und Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Rechtsschutz gegen die Verwaltung ist nur denkbar, wenn diese überhaupt ein (potenzieller) Klagegegner ist.

Als rechtsschutzrelevant im weiteren Sinne lassen sich verschiedene Aspekte kennzeichnen, die nicht primär im Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 GG zu verorten sind. So ist etwa der Schutz vor Rechtsunsicherheit typischerweise Gegenstand der jeweiligen materiellen Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips,¹⁶ ist die freie Ausübung von subjektiven Rechten doch ganz wesentlich davon abhängig, dass man sich auf ihr dauerhaftes Bestehen verlassen kann und man vor Eingriffen in dieselben effektiv geschützt wird. Dies verdeutlicht etwa das Beispiel der Nutzung des Privateigentums: Ist die fortdauernde Nutzungsmöglichkeit in Zweifel, so stellt dies ein Hindernis bei der selbstbestimmten und interessenberechtigten Verwendung dar.¹⁷ Dies gilt im Übrigen auch und gerade mit Blick auf die in § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO genannten Ziele.

IV. Rechtspolitische Hintergründe

Die rechtspolitischen Hintergründe für die dargestellten Vereinfachungsbemühungen sind, wie schon angesprochen, typischerweise die Reduzierung bürokratischer Lasten für die Bürger und Unternehmen, aber eben auch für die Verwaltung selbst. So gab es in Nordrhein-Westfalen im Jahr 2007 zwei Gesetze, die ausdrücklich als „Bürokratieabbaugesetze“ bezeichnet wurden.¹⁸ Ein wichtiger Aspekt des ersten war die partielle Abschaffung des Widerspruchsverfahrens.¹⁹ Auf Bundesebene sieht sich der nationale Normenkontrollrat ausdrücklich den Zielen der besseren Rechtsetzung und des Bürokratieabbaus verpflichtet.²⁰ Das Statistische Bundesamt veröffentlicht einen regelmäßig aktualisierten „Bürokratiekostenindex“.²¹ Dabei geht es um die Belastungen von Unternehmen durch verschiedene Arten von Informationspflichten.²² Der Begriff der „Bürokratie“ und damit die Forderung

10 Mehde, VM 2009, 19 (20).

11 Vgl. die Übersicht bei Dolde/Porsch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO § 68, Rn. 14 f. (Stand: Oktober 2014).

12 Kritisch zu der Formulierung etwa Schoch, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, § 80, Rn. 176 (Stand: September 2011).

13 Ebd., Rn. 177 f.

14 BVerfGE 118, 168 (207).

15 Vgl. etwa Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 3. Aufl., 2013, Art. 19 IV, Rn. 80 f.

16 Vgl. z. B. BVerfGE 132, 302 (317, Rn. 41); 133, 143 (157 f., Rn. 40 f.).

17 Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 3. Aufl., 2013, Art. 14, Rn. 148.

18 Vom 13.3.2007, GVBl. NRW 133 sowie vom 9.10.2007, GVBl. 303.

19 Durch Art. 1 des Gesetzes vom 9.10.2007, GVBl. NRW 303.

20 http://www.normenkontrollrat.bund.de/Webs/NKR/DE/Startseite/startseite_node.html (zitierte Internet-Quellen zuletzt besucht am 27.8.2015).

21 <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/Buerokratiekosten/Ergebnisse/Buerokratiekostenindex/Buerokratiekostenindex.html>.

22 Ebd.

nach ihrem Abbau scheint demnach – trotz der oben angesprochenen positiven Verankerung in der Weberschen Bürokratietheorie²³ – in der rechtspolitischen Diskussion nicht mehr umstritten.²⁴ Bei der obergerichtlichen Auslegung von Ermächtigungsgrundlagen, die der Bauaufsicht zur Verfügung stehen, ist gerade das Ziel der Entlastung der Verwaltung auch im Kontext der Zurückdrängung des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt im Baurecht unverändert von Bedeutung.²⁵

Hinzu kommt der Aspekt der Beschleunigung. Die Dauer von Verfahren, die zu einer Verzögerung und möglicherweise im Ergebnis sogar zu einer Verhinderung von Investitionen führt, ist insbesondere in den 1990er Jahren bestimmend für die rechtspolitischen Diskussionen gewesen,²⁶ und auch später hat dieses Bedenken seine Wirkungen nicht verloren. Seither ist die Zahl der Gesetze, die ausdrücklich der Beschleunigung staatlicher Aktivitäten dienen sollen, geradezu unübersehbar. Ausdrücklich das hier behandelte Thema betraf das „Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz“²⁷. Gemeinsam mit dem Verkehrsweegeplanungsbeschleunigungsgesetz²⁸ und dem Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz²⁹ kann es zu den Verfahrenserleichterungen im Kontext der Bewältigung der Deutschen Einheit gezählt werden. Später folgten – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – das Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz³⁰, das ÖPP-Beschleunigungsgesetz³¹, das Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz³² und das Wachstumsbeschleunigungsgesetz³³. Schon die Titel der Gesetze geben einen Eindruck davon, dass es im Allgemeinen um die Durchführung von Investitionen und damit letztlich um die Vergrößerung wirtschaftlicher Dynamik ging. Dies ist vor dem Hintergrund der diesbezüglichen Probleme Mitte der 1990er Jahre durchaus nachvollziehbar.

V. Genehmigungsfreiheit oder präventives Verbot?

Das Ersetzen des präventiven Verbots durch eine ausschließlich ex post wirkende Kontrolle bringt eine Reihe von Folgen mit sich. Grundsätzlich ermöglicht die Abschaffung des präventiven Verbots die Ausübung von Rechten ohne vorherige Genehmigung. Für diesen Fall gilt daher ganz besonders die Vermutung der Beschleunigungswirkung: Durch den Verzicht auf ein Verwaltungsverfahren kann ohne zeitliche Verzögerung ein Recht ausgeübt werden.³⁴

1. Rechtsschutzrelevanz der Abschaffung des präventiven Verbots

Die Probleme werden offensichtlich, wenn man, wie oben vorgeschlagen, für die rechtspolitische Beurteilung einen weiten Begriff der Rechtsschutzrelevanz zugrunde legt und dabei insbesondere auch die Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und der Effektivität der Verwirklichung von Rechten berücksichtigt. Ohne die Legalisierungswirkung des Verwaltungsakts geht der Betroffene, der bei Fortbestehen des präventiven Verbots Adressat des Verwaltungsakts wäre, also etwa der Bauherr oder ein Gastwirt, ein erhebliches Risiko ein, weil er ökonomisch relevante Entscheidungen treffen muss, ohne eine konkret-individuelle Information über die Rechtmäßigkeit zu erlangen.³⁵ Statt der konkret-individuellen Regelung durch Verwaltungsakt verbleibt es bei der abstrakt-generellen aus dem Gesetz, was notwendigerweise Unsicherheiten hinsichtlich der Anwendung im Einzelfall mit sich bringt. Gerade der Verweis auf mögliche zivilrechtliche Ver-

fahren (dazu sogleich) macht deutlich, dass Informationen über die Sicherheit von Investitionen erst zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt zur Verfügung stehen.³⁶

Eine Entlastung der Verwaltung ist jedenfalls dann alles andere als selbstverständlich, wenn man die fortbestehende Überwachungspflicht der Behörde in die Betrachtung einbezieht.³⁷ Die Beschleunigung dürfte nur eintreten, falls sich der Bauherr von dem bei ihm beziehungsweise seinem Architekten oder Entwurfsverfasser verorteten „Risiko rechtmäßigen Bauens“³⁸ nicht abschrecken lässt. In Anbetracht dieser Überlegungen muss man im Übrigen feststellen, dass dem rechtspolitischen Ziel der Beschleunigung das Bild eines schwerfälligen und vor allem langwierigen Verwaltungsverfahrens zugrunde zu liegen scheint. Vergleicht man den Zustand ohne präventives Verbot demgegenüber mit einem, in dem Verwaltungsverfahren effizient und zügig durchgeführt werden, so ist keinesfalls gesagt, dass die rechtspolitische Entscheidung tatsächlich zugunsten der völligen Genehmigungsfreiheit ausfallen würde.

2. Subjektiv-rechtliche Relevanz für Dritte

Es liegt auf der Hand, dass sich insbesondere für Dritte, deren Rechte ansonsten im Verfahren zu berücksichtigen wären, die Situation durch die Abschaffung präventiver Verbote verschlechtert. Das ist in gewissem Umfang gewollt. Wenn die ein Bauvorhaben planenden Personen diejenigen sind, die für Investitionen sorgen, die möglichst zügig verwirklicht werden sollen, handelt es sich bei den Rechtsschutz suchenden Dritten gewissermaßen per definitionem um diejenigen, die eben dies verhindern oder jedenfalls verzögern. Insofern ist es wohl auch kein Zufall, dass die oben genannten Bereiche gerade Konstellationen betreffen, in denen Drittschutz vor den Verwaltungsgerichten eine realistische Option ist.

23 Man mag anfügen: und trotz einiger abgewogen-kritischer Stimmen in der Literatur; vgl. etwa Bull, Die Verwaltung 38 (2005), 285 ff.; Dose, dms 1/2008, 99 ff.; Jann/Wegerich, dms 1/2008, 49 ff.

24 Zum Thema „Bürokratieabbau – Richtige Ansätze unter falscher Flagge“: Bull, Die Verwaltung 38 (2005), 285 ff.

25 So etwa OVG Lüneburg, NdsVBl. 2014, 258 (259) zur Frage des nachbarlichen Anspruchs auf Einschreiten: „Maßgeblicher Beweggrund (für die Abschaffung des Genehmigungserfordernisses, d. Verf.) war (...) das Bestreben, die Bauaufsichtsbehörden zu entlasten (...). Dieser Zweck würde verfehlt, wenn die Bauaufsichtsbehörden repressiv dann doch zum Einschreiten verpflichtet wären“. Hinsichtlich des Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetzes (vgl. Fn. 26) gab es seitens der Bundesregierung demgegenüber nicht uneingeschränkt die Erwartung einer Entlastung der Verwaltung, weil gleichzeitig eine Zunahme des Aufwands durch die Auskunfts- und Beratungspflichten erwartet wurde (BR-Drs. 29/96, S. 2).

26 Vgl. etwa die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetzes vom 19.1.1996, BR-Drs. 29/96, S. 1: „Eine substantielle Beschleunigung der Genehmigungsverfahren wird die Attraktivität des Standorts Deutschland für Investitionen (...) erhöhen können“; vgl. auch die Aussage von Schoch (in: ders./Schneider/Bier [Hrsg.], VwGO, § 80, Rn. 176 [Stand: September 2011]) zur Öffnungsklausel des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO, sie stehe „im Dienst des ‚Standorts Deutschland‘“; zur Beschleunigungsdiskussion auch Mehde, in: Hill/Sommermann/Stelkens/Ziekow (Hrsg.), 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – Bilanz und Perspektiven, 2011, S. 313 (322 f.).

27 Vom 12.9.1996, BGBl. I 1354.

28 Vom 16.12.1991, BGBl. I 2174.

29 Vom 20.12.1993, BGBl. I 2182.

30 Vom 30.3.2000, BGBl. I 333.

31 Vom 1.9.2005, BGBl. I 2676.

32 Vom 17.10.2008, BGBl. 1982.

33 Vom 22.12.2009, BGBl. I 3950.

34 Vgl. Orloff/Rapp, NJW 1996, 2346.

35 In diesem Sinne auch Seidel, NVwZ 2004, 139.

36 Vgl. dazu OVG Lüneburg, NdsVBl. 2014, 258 (259).

37 Vgl. Mehde/Hansen, NVwZ 2010, 14 (16).

38 Orloff, NVwZ 1995, 112 (118).

Gerade für den Bereich des Baurechts ist die Dogmatik des Drittschutzes besonders ausdifferenziert, bis hin zu einer detaillierten Einzelfallprüfung durch die Verwaltungsgerichte am Maßstab des Gebots der Rücksichtnahme.³⁹ Auch gegen Gaststättenerlaubnisse nach dem Gaststättengesetz des Bundes ist beziehungsweise war Drittschutz unter Berufung auf § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GastG („schädliche Umwelteinwirkungen“) möglich.⁴⁰

Unabhängig von der Frage der formalen Rechtsposition ist der Verlust an Transparenz hervorzuheben. Im Baunachbarrecht gibt es schon aufgrund der Regelungen zum Fristbeginn (§§ 58, 70, 74 VwGO) ein Interesse des Bauherrn wie auch der Verwaltung an einer formalisierten Information des Nachbarn durch Bekanntgabe bzw. Zustellung. Dabei wird das Ausmaß der jeweiligen Legalisierungswirkung mit Blick auf das konkrete Vorhaben sehr deutlich. Transparenzbezogene Bedenken hinsichtlich der Position des Dritten sind auch bei der Umstellung des Europäischen Wettbewerbsrechts geltend gemacht worden.⁴¹

3. Rechtsschutzrelevante Maßstabsverlagerungen

Die Maßstabsverlagerung betrifft zunächst die Art des Rechtsschutzes. Im vorläufigen Rechtsschutz scheidet mangels Vorliegens eines Verwaltungsakts ein Vorgehen nach § 80 Abs. 1, 5 VwGO von vornherein aus. Aber auch ein Antrag nach § 123 VwGO dürfte in aller Regel ins Leere gehen, wenn die Verwaltung in keiner Weise zu Tätigkeiten aufgefordert ist, sondern grundsätzlich lediglich die entsprechende Bau- oder Gaststättentätigkeit geschehen lassen muss. Ein Ansatzpunkt ist natürlich das Ordnungsrecht, das für Kompensationen grundsätzlich zur Verfügung steht (dazu sogleich) und das auch durch Verfahren nach § 123 VwGO zur Geltung gebracht werden kann.⁴² Inwiefern der zivilrechtliche Rechtsschutz als funktional äquivalent angesehen werden kann, ist demgegenüber sehr zweifelhaft. Dabei stehen im Grundsatz durchaus zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen zur Verfügung, die ebenfalls den Nachbarnschutz gewährleisten.⁴³ Insofern besteht durchaus die Möglichkeit, materiell mehr oder weniger identische Anforderungen zu entwickeln.⁴⁴ Gleichwohl dürfte der Wegfall der Amtsermittlung und die Tatsache, dass nicht mehr die hochspezialisierte Bauverwaltung als Klagegegner zur Sachverhaltsaufklärung beitragen kann, zu in der Praxis höchst bedeutsamen Verschiebungen führen.⁴⁵ Beim Eilrechtsschutz kommt es zudem bei der Anwendung des § 945 ZPO zu sehr relevanten Unterschieden.⁴⁶

4. Kompensationsmöglichkeiten

Da sich die materiellen Maßstäbe für die jeweilige Tätigkeit nicht ändern, liegt es nahe, von einer Kompensation durch die ex post-Kontrolle – also etwa die Bauaufsicht – auszugehen. Der Bauaufsicht steht schließlich die Möglichkeit zur Verfügung, durch Bauordnungsverfügungen für rechtmäßige Zustände zu sorgen. Aus Sicht des Dritten kann aber nur dann von einer auch mit Blick auf den Rechtsschutz funktionalen Äquivalenz gesprochen werden, wenn ihm ein Anspruch auf Einschreiten der Aufsichtsbehörde eingeräumt wird.⁴⁷ Nach den Bauordnungen der Länder steht der Erlass entsprechender Verfügungen im Ermessen der Behörde. Inwieweit dieses vor dem Hintergrund der Abschaffung des präventiven Verbots als eingeschränkt angesehen und insofern ein subjektives Recht des Nachbarn angenommen werden muss,⁴⁸ ist in der Rechtsprechung trotz entsprechender

Überlegungen in der Literatur aus dem Kontext der Debatte aber nach wie vor nicht geklärt.⁴⁹ Ein klares Bekenntnis der Verwaltungsgerichte würde hier manche Bedenken beseitigen,⁵⁰ umgekehrt aber natürlich erst recht die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines Kontrollregimes aufwerfen, bei dem möglicherweise Werte schnell geschaffen, diese umgekehrt aber ebenfalls sehr schnell wieder zerstört werden können.

Die Möglichkeit der freiwilligen Inanspruchnahme vereinfachter Verfahren mit eingeschränktem Prüfungsumfang verbessert sowohl die Rechtssicherheit⁵¹ wie auch die Position des Dritten⁵² nur in dem Umfang, in dem Vorschriften nach wie vor im Vorfeld einer in dieser Weise beschränkten Genehmigung zu prüfen sind.

VI. Genehmigungsfiktion als Sanktionsmechanismus

Das Eintreten einer automatischen Wirkung für den Fall des Nichthandelns der Behörde ist kein neuer Gedanke. Auch das Prozessrecht sieht die Untätigkeitsklage vor (§ 75 VwGO). Die Genehmigungsfiktion ist allerdings ein noch weiter gehendes Instrument, das alle hier identifizierten Probleme aufweist: Es fehlt an einer entsprechenden Rechtssicherheit, da der Verwaltung natürlich mindestens die Möglichkeit der Rücknahme erhalten bleiben muss, und die Belange Dritter können in einem solchen Verfahren gerade nicht berücksichtigt werden. Dies kann sich wiederum auch auf die Zügigkeit der Ausführung der jeweiligen Maßnahme auswirken.

VII. Das Widerspruchsverfahren als Rechtsschutzhindernis

Auch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens scheint vordergründig gleichermaßen der Beschleunigung und dem Abbau unnötiger Bürokratie zu dienen. In der Tat mag es durchaus hinreichende Kompensationsmöglichkeiten geben, zu denen die Verwaltungen greifen können, um eine möglicherweise unwillkommene Einschränkung des Rechtsschut-

39 Siehe etwa *Mann*, in: Hartmann/Mann/Mehde, Landesrecht Niedersachsen, 2015, § 5, Rn. 158 ff.; *Otto*, ZfBR 2012, 15 (17 ff.).

40 *Schönleiter*, Gaststättengesetz, 2012, § 4, Rn. 6; VGH Kassel, NVwZ 1991, 278 f.; OVG Münster, BeckRS 1992, 09951; vgl. auch VGH München, NVwZ-RR 2014, 955 (956); VG München, BeckRS 2014, 54645.

41 Vgl. *Wolff/Hailbronner/Nettesheim/Krenzler/Herrmann*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EL 26 (März 2005), Vorbemerkung zur VO 1/2003/EG, Rn. 47 f.

42 Vgl. etwa VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 166.

43 Vgl. dazu etwa *Seidel*, NVwZ 2004, 139 (142 ff.).

44 Vgl. *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 6. Aufl., 2013, § 906, Rn. 31 ff.

45 Vgl. aber OVG Lüneburg, NdsVBl. 2014, 258 (259).

46 Dazu *Degenhart*, NJW 1996, 1433 (1437); *Mehde/Hansen*, NVwZ 2010, 14 (18); *Seidel*, NVwZ 2004, 139 (144).

47 VG Gießen, NVwZ-RR 2005, 166.

48 Ausdrücklich in diesem Sinne: VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 490 (491): „An diesen relativ hohen Anforderungen für eine Pflicht zum Einschreiten kann jedoch für das Verfahren nach der Baufreistellungsverordnung nicht uneingeschränkt festgehalten werden“; vgl. auch VGH Mannheim, NJOZ 2007, 5888 (5889).

49 Zur Bilanz mit Blick auf den Kompensationsgedanken vgl. *Mehde/Hansen*, NVwZ 2010, 14 ff.; Überblick über die Rechtsprechung bei *Otto*, ZfBR 2012, 15 (16).

50 Vgl. dazu die Überlegungen bei VGH Mannheim, NVwZ-RR 1995, 490 (491).

51 Vgl. *Seidel*, NVwZ 2004, 139; siehe aber die Betonung der positiven Wirkungen für den Bauherrn bei OVG Lüneburg, NdsVBl. 2014, 258 (259).

52 *Otto*, ZfBR 2012, 15; *Seidel*, NVwZ 2004, 139 (141).

zes erträglich erscheinen zu lassen.⁵³ Auch lässt sich nicht bestreiten, dass eine abschließende gerichtliche Entscheidung natürlich auf diese Weise schneller erreicht werden kann, da ein zwingender Verfahrensschritt wegfällt. Nicht übersehen werden darf aber, dass auch im Widerspruchsverfahren die Position von betroffenen Dritten besonders aufgegriffen wird. Gemäß § 50 VwVfG gelten die insbesondere das Vertrauen der Adressaten von Verwaltungsakten schützenden Einschränkungen der Rücknehmbarkeit und des Widerrufs von Verwaltungsakten nicht, „wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch oder der Klage abgeholfen wird“. Durch die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens kann dies allenfalls im Rahmen der Anfechtungsklage Bedeutung erlangen.

VIII. Aufschiebende Wirkung

Der Wegfall des Suspensiveffekts von Widerspruch und Anfechtungsklage führt zu einer Reihe von rechtsschutzrelevanten Modifikationen der Ausgangslage. Dritte sehen sich möglicherweise vor vollendete Tatsachen gestellt, die Forderung nach einer vollständigen Wiederherstellung des status quo ante wirft notwendigerweise die Frage der Verhältnismäßigkeit auf. Über Investitionsentscheidungen, die trotz Anfechtung umgesetzt werden, schwebt stets das Damoklesschwert der Überprüfung im Widerspruchsverfahren bzw. im Rahmen der Anfechtungsklage. Auf § 50 VwVfG ist auch in diesem Zusammenhang hinzuweisen. Dass vor diesem Hintergrund tatsächlich die Beschleunigungswirkung eintritt, ist alles andere als selbstverständlich.⁵⁴

IX. Fazit

Die verschiedenen hier beschriebenen „Vereinfachungen“ bewirken – allein oder gemeinsam – zahlreiche Verschiebungen, die Bezüge zum System des Rechtsschutzes aufweisen. Auch wenn nicht jede der Veränderungen jede der folgenden Wirkungen mit sich bringt, so ist doch ein Trend unverkennbar: von konkret-individuellen zu abstrakt-generellen Regelungen, von Verfahren nach § 80 Abs. 5 zu solchen nach § 123 VwGO, von der ex ante- zur ex post-Kontrolle sowie aus dem öffentlichen Recht ins Zivilrecht. Eine fundierte Analyse der praktischen Wirkungen bestimmter Entscheidungen bringt demgegenüber die Schwierigkeit mit sich, dass die geschilderten Probleme hinsichtlich der Akteurskonstellationen wie auch der Kausalzusammenhänge sehr komplex sind. Die naheliegende Forderung nach einer wissenschaftlichen Evaluation entsprechender Entscheidungen ist daher keine Garantie für eine belastbare Erkenntnis der rechtsschutzrelevanten Wirkungen.

Die rechtspolitische Diskussion verschiebt sich jedenfalls – weg von der Anerkennung einer erforderlichen Legalisierungswirkung hin zu der Erwartung, ein Kostenrisiko sei weniger problematisch für Investitionsentscheidungen. Nur wenn diese Erwartung zutrifft, ist aber tatsächlich überhaupt

mit einer Beschleunigung zu rechnen. Die eigentlich akzeptierte positive Wirkung von Rechtssicherheit bei der Entscheidung über Investitionen wird dabei nicht mehr mit derselben Wertschätzung versehen. Im Gegenteil erscheinen dies bewirkende Verfahrensschritte tendenziell vor allem als verzögernd. Dabei soll nicht verschwiegen werden, dass bestimmte Entwicklungen in der Praxis und insbesondere bestimmte Zeitabläufe in Verfahren diesen Eindruck begünstigt haben.

Zu wenig scheint in der Diskussion die Dreipoligkeit vieler Rechtsverhältnisse wahrgenommen zu werden. Rechtsschutzbedürftig ist eben nicht nur der jeweilige Adressat von Verwaltungsakten. Der Gedanke, dass man im Rahmen des Ordnungsrechts für eine entsprechende Kompensation sorgen könnte, hat sich jedenfalls noch nicht bei allen Obergerichten durchgesetzt. Die Überzeugungskraft der Kritik an diesen Entwicklungen hängt allerdings ganz wesentlich davon ab, dass Qualität und Zügigkeit der Verwaltungsarbeit keinen Anlass geben, eine Beschleunigung quasi „um jeden Preis“ und Maßnahmen, die auf Disziplinierung zielen, zu fordern.



Prof. Dr. Veith Mehde, Mag.rer.publ., Hannover

Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft an der Juristischen Fakultät, Leibniz Universität Hannover.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.

⁵³ Vgl. dazu *Cancik*, Die Verwaltung 43 (2010), 467 (484 ff.); *Heins*, Die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens, 2010, S. 253 ff.

⁵⁴ So auch *Schoch*, in: ders./Schneider/Bier, VwGO, § 80, Rn. 178 (Stand: September 2011).