

Spiecker Döhmann, Indra

Working Paper

Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2007,20

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Spiecker Döhmann, Indra (2007) : Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2007,20, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/26934>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



**Die informationelle
Inanspruchnahme des
Bürgers im Verwaltungs-
verfahren: Der Amts-
ermittlungsgrundsatz nach
§ 24 VwVfG**

Indra Spiecker gen. Döhmann





Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: Der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG

Indra Spiecker gen. Döhmann

December 2007

Die informationelle Inanspruchnahme des Bürgers im Verwaltungsverfahren: Der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG*

Indra Spiecker gen. Döhmann[†]

A. Ausgangslage und Problem

Verwaltungstätigkeit ist auf externes, d.h. nicht staatlich vorgehaltenes Wissen angewiesen. Der primäre Lieferant dieses externen Wissens ist der Beteiligte an einem Verwaltungsverfahren.¹ Er ist allerdings nach § 24 VwVfG zunächst nur sekundär zur staatlichen Wissensgewinnung berufen. Denn § 24 VwVfG scheint eindeutig: Informationsgewinnung zur Ermittlung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer staatlichen Entscheidung ist Sache der Behörde. Sie bestimmt, was, wie, wie viel und unter Einsatz welcher Ressourcen ermittelt wird. Abgemildert wird dies nur geringfügig durch die Beweismittelvorschrift des § 26 Abs. 2 VwVfG: Danach dürfen zwar auch die Beteiligten herangezogen werden. Deutlich wird aus dem Normtext aber auch: Beteiligte sollen zwar mithelfen, aber sie sind von der Ermittlung des Sachverhalts prinzipiell freigestellt. Eine fehlende Mithilfe wird, jedenfalls nach dem Wortlaut des VwVfG, nicht sanktioniert. Damit ist der rechtliche Rahmen skizziert, innerhalb dessen sich die folgenden Ausführungen bewegen: Ein behördliches Entscheidungsverfahren ist im Gange, und das entscheidungserhebliche Wissen ist bei der Behörde weder bereits vorhanden noch kann es von ihr mit ihren organisationellen Mitteln innerhalb der Verwaltung selbst beschafft werden.² Daher wendet sie sich an den Privaten: Er soll ihr das Wissen beschaffen.

Viele Gesetze, ganz besonders solche des Umweltrechts, enthalten jenseits von §§ 24, 26 VwVfG informationelle Verpflichtungen der Beteiligten, etwa wenn § 6 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 Nr. 5 bzw. § 15 Abs. 3 Nr. 4 GenTG eine eigenständige Risikobewertung des Betreibers vorsieht oder aber § 22 Abs. 2 AMG vom Arzneimittelhersteller die Durchführung bestimmter Tests verlangt.³ § 26 Abs. 2 VwVfG sieht diese Möglichkeit der Abweichung von der Amtsermittlung ausdrücklich vor, heißt es doch über die Beteiligung des Privaten: "Weitere Pflichten zur Ermittlung des Sachverhalts bestehen nur, wenn sie durch Rechtsvorschrift besonders vorge-

* Ich danke insbesondere den Teilnehmern des Symposiums „Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrecht“, das im September 2006 mit Unterstützung der VolkswagenStiftung stattfand, sowie Christoph Engel für hilfreiche und weiterführende Anmerkungen.

† Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am MPI zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern und zur Zeit Vertreterin des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung an der Universität Konstanz. Für Anregungen und Kritik: spiecker@coll.mpg.de

1 Zu sonstigen Formen informationeller Inanspruchnahme von Privaten etwa die Beiträge von *J. Lege* und *E. Hofmann* in I. Spiecker gen. Döhmann/P. Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, im Erscheinen Tübingen 2008.

2 Siehe dazu den Beitrag von *P. Collin*, in I. Spiecker gen. Döhmann/P. Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, im Erscheinen Tübingen 2008.

3 Ein weiteres Beispiel findet sich etwa in den Anforderungen zum "Stand der Technik" in § 6 Abs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 Nr. 5 BImSchG. Zu diesem Bereich materieller Vorschriften zur Generierung und zum Transfer von Wissen bereits *I. Spiecker gen. Döhmann*, DVBl. 2006, S. 278.

sehen sind."⁴ In der Literatur finden sich als Beispiele für solche Rechtsvorschriften nahezu ausschließlich verfahrensrechtliche Vorgaben, etwa zum persönlichen Erscheinen im Ausländerrecht oder besondere Auskunftspflichten nach dem Steuer- oder Sozialhilferecht.⁵ Die materiell vorgeschriebenen Informationsbebringungspflichten geraten dabei nicht ins Blickfeld. Solche liegen dann vor, wenn die im Spezialgesetz normierte Pflicht zur Informationsbebringung nicht als solche selbständig und ohne weitere Verknüpfung mit einem darüber hinaus reichenden Vor- oder Nachteil erzwingbar ist, sondern die Sanktion für die Nichterfüllung der materiellen Informationsbebringungspflicht erst in der Verweigerung gerade des Vorteils oder in der Verhängung des Nachteils besteht, der Gegenstand des jeweiligen Spezialgesetzes ist. Die Informationspflicht dient dann unmittelbar der Vorbereitung eines spezialgesetzlich vorgesehenen Eingriffs.⁶ So ist eine Verpflichtung nach § 22 Abs. 2 AMG, Testreihen durchzuführen und deren Ergebnisse vorzulegen, nicht eigenständig durchsetzbar. Die Sanktion bei Nichtbefolgung entsteht erst daraus, dass die Genehmigung nicht erteilt wird, ohne dass diese Informationen beigebracht werden. Dies ist der Unterscheidung von Pflicht und Obliegenheit vergleichbar.

Blickt man allein auf die verfahrensrechtlich ausgestalteten Abweichungen vom Amtsermittlungsgrundsatz nach § 24 VwVfG, werden damit nicht nur solche weiterreichenden materiellen Informationspflichten ausgeblendet. Vor allem verstellt eine solch beschränkte Sichtweise den Blick darauf, dass eine ganz grundlegende Änderung des Verhältnisses zwischen Staat und Beteiligten für den Bereich der Informationsbebringung stattfindet, die durch die verstärkte Übertragung von materiell-rechtlich verankerten Informationspflichten der Beteiligten gekennzeichnet ist. Diese lassen sich vermehrt im Ordnungsrecht, und dort ganz besonders im Umweltrecht, beobachten. Sie sehen vor, dass die Beteiligten, etwa im Rahmen ihrer Antragstellung oder einer Anmeldepflicht, der Behörde Informationen zur Verfügung stellen, auf die diese ihre Entscheidung stützt. Dies reicht von der Einreichung der Baupläne für eine Baugenehmigung bis hin zur Vorlage detaillierter Testergebnisse im Arzneimittel- oder Chemikalienrecht⁷. Diese Informationen muss die Behörde ihrerseits nicht mehr erheben. Sie spart also Kosten und Zeit. Ihrer Pflicht zur Amtsermittlung kommt sie nach ganz herrschender Vorstellung durch eine sog. nachvollziehende Amtsermittlung nach: Sie überprüft im Nachhinein, ob die ihr vorgelegten Informationen zutreffend und umfassend sind.⁸ Nach diesem Verständnis bleibt die Behörde weiterhin Herrin des Verfahrens; Mitwirkungspflichten des Beteiligten zur Herstellung der informationellen Ent-

4 Dies ist zunächst einmal eine Verbotsnorm an die Behörde, einem Beteiligten ohne gesetzliche Ermächtigung weitergehende Beteiligungspflichten aufzuerlegen.

5 Siehe nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 24 Rz. 10c; *Stelkens/Bonk/Sachs – Stelkens/Kallerhoff*, VwVfG-Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 26 Rz. 50.

6 Siehe auch *I. Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i.E., Teil II E III.

7 Während nach dem derzeitigen ChemG nur für die Anmeldung bestimmter Stoffe materielle Informationen über die Wirkungsweise eines Stoffes übermittelt werden müssen, ist nach dem zu erwartenden neuen, europarechtlich vorangetriebenen Chemikalienrecht auf der Basis des sog. REACH-Verfahrens die Bebringung von Tests der Regelfall; dazu die Beiträge in H.-W. Rengeling (Hrsg.), *Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik*, 2003, insb. *W. Köck*, S. 37; *C. Callies/ M. Lais*, NuR 2005, S. 290.

8 Siehe nur BVerfGE 98, 83, 99. Eine umfassende Analyse aus dem Bereich des Umweltrechts bietet etwa *J.-P. Schneider*, *Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung*, 1991.

scheidungsgrundlage sind lediglich Ausdruck von Effizienz- und Effektivitätsstreben in der Verwaltung.

Mit dieser zunehmenden Verlagerung der Informationsgewinnung von der Verwaltung auf die Beteiligten entsteht ein Problem, dem bisher kaum Beachtung geschenkt worden ist:⁹ Materiellrechtliche Regelungen verdrängen zunehmend die verfahrensrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der staatlichen Gewinnung und Verwertung von Wissen. Zwar sieht, wie erwähnt, das VwVfG in § 26 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass es Weiterungen und Ausnahmen zum Amtsermittlungsprinzip geben darf. Diese Regelung hat aber ersichtlich Ausnahmecharakter. Grundsätzlich hat die Behörde zu ermitteln. Materielle Vorschriften zur Vorlage von Informationen höhlen das Amtsermittlungsprinzip grundsätzlich aus: Der Bürger ist nunmehr gehalten, in weiten Teilen die Wissensgrundlage der staatlichen Entscheidung bereitzustellen, soweit sie bereits bei ihm vorhanden ist, und sie sogar überhaupt zu beschaffen, wenn sie auch ihm fehlt. Und dies wird durch Sanktionen abgesichert: Tut er dies nicht, kommt es schon nicht zu einer inhaltlichen Prüfung;¹⁰ eine positive Entscheidung kommt daher von vorneherein nicht in Betracht. Trotz scheinbar weicher Ausgestaltung ohne unmittelbare Sanktionierung für die nicht erfolgte Beibringung der Information als solcher kommt es zu einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre, weil die staatliche Entscheidung verweigert wird.

Mitwirkungspflichten des Beteiligten werden regelmäßig dadurch gerechtfertigt, dass es ohnehin in seinem Interesse sei, ihm vorliegende Informationen preiszugeben.¹¹ Dahinter steht die Annahme, es gehe nur um vorhandene Informationen und die vorliegenden Informationen nützten dem Beteiligten stets. Die materiellen Regelungen gehen darüber aber in zweierlei Hinsicht weit hinaus: Sie verlangen vom Beteiligten zum einen oftmals erhebliche Anstrengungen bei der Informationserhebung, die zum anderen gerade auch darauf abzielen, auch dem Beteiligten ungünstiges Wissen zu Tage zu fördern. So ist es etwa im AMG mit der Durchführung von Testreihen zur Ermittlung der Gefährlichkeit eines Medikaments oder Stoffs der Fall. Die materiellen Regelungen verpflichten also den Beteiligten, auch ihn belastendes Wissen zu beschaffen und der Behörde zur Verfügung zu stellen. Eine solche Selbstbelastung zur Entlastung der Verwaltung wird – im Rahmen von § 26 VwVfG – allgemein abgelehnt.¹² Dieselbe Wirkung aber wird für die materiellen Normen der Informationsgewinnung kaum einmal gesehen, geschweige denn kritisiert.¹³

Die Verbreiterung der staatlichen Informationsbasis durch die Anforderung privaten Wissens ist aus staatlicher Sicht durchaus wünschenswert: Sie ist kostengünstig und erfolgt bei umsichtiger

9 Andeutungsweise kritisch etwa *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 4 Rz. 59.

10 Siehe nur § 10 Abs. 2 und 3 GenTG oder § 22 Abs. 2 und 3 AMG: Danach fehlt es schon an den Voraussetzungen der Genehmigung. Das Amtsermittlungsprinzip wird daher nicht ausgelöst, weil schon kein ermittlungsfähiger Sachverhalt vorliegt.

11 Siehe nur *Stelkens/Bonk/Sachs – Stelkens/Kallerhoff*, VwVfG-Kommentar, 6. Aufl. 2001, § 26 Rz. 47; *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 135.

12 Statt vieler und unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien nur *Stelkens/Bonk/Sachs*, a.a.O., § 26 Rz. 46.

13 *P.-T. Stoll*, Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft, 2003, S. 70, stellt lediglich fest, dass die Erfüllung einer im BImSchG enthaltenen Schutzpflicht den Anlagenbetreiber nicht dazu verpflichte, eigene Forschungen anzustellen.

Ausgestaltung effektiv und schnell. Der Leitgedanke der Effizienz scheint hier seinen Niederschlag zu finden:¹⁴ Derjenige soll die Information beschaffen, für den sie leichter, schneller, günstiger zu erlangen ist – bis dahin, dass sie derjenige beschaffen soll, dem sie nützt. Das Eigeninteresse des Beteiligten lässt einen rechtlich fassbaren Unmut auf seiner Seite gegen die staatlichen Vorgaben gar nicht erst entstehen. Aber: Der Staat gibt damit die Informationsgewinnung weitgehend aus seiner Hand. Die verbleibende Nachverfolgung privaten Wissens, die für das Umwelt- und Technikrecht ohnehin gerne bemängelt wird,¹⁵ wird noch um einen weiteren Schritt nach hinten verlagert: Nunmehr ermittelt die Behörde nicht mehr selbst, sondern beschränkt sich faktisch auf eine Plausibilitäts- und Stimmigkeitskontrolle.¹⁶ Eine wesentliche staatliche Aufgabe, die informationelle Vorbereitung der staatlichen Entscheidung,¹⁷ wird auf den einzelnen Privaten verlagert.

Dies widerspricht den Zielen des Amtsermittlungsgrundsatzes. Dieser soll sicherstellen, dass die entscheidungsrelevanten Informationen nicht nur im Interesse des Privaten, sondern auch und besonders im allgemeinen, öffentlichen Interesse erhoben werden.¹⁸ Nunmehr wird die Wissensgewinnung Sache eines anderen, und nicht irgendeines anderen, sondern eines unmittelbar von der Entscheidung der Behörde abhängigen Privaten. Die Wissensermittlung und -weitergabe geschieht für diesen zwangsläufig nicht uneigennützig. Sie orientiert sich allein an seinen, und nicht an den öffentlichen Interessen.¹⁹ Eine organisationelle oder institutionelle Anbindung des Privaten an die öffentlichen Interessen erfolgt nicht – abgesehen davon, dass sie seine individuellen Anreize nur schwerlich konterkarieren würde.²⁰

B. Der Amtsermittlungsgrundsatz

Der Amtsermittlungsgrundsatz soll nicht allein sicherstellen, dass die entscheidungsrelevanten Informationen neben dem privaten auch und besonders das allgemeine, öffentliche Interesse erheben.²¹ Des Weiteren führt die Amtsermittlung auch dazu, dass auf Seiten der Verwaltung ein Wissensvorrat angelegt wird. Die Behörde sammelt mit den Informationen für jeden individuel-

14 Siehe umfassend *W. Hoffmann-Riem*, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 5.

15 Anders etwa *M. Schulte*, in I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, im Erscheinen Tübingen 2008.

16 Zur Durchführung etwa *J.-P. Schneider*, a.a.O., S. 131 ff.

17 Siehe nur statt vieler *P.-T. Stoll*, a.a.O., insb. S. 10 und 270 ff.

18 *Knack-Clausen*, *VwVfG-Kommentar*, 8. Aufl. 2003, § 24 Rz. 8 und § 26 Rz. 37; *Kopp/Ramsauer*, *VwGO-Kommentar*, 9. Aufl. 2005, § 24 Rz. 6; *W. Berg*, *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, 1980, S. 36 ff.

19 Siehe dazu bereits *J.-P. Schneider*, a.a.O., S. 22 f. und S. 130.

20 Anhaltspunkte dafür, dass widerstreitende Anreize zu einer sog. kognitiven Dissonanz führen, die vom Individuum aufgelöst werden will, bieten *L. Festinger*, *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1957; *ders./ J. M. Carlsmith*, *Journal of Abnormal and Social Psychology* 58 (1959), S. 203; zusammenfassend etwa *D. Frey/ A. Gaska*, in: *D. Frey/M. Irl* (Hrsg.), *Theorien der Sozialpsychologie*; Band 1: *Kognitive Theorien*, 1984, S. 275 ff.

21 *Knack-Clausen*, *VwVfG-Kommentar*, 8. Aufl. 2003, § 24 Rz. 8 und § 26 Rz. 37; *Kopp/Ramsauer*, *VwGO-Kommentar*, 9. Aufl. 2005, § 24 Rz. 6; *W. Berg*, *Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt*, 1980, S. 36 ff.

len Fall gleichzeitig auch fallübergreifendes Wissen für ihre abstrakten Regulierungsaufgaben und für weitere zukünftige oder auch parallele Einzelfallentscheidungen. Die Realisierung des Amtsermittlungsgrundsatzes ermöglicht also auch, dass die Verwaltung ihre Wissensbasis erhält und verbreitert und damit für eine Vielzahl von Fällen vorbereitet ist. Dies wird erschwert, wenn sich ihre Amtsermittlung auf die Nachbereitung der Information beschränkt, die ihr von privater Seite angeboten wird. Passives und aktives Wissen sind eben nicht das Gleiche.

Schließlich spiegelt der Amtsermittlungsgrundsatz wider, dass die Informationsbeschaffung im Verwaltungsverfahren durch eine Vielzahl rechtsstaatlicher Sicherungen umhegt ist. Informationsgewinnungs- und -verwertungsverbote treffen ihn auch im Verwaltungsrecht in erheblichem Umfang. Diese entfallen regelmäßig, wenn Private die Information selbst erheben, ohne dass die Verwaltung zu deren Überprüfung verpflichtet wäre. Dies wird insbesondere dann virulent, wenn durch die Einführung von Informationen in das Verwaltungsverfahren auch Dritte beeinträchtigt werden können, etwa weil die Informationen auch sie betreffen. Aufgabe des Verwaltungsverfahrens ist es auch, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen solcher Dritter einerseits und der Behörde sowie dem Adressaten andererseits herzustellen. Der Amtsermittlungsgrundsatz wird dieser Aufgabenstellung gerecht; eine private Ermittlung nicht ohne weiteres, und umso weniger, je geringer die staatlichen Einschränkungen gegenüber der Nutzung privat erworbenen Wissens ausgestaltet sind.²²

Der Amtsermittlungsgrundsatz ist insoweit Ausprägung des rechtsstaatlich fundierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgend: Staatliche Ermittlung sieht ein Minimum an Eingriffsintensität vor und gewährleistet gleichzeitig ein Maximum an Rechtswahrung. Er ist daher einerseits über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch über die Gesetzmäßigkeitsbindung der Verwaltung im Rechtsstaatsprinzip verankert.²³

Die Einschränkung des Amtsermittlungsprinzips in Spezialgesetzen mag in einigen Fällen angebracht sein.²⁴ Vielleicht sogar ist es angesichts der häufig statuierten Steuerungs- und Vollstreckungsdefizite oftmals der einzig gangbare Weg für das Recht, staatliche Entscheidungen wenigstens mit einem Minimum an belastbarer Wissensbasis auszustatten. Indes hat der Normgeber dies weder mit § 24 VwVfG so ausgestaltet noch ist dies ohne weiteres mit tragenden Prinzipien des Rechts vereinbar, wie sie der Amtsermittlungsgrundsatz beinhaltet. Und selbst, wenn man akzeptiert, dass es Situationen geben kann, in denen eine materiell-rechtlich vorgeschriebene Informationsgewinnung durch den Privaten zu Lasten des Amtsermittlungsprinzips sinnvoll erscheint, bedarf es einer systematisierenden Betrachtung, um die Ausnahmen rechtlich überprüfbar zu machen.

22 Dieser Aspekt soll im Folgenden aus Gründen der Konzentration auf das bipolare Verhältnis von Adressat und Behörde allerdings nur en passant weiter verfolgt werden, obwohl sich gerade hieraus weiteres Argumentationspotential für die Beibehaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes ergibt.

23 Vgl. BVerfG NJW 2004, 1022, 1025 f.; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 24 Rz. 3; *W. Berg*, Die Verwaltung 1976, 161m 165, 167. Für das Europarecht siehe nur EuGH 1991, I 5469, 5499; *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 171.

24 Siehe nur für den Bereich der Umweltverträglichkeitsprüfung *J.-P. Schneider*, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991.

Ansätze einer systematisierenden Betrachtungsweise sollen in diesem Rahmen wenigstens ansatzweise skizziert werden. Dazu wird zunächst die Informationslage beschrieben, um mögliches Verhalten von Behörde und Privatem zu verstehen (C.). Anschließend wird der Ansatz kritisch beleuchtet, die Aufweichung des Amtsermittlungsgrundsatzes als Ausdruck eines zunehmend kooperativen Handelns von Staat und Privatem zu begreifen (D.). Der Gedanke der Kooperation lässt sich allerdings insoweit heranziehen, als eine Systematisierung von Beibringungspflichten, die sich an den Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes orientiert, unter Einbindung einer eher begleitenden statt nachvollziehenden Amtsermittlung vorgeschlagen wird (E.).

C. Die Informationslage als Hintergrund materieller Regelungen zur Informationsgewinnung

In welcher Situation befinden sich Behörde und Beteiligter, wenn spezielle Vorschriften des materiellen Rechts die Mitwirkung des Beteiligten bei der staatlichen Informationsgewinnung vorsehen? Im Wesentlichen geht es um zwei Situationen: In beiden Fällen fehlt der Behörde Wissen, das sie für ihre Entscheidung benötigt. Im einen Fall verfügt der Beteiligte über dieses Wissen, die Behörde aber nicht: es liegt also Informationsasymmetrie vor. Im anderen Fall verfügen weder der Beteiligte noch die Behörde über Informationen. Dann liegt objektive Unsicherheit vor: Das Wissen fehlt insgesamt.²⁵

Informationsgewinnung und -transfer sind vergleichsweise unproblematisch zwischen Privatem und Staat, wenn der Staat Informationen benötigt, die dem Privaten zur Erreichung seines Ziels nutzen. Ein Medikamentenhersteller wird bereitwillig der Behörde mitteilen, für welche Krankheiten sein Medikament einsetzbar ist. Problematisch werden allerdings Gewinnung und -transfer von solchem Wissen, das für den Beteiligten nachteilige Erkenntnisse enthält, also z.B. über die Arten und Intensitäten der Nebenwirkungen eines Medikaments bis hin zur Kenntnis kostspieliger technischer Entwicklungen im Immissionsschutz. Hier gibt es auf Seiten des Privaten – bei Fehlen entsprechender rechtlicher Vorgaben – gewichtige Anreize, dieses Wissen gar nicht erst herzustellen, geschweige denn es der Behörde mitzuteilen.²⁶

Auf Seiten der Behörde ist in vielen Fällen eine eigene Informationsgewinnung nur schwer möglich. Das liegt nicht nur an beschränkten Ressourcen, sondern auch am Wissensproblem selbst. Das Fehlen von Wissen fällt erst auf, wenn es beschreibbar ist. Schon die Feststellung bedarf bereits umfangreichen Wissens. Je größer also das Nicht-Wissen ist, umso schwerer ist es zu beschreiben und umso schwerer ist es, dieses Wissen herzustellen. Fehlt es der Behörde also bereits an Ausgangswissen, wirkt sich dies auch auf ihre Möglichkeiten zur Beschaffung aus: Sie müsste zunächst einmal Wissen ermitteln, um das Fehlen von Wissen zu bemerken. Ein Privater

25 Der dazwischen liegende Fall, dass weder Behörde noch Privater über das Wissen verfügen, allerdings ein Dritter, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Kennt die Behörde den Dritten, kann sie diesen um Weitergabe seines Wissens ersuchen. Kennt sie den Dritten nicht und kann sie ihn auch nicht ermitteln, ist dies dem Fall der objektiven Unsicherheit vergleichbar: Dass irgendwo auf der Welt das Wissen bereits vorhanden ist, verändert die Entscheidungsgrundlage der Behörde nicht.

26 Dazu *I. Specker gen. Döhmman*, DVBl. 2006, S. 278.

dagegen verfügt oftmals bereits über Anhaltspunkte für fehlendes Wissen, die sich aus seiner intensiven Auseinandersetzung mit einer bestimmten Materie ergeben. Wer ein Medikament auf den Markt bringen will, hat im Vorfeld bereits umfangreiches Wissen über Vorläuferstufen und sonstige Wirkungskombinationen gesammelt. Dieses Wissen verhilft dem Beteiligten zu einem fast uneinholbaren Wissensvorsprung. Gerade in sehr innovativen Bereichen, die von hoch spezialisiertem und individuellem Wissen geprägt sind, kann die Behörde den Wissensstand des Privaten nur unzureichend ermessen. Ihre eigene Wissensproduktion, selbst wenn sie von Sachverständigen unterstützt wird,²⁷ bleibt entsprechend schwierig. Erlegt die Behörde nun dem Privaten Informationsgewinnungspflichten auf, ist sie davon überzeugt, dass das Wissen bereits vorhanden ist. Sie geht davon aus, dass der Beteiligte grundsätzlich imstande ist, dieses Wissen zu beschaffen, es womöglich sogar schon hat.²⁸ § 24 VwVfG und die Spezialregelungen wollen den Beteiligten nicht dazu verpflichten, Unmögliches zu leisten.

In dieser Situation sind die materiellen Regelungen zunächst einmal elegante Instrumente, das Wissensdefizit der Behörde auszugleichen: Die Koppelung der Genehmigung an die Beibringung bestimmter Informationen verknüpft die Anreize des Privaten mit der Notwendigkeit, auch für ihn negatives Wissen her- und bereitzustellen.²⁹ Dies konterkariert seine Anreize, dieses Wissen für sich zu behalten.

Allerdings wird im Rahmen von § 24 VwVfG zur Begründung für weitergehende Informationspflichten etwas ungenau argumentiert,³⁰ nur der Private könnte diese Information beschaffen, nicht aber auch die Behörde, weil er „näher dran“ sei.³¹ Dies ist aber oftmals gar nicht der Fall. Im Arzneimittelrecht etwa ist der Hersteller eines Arzneimittels nach § 22 Abs. 2 AMG gehalten, bestimmte Testreihen durchzuführen. Diese Testreihen könnte die Behörde in der Regel genauso gut vornehmen, wenn sie mit dem entsprechenden Sachverstand ausgestattet wäre und über ausreichend Zeit verfügte. Die Kosten der Behörde für die konkrete Erlangung solchen Wissens wären nicht höher als auf Seiten des Privaten. Die Behörde ist aber aufgrund der materiellen Regelungen imstande, die Kosten der Informationsgewinnung auf den Privaten zu verlagern. Die Kosten werden demjenigen auferlegt, der den Gesamtnutzen hat. Nur insoweit ist der Private tatsächlich „näher dran“.

Die scheinbar elegante Koppelung von Genehmigungserfordernis und Beibringungspflichten weist zudem auch einen gravierenden Nachteil auf, der die Qualität der gewonnenen Information betrifft: Angesichts des Wissensgefälles zwischen Behörde und Beteiligtem ist zu befürchten, dass die Verlagerung der Informationsbeschaffung auf den Adressaten zu Information von

27 Siehe den Beitrag von *E. Hofmann* in *I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin* (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, im Erscheinen Tübingen 2008.

28 Insoweit hat bereits der Gesetzgeber eine Grundentscheidung getroffen, da er die Behörde mittels der materiellen Regelungen und Ermächtigungsgrundlagen in den Stand gesetzt hat, dieses Wissen vom Beteiligten zu verlangen.

29 Siehe dazu *I. Spiecker gen. Döhmman*, DVBl. 2006, S. 278.

30 Dies erfolgt indes ohne Bezug zu den materiellen Vorgaben, sondern betrifft in der Regel die Institutionalisierung einer Mitwirkungsobliegenheit oder -pflicht eines Beteiligten überhaupt.

31 So werden materiell-rechtliche Informationsgewinnungspflichten – wenn überhaupt – gerechtfertigt. Vgl. nur *J.-P. Schneider*, *Nachvollziehende Amtsermittlung*, 1991, S. 135.

schlechterer Qualität und damit zu schlechteren Entscheidungen in der Sache führt, wenn nicht weitere begleitende Maßnahmen für eine Kontrolle des übermittelten Wissens sorgen. Und selbst dann ist die Qualität des Wissens noch immer zweifelhaft – eben weil eine begleitende/nachvollziehende Amtsermittlung nicht dasselbe Ergebnis zeitigen kann wie eine originäre Amtsermittlung. Denn der Adressat hat erhebliche Anreize, nicht sämtliche Informationen zu übermitteln. Gerade die zweifelhaften und für ihn negativen Erkenntnisse wird er der Behörde nicht mitteilen wollen. In einigen Bereichen, in denen die Behörde zur Überprüfung der Aussagen des Beteiligten über eigenes Kontrollwissen verfügt oder wenigstens von dritter Seite beschaffen kann,³² würde ein solches Vorgehen auffallen. Ein rationaler Adressat würde dies antizipieren und umfänglich wahrheitsgemäß mitteilen. Bei den geschilderten hoch innovativen, hoch spezialisierten und hoch technischen Bereichen fehlt es aber häufig gerade an diesem Wissen der Behörde und der Möglichkeit, einen Dritten mit solchem Wissen heranzuziehen.³³ Hier ist daher zu fürchten, dass der Behörde trotz Koppelung der Anreize auf Seiten des Privaten wesentliches Wissen für ihre Entscheidung vorenthalten bleibt.

D. Materielle Informationspflichten als Ausdruck eines Kooperationsverhältnisses zwischen Bürger und Staat

Die materiell-rechtlichen Informationsgewinnungspflichten für Beteiligte widersprechen dem Amtsermittlungsprinzip. Angesichts ihrer Häufigkeit und Dichte ist fraglich, ob sie noch mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz vereinbar sind, dass prinzipiell der Staat im öffentlichen und privaten Interesse den Sachverhalt ermittelt.

I. Der kooperative Staat

Die teilweise Aufgabe des Amtsermittlungsprinzips durch materielles Recht könnte, und so wird in der Tat gelegentlich argumentiert,³⁴ Ausdruck eines neuen, modernen Verständnisses von Staat sein, das von einem Miteinanders von Bürger und Staat geprägt ist, und zwar des sog. kooperativen Staats.³⁵ Das Informationsverwaltungsrecht wäre nur Abbild dessen, was in anderen Rechtsgebieten längst etabliert zu sein scheint. Auf der verfahrensrechtlichen Seite würde nachgeholt, was materiell-rechtlich längst erprobt zu sein scheint. Das Amtsermittlungsprinzip als

32 Diesem Zweck dient etwa die Einschaltung eines konkreten Sachverständigen in das Verwaltungsverfahren oder aber, etwa im GenTG mit der Zentralen Kommission für Biologische Sicherheit (ZKBS), die Etablierung einer dauerhaften Sachverständigenbeteiligung am behördlichen Entscheidungsverfahren.

33 Die Gründe dafür können manigfaltig sein. Besonders häufig wird es sich um ein Konkurrenzproblem handeln: Nur direkte Konkurrenten des Beteiligten verfügen über das Wissen, seine Angaben kontrollieren zu können. Im Rahmen ihrer Heranziehung in das Verwaltungsverfahren erführen sie nun wichtige Wettbewerbsinformationen. Zudem ist zu fürchten, dass sie aufgrund ihrer wettbewerblichen Stellung gegenüber der Behörde nicht neutral agieren.

34 *Kopp/Ramsauer*, VwGO-Kommentar, 9. Aufl. 2005, § 24 Rz. 10c. Kritisch *U. Di Fabio*, VVDStRL 56, 235, 252 ff.

35 Siehe dazu nur *J.-P. Schneider*, *VerwArch* 87 (1996), S. 38; *A. Voßkuhle*, *ZUR* 2001, S. 23; *U. Di Fabio*, *NVwZ* 1999, S. 1153; *C. Engel*, *Die Verwaltung* 34 (2001), S. 1; *E.-H. Ritter*, *AöR* 104 (1979), S. 389.

Ausdruck eines Über-/Unterordnungsverhältnisses von Staat und Bürger wie einem kooperativen Verständnis: Behörde und Beteiligter wirken zusammen, um angesichts behördlicher – und privater – Wissensdefizite überhaupt eine Entscheidung zu ermöglichen und damit rechtlichen Grundanforderungen an eine staatliche Entscheidung zu genügen.

Das Kooperationsprinzip³⁶ ist ursprünglich für das Umweltrecht entwickelt und anerkannt worden.³⁷ Es hat im Zuge der Reformdiskussionen mittlerweile auch das übrige Verwaltungsrecht erreicht.³⁸ Dahinter steht u.a. die Vorstellung, angesichts zunehmend von Unsicherheit geprägter staatlicher Aufgabenerfüllung müsste sich auch das Verhältnis von Bürger und Staat anpassen. Staat und Bürger sollen sich danach die Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben teilen können, gelegentlich sogar müssen.³⁹ Statt hierarchischer Entscheidungen des Staates, notfalls auch gegen den Willen des Bürgers, ist nunmehr kooperative Übereinstimmung zwischen Bürger und Staat gefragt. Das von *Otto Mayer* geprägte Staatsverständnis "Der Staat paktiert nicht" soll zumindest modifiziert werden. Der Bürger soll durch die Einbindung in den staatlichen Entscheidungsprozeß mehr Einfluss auf die Entscheidung gewinnen. Dadurch werde ein Mehr an Akzeptanz, an Staatsnähe und an Verbindlichkeit erreicht und letztlich der Wirkungsgrad staatlicher Entscheidungen insgesamt erhöht.⁴⁰ Dies gelte vor allem dort, wo die Aufgabenerfüllung ohne Mitwirkung des Privaten schlechterdings nicht gelingen könne.⁴¹ In der Konsequenz soll der Kooperationsstaat die Fundamente des Repressionsstaats verändern. Eine neue Staatlichkeit soll sich herausbilden.⁴² Der Interventionsstaat wird zum Interaktionsstaat.⁴³

Ob allerdings die Zurückdrängung des Amtsermittlungsprinzips, das immerhin Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ist, tatsächlich Ausdruck einer echten Kooperation zwischen Staat und Bürger ist oder ob nicht vielmehr Grenzen staatlichen Handelns zu Lasten des Bürgers verwischt werden, ist zumindest fraglich. Denn es ist noch einmal darauf hinzuweisen: Die meisten materiellen Verpflichtungen des Bürgers zur Informationsbeibringung verpflichten ihn auch und vor allem, ihm nachteiliges Wissen mitzuteilen. Dies ist insbesondere rechtsstaatlich nicht unproblematisch – schon allein deshalb, weil das Amtsermittlungsprinzip hier seine Wurzel findet.

36 Ob es sich tatsächlich um ein verbindliches Rechtsprinzip handelt, ist streitig. Siehe nur *U. Di Fabio*, DVBl. 1999, S. 1153, und *H.-J. Koch*, NuR 2001, S. 541. Eine eingehende Stellungnahme ist in diesem Rahmen entbehrlich.

37 Siehe nur BVerfGE 98, 83, und 98, 83; *U. Di Fabio*, a.a.O., S. 1153; *H.-J. Koch*, a.a.O., S. 541; *H.-W. Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988; *P. Huber* (Hrsg.), Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1999; *C. Gusy*, ZUR 2001, S. 1; *D. Murswiek*, ZUR 2001, S. 7; *A. Voßkuhle*, NuR 2001, S. 23; *J. Wieland*, ZUR 2001, S. 20; *M. Reese*, ZUR 2001, S. 14; *J.-P. Schneider*, VerwArch 87 (1996), S. 38; *C. Engel*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 1.

38 Siehe nur *H.-H. Trute*, in: Rückzug des Ordnungsrechts. 14. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht, 1999, S. 13; *W. Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167 ff. m.w.N.

39 Vgl. zum Verantwortungsaspekt als rechtlicher Begriff *W. Weiß*, a.a.O., S. 1167.

40 Nicht zuletzt ist die rechtswissenschaftliche Kooperationsdebatte auch durch die politikwissenschaftlich erfolgte Analyse des staatlichen Vollstreckungsdefizits angestoßen worden, vgl. nur *R. Mayntz et. al.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, 1978. Siehe auch grundlegend *A. Fisahn*, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002.

41 Vgl. *H.-J. Müggendorf*, NVwZ 1990, S. 909; *L. Jaeschke*, NVwZ 2003, S. 563.

42 Kritisch dazu etwa *H.-J. Koch*, NuR 2001, S. 541, 542 ff.

43 *R. Pitschas*, in: *W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, S. 219, 280.

Die Annahme von Kooperation verlangt die Einhaltung bestimmter Bedingungen.⁴⁴ Gemeint sind damit die Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, um von einem kooperativen Verhältnis im Rechtssinne zu sprechen. Dieses entsteht regelmäßig erst durch den Einsatz bestimmter staatlicher Instrumente. Ob diese bei der Beteiligung des Bürgers bei der Informationsgewinnung im Verwaltungsverfahren gegeben sind, darf bezweifelt werden. Auf diesen Aspekt werden sich die folgenden Ausführungen zur partiellen Abschaffung des Amtsermittlungsprinzips konzentrieren.

II. Voraussetzungen kooperativen Handelns

Schon der Begriff der Kooperation selbst – und damit die aus diesem Verständnis abzuleitenden Bedingungen für die Annahme einer Kooperation – ist streitig.⁴⁵ Dies gilt in gleicher Weise für die Voraussetzungen.

1. Eindeutige Verantwortungszuweisung

Eine fundamentale Voraussetzung lässt sich jedenfalls aus dem Gesetzesvorbehalt ableiten: Es bedarf einer umfassenden gesetzlichen Regelung einer solchen Verantwortungsteilung zwischen Bürger und Staat, jedenfalls für die staatliche Seite der Kooperation.⁴⁶ Staatliche Verantwortung bedarf einer rechtlich-normativen Begründung, schon allein wegen der legitimatorischen Zurechnung über das Demokratieprinzip.⁴⁷ Staatliche Betätigung ist Ausdruck einer rechtlich verbindlich zugewiesenen Aufgabe und daraus resultierenden Pflichten.⁴⁸ Entsprechend bedarf es der Statuierung konkreter staatlicher Pflichten bei einer kooperativen Vorgehensweise, auch und besonders dann, wenn die staatliche Vorgehensweise auf private Pflichten abgestimmt ist. Dies gilt auch und besonders für die Statuierung konkreter Pflichten zur Sachverhaltsermittlung, Eigensicherung und -überwachung sowie Informationsfreigabe.⁴⁹

Dieses Erfordernis kann für die bestehenden materiellen Regelungen weitgehend als erfüllt angesehen werden, ohne dies hier im Einzelnen nachvollziehen zu müssen. So sehen die entsprechenden materiell-rechtlichen Regelungen, etwa im AMG, ChemG, BImSchG oder GenTG, konkrete Informationspflichten vor, die den Anteil der Kooperation auf Seiten des Staates deutlich festle-

44 Die einzelnen Voraussetzungen sind, wie die Geltung überhaupt, umstritten. Im Folgenden werden zwei Elemente herausgegriffen, die in jedem Fall einem kooperativen Element unter Beteiligung des Staats zu Eigen sein müssen: Eindeutige Verantwortungszuweisung und Gleichberechtigung der Kooperierenden. Siehe zu den verfassungsrechtlichen Beschränkungen, vor allem auch seitens des Rechtsstaatsprinzips, *H.-W. Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 77 ff.

45 Vgl. zur weiten Begrifflichkeit nur *H.-H. Trute*, Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation, in: Rückzug des Ordnungsrechts. 14. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht, 1999, S. 13. Insofern dürfte immer noch gelten, dass es sich "um einen Begriff handelt, der äußerst unbestimmt und in seinen Konturen jedenfalls unscharf ist", *H.-W. Rengeling*, a.a.O., S. 13. Kritisch zur Beliebigkeit der Begrifflichkeit etwa *H.-J. Koch*, NuR 2001, S. 541, 549 f.

46 Vgl. *W. Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167. So schon *H.-W. Rengeling*, a.a.O., S. 73 f.

47 Vgl. nur *W. Weiß*, a.a.O., S. 1171.

48 Siehe *O. Deppenheuer*, VVDStRL 55 (1996), S. 90, 97.

49 *W. Weiß*, a.a.O., S. 1179.

gen. Diese Regelungen verlagern die Informationsgewinnung nicht prinzipiell und umfassend auf den Privaten, sondern lediglich hinsichtlich bestimmter festgelegter Aspekte. Zum Teil sind diese Vorgaben so konkret, dass sie methodische Grundlagen der Informationsgewinnung festlegen.⁵⁰ Die Bereiche staatlicher und privater Aufgabenverteilung und -erfüllung sind also klar getrennt.

2. Gleichberechtigung der Kooperierenden

Eine zweite und nicht weniger fundamentale Voraussetzung ist die Gleichberechtigung der Beteiligten.⁵¹ Kooperation baut darauf auf, dass beide Partner in etwa gleich stark im Sinne einer Gleichberechtigung sind.⁵² Nur dann ist eine Kooperation tatsächlich Abbild eines wechselseitigen Geben und Nehmens. Nur dann kann man über eine Reduzierung der Pflichten des Staates zugunsten kooperativer Elemente nachdenken. Diese Gleichberechtigung ist zwischen Bürger und Staat nicht von vorneherein gegeben – im Gegenteil. Das Gewaltmonopol in Verbindung mit einer weitgehenden Zielsetzungsfreiheit des Gesetzgebers⁵³ macht den Staat grundsätzlich zum Überlegen, auch wenn die Grundrechte den Freiheitsbereich des Bürgers gegenüber staatlichen Eingriffen absichern. Denn die Regulierungs- und Gestaltungshoheit des Staates macht den Bürger zum Reagierenden, nicht zum Agierenden. Schon das Initiativrecht des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Materien er als regelungsbedürftig ansieht und in welcher Weise er diese Regulierung vornimmt, verschafft ihm einen uneinholbaren Vorsprung vor dem Bürger. Diese Überlegenheit setzt sich auf der Verwaltungsebene fort: Aufgrund der Vorgaben des Gesetzgebers ist die Behörde in die Entscheidungsposition eingerückt. Nicht der Bürger entscheidet über ein Vorhaben, sondern die Behörde.

Zur Herstellung einer solchen Gleichgewichtigkeit bedarf es daher zwangsläufig eines Rückzugs des Staates aus dem – auch nur potentiellen – Einsatz staatlich-autoritärer Mittel.⁵⁴ Solange dies nicht für den Bereich einer vorgesehenen Kooperation geschehen ist, besteht keine echte Gleichberechtigung. Bürger und Staat bleiben im Unter-/Überordnungsverhältnis befangen. Bei staatlicher Informationsgewinnung fehlt es gerade an dieser Aufgabe staatlicher Hoheitsgewalt zugunsten einer Aufgaben- und Machtteilung von Staat und Bürger.⁵⁵ Denn die Wissensgenerierung des Staates, die dieser auf den Beteiligten verlagert, ist untrennbar mit dem konkreten Verwaltungsverfahren verbunden, in dessen Rahmen die Verlagerung erfolgt. Informationsgewin-

50 So etwa in § 22 Abs. 2 AMG.

51 *A. Benz*, *Kooperative Verwaltung*, 1994, S. 38. Einen anderen Begriff von Kooperation verwendet etwa *J.-P. Schneider*, *Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung*, 1991, S. 24, oder *W. Brohm*, DVBl. 1990, S. 321, 322; *H. Schulze-Fielitz*, DVBl. 1994, S. 657 ff.

52 *A. Benz*, *Kooperative Verwaltung*, 1994, S. 36 f. mit Betonung auf der Gleichberechtigung; *K. Zimmermann*, in: *D. Fürst/S. Löb/A. Rudolph/K. Zimmermann*, *Steuerung durch Regionalplanung*, 2003, S. 31, 33.

53 Bemerkenswert insoweit, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Überprüfung des Ziels – m.E. ungerichtfertigterweise – kaum vornimmt.

54 Treffend *E.-H. Ritter*, AöR 104 (1979), S. 389, 393: Der Staat tritt "vom hoheitlich-hoheitsvollen Podest des einseitig Anweisenden" "auf die Ebene des Austausches von Informationen und Leistungen und der Verbindung zu abgestimmtem Handeln."

55 Ähnlich auch *M. Rossi*, *Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht*, 2004, S. 104.

nung erfolgt in aller Regel⁵⁶ entscheidungsorientiert: Wissen wird erst dann relevant, wenn es im Rahmen einer Entscheidung benötigt wird. Die der Wissensgewinnung nachfolgende Entscheidung bedingt also die eigentliche Über-/Unterordnung zwischen Bürger und Staat. Der Staat verlangt vom Bürger die Mitwirkung bei der Wissensbeschaffung, um anschließend ordnungsrechtlich vorgehen zu können. Der Bürger befindet sich in einem Prokrustes-Bett, das ihm stets und unter allen Bedingungen zu eng ist: Er liefert der Behörde das Wissen, das diese benötigt, um die von ihm begehrte staatliche Entscheidung abzulehnen. Liefert er das Wissen nicht, lehnt sie ohnehin ab. Die Unter-/ Überordnungsbeziehung des Bürgers wird also durch die Übertragung weitreichender Informationsgewinnungspflichten einseitig zu seinen Lasten verändert. Der Gedanke eines kooperativen Staat-Bürger-Verhältnisses alleine vermag daher die Aushöhlung des Amtsermittlungsgrundsatzes rechtlich nicht zu rechtfertigen. In diesem Schatten des Rechts ist eine wahre Kooperation zwischen Bürger und Staat jedenfalls nicht möglich.

E. Konsequenzen

Da von einem Kooperationsverhältnis in der Regel nicht ausgegangen werden kann, könnte eine Strukturierung der Mitwirkungspflichten sich lediglich daran orientieren, in wieweit der Kooperationsgedanke in einzelnen Punkten tragfähig erscheint. Eine solche Neu-Konturierung sollte in Abhängigkeit von allgemeinen Grundsätzen erfolgen, statt in Abhängigkeit vom jeweiligen Rechtsgebiet. Der Amtsermittlungsgrundsatz und seine Durchbrechungen müssen in ein systematisches Verhältnis zueinander gestellt werden.

Damit sind diejenigen Elemente aufzugreifen, auf die eingangs bereits bezüglich der Bedeutung des Amtsermittlungsgrundsatzes hingewiesen wurde. Dieser stellt zunächst den Maßstab für den geringsten Eingriff in die Rechte der Beteiligten (und eventuell gleichfalls betroffener Dritter) dar. Denn er ist insoweit Ausprägung objektiven Verfassungsrechts: Die behördliche Pflicht zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts spiegelt wider, dass eine Informationsgewinnung durch Private den staatlichen Zielen einer objektiven, Grundrechte der Beteiligten und Dritter wahrer Entscheidungsvorbereitung grundsätzlich zuwiderläuft. Die im Rahmen einer Informationsgewinnung stets auch erfolgende Bewertung der erworbenen Informationen ist im Hinblick auf die staatlichen Entscheidungsziele vorzunehmen. Private aber verfolgen ihre eigenen, subjektiven Interessen. Eine stärkere Beteiligung Privater in Abweichung vom Grundsatz der Amtsermittlung ist also abhängig von einer Veränderung in der Zielsetzung – höhere Qualität – oder der Eingriffsintensität. Die Erhebung tatbestandlich relevanter Informationen kann daher dann dem Privaten auferlegt werden, wenn die Qualität der Information durch seine Einschaltung steigt oder wenn gerade seine Beteiligung die Belastung durch staatliche Informationseingriffe senkt.

56 Ausnahmen sind statistische Datensammlungen – aber selbst diese erfolgen im Hinblick auf antizipierte Entscheidungssituationen, in denen dieses Wissen benötigt wird. Zudem lässt sich hier der Unterschied zu der hier problematisierten konkreten Informationsgewinnung aufzeigen: Das Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1, hat einen Riegel vorgeschoben, wenn der Staat individuelle Informationen "auf Vorrat" einfordert.

Dies ist dann insbesondere der Fall, wenn kooperative Elemente das Verhältnis zwischen Staat und Bürger beeinflussen. Rekuriert man darauf, kann der Bürger überall dort die Informationen für die Behörde liefern, wo es an einem Unter-/Überordnungsverhältnis fehlt oder dieses jedenfalls deutlich abgemildert ist.⁵⁷ Dies ist überall dort gegeben, wo die nachfolgende Entscheidung nicht mehr von Subordination geprägt ist, also etwa beim öffentlich-rechtlichen Vertrag oder bei der Aushandlung von privaten oder wechselseitigen Selbstverpflichtungen. Eine solche Parität ist am ehesten dort gegeben, wo der Bürger vom Staat eine Leistung begehrt, die ihm nicht bereits aufgrund verfassungsrechtlicher Gewährleistung zusteht. Hier ist Raum für Verhandlungen eröffnet: Die private Bereitschaft zur Informationsübermittlung steigert/ermöglicht die Bereitschaft des Staates, sich im Interesse des Privaten zu verhalten. Umgekehrt ist der Staat beschränkt in der Übertragung von Informationspflichten, wenn etwa eine Baugenehmigung oder Maßnahmen der Existenzsicherung im Raum stehen.

Dies deutet auf eine Trennung zwischen Leistungs- und Eingriffsverwaltung⁵⁸ hin. Indes ist diese Differenzierung ungenau und wenig hilfreich für das Problem der Ausgestaltung von Informationsgewinnungspflichten. Denn weder ist Leistungsverwaltung stets Ausdruck eines staatlicherseits frei gestaltbaren Verhältnisses noch ist die Eingriffsverwaltung ihrerseits stets Ausdruck eines der Informationsgewinnung nachfolgenden Über-/Unterordnungsverhältnisses, das der Annahme eines Kooperationsverhältnisses grundlegend widerspräche. Vielmehr ist zu unterscheiden: Wo wird tatsächlich eine zusätzliche Leistung des Bürgers gewährt, die nicht bereits Ausdruck eines ihm zustehenden, speziellen verfassungsmäßigen Rechts ist? Wo er lediglich seine Grundrechte geltend macht, ist Zurückhaltung bei einer Erweiterung von Informationspflichten angebracht. Von diesem Ausgangspunkt aus können dann Informationspflichten in anderer Weise auf den Bürger übertragen werden: Wo der Staat zusätzliche Leistungen gewährt oder aber Ausnahmeregelungen zugunsten des Bürgers treffen soll, besteht ein größerer Spielraum zur Zurückdrängung des Amtsermittlungsgrundsatzes als dort, wo der Bürger einen gebundenen Anspruch auf staatliches Tätigwerden geltend machen kann. Im Einzelnen bedeutet dies:

I. Leistungsverwaltung

Für die Leistungsverwaltung gilt vor diesem Hintergrund: Wo staatlicherseits eine nicht verfassungsrechtlich gebotene Leistung gewährt wird, können Informationspflichten in größerem Ausmaß auf den Privaten abgewälzt werden. Dies betrifft den Bereich der Subventionen von Unternehmen, den Bereich der Nutzung kommunaler Einrichtungen, aber auch staatliche Förderleistungen an Private wie BAföG oder den über Art. 1 Abs. 1 GG hinausgehenden Satz der Sozialhilfe. Dies ist mit der Situation zwischen Behörde und Privatem zu rechtfertigen, die annähernde Gleichberechtigung kennt. Diese erlaubt in der Folge den Einsatz kooperativer Elemente, wie eben auch die Überwälzung von Informationspflichten. Das oben geschilderte Problem, dass der

57 Dies ist unabhängig von den Handlungsformen: Auch ein Verwaltungsakt kann kooperatives Handeln in sich bergen. A.A. insoweit *H.-W. Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 96.

58 Siehe zu den nur begrenzten Möglichkeiten dieser Differenzierung etwa *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 1 Rz. 20 ff. Diese zeigen sich auch im Folgenden.

Bürger mit der Ermittlung der Information in einem Prokrustes-Bett eingezwängt ist, ist hier nicht gegeben: Dieser schafft vielmehr seine eigenen Anspruchsvoraussetzungen, die ohne sein Zutun für die Behörde nicht ersichtlich wären. Dies resultiert aus seiner individuellen Handlungsfreiheit, deren Ausprägungen für die Behörde nicht ersichtlich sein können und dürfen. Ohne Zutun des Bürgers würde die Behörde nicht tätig werden können, um ihm die begehrte Leistung zuzuwenden. Denn sie weiß nicht, ob und wie er von seinem Recht Gebrauch machen will. Es bedarf der Aktualisierung seines Rechts dadurch, dass der Bürger auf sich und die Erfüllung der Voraussetzungen im Rahmen der von ihm gewählten Handlungsoption aufmerksam macht. Anreize von Privatem und Behörde sind hier von vorneherein gleichgeschaltet und nicht erst durch die Verbindung mit dem staatlichen Tätigwerden.

II. Eingriffsverwaltung

1. Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Für die Eingriffsverwaltung ist eine differenzierte Betrachtung angeraten:⁵⁹ Macht der Bürger ein speziell grundrechtlich abgesichertes Recht geltend, sind die Möglichkeiten zur Abwälzung von Informationsgewinnungspflichten grundsätzlich gering: Die Behörde bleibt hier an den Amtsermittlungsgrundsatz gebunden. Ein Beispiel dafür bietet die Baugenehmigung: In ihr spiegelt sich Art. 14 Abs. 1 GG wider, weshalb der Bürger einen gebundenen Anspruch auf Erteilung hat. Vor der Ausübung der grundrechtlich abgesicherten Freiheit steht ein staatliches Handeln: Das Über-/Unterordnungsverhältnis ist ausgeprägt. Raum für kooperative Elemente bleibt hier kaum, weil eine Gleichrangigkeit von Bürger und Staat fehlt.

Trotzdem können auch hier Offenlegungspflichten des Beteiligten verankert werden, nämlich überall dort, wo die Ausübung der Freiheit mit verschiedenen Handlungsoptionen einhergeht. Diese kann nur der Bürger ausüben. In diesem Bereich können dann Informationspflichten bestehen. So kann nicht etwa verlangt werden, dass die Behörde die Baupläne selbst anfordert oder gar erstellt. Hier kann eine Aktualisierung des Rechts nur durch den Beteiligten selbst erfolgen. Die abstrakte Baufreiheit kann nur der Beteiligte durch ein individualisiertes Bauvorhaben konkretisieren. Nur der Betreiber einer Anlage kann darüber entscheiden, wie er diese immissionschutzrechtlich ausgestaltet. Die Wahlfreiheiten, die in der Ausgestaltung der Baufreiheit liegen, erfordern die Beibringung diesbezüglicher Informationen.

2. Verbot mit Ausnahmevorbehalt

Wieder anders sieht es in den Bereichen der Eingriffsverwaltung aus, in denen ein grundrechtlich abgesichertes Recht des Bürgers von vorneherein eingeschränkt ist, weil der Gesetzgeber verfassungsgemäß ein bestimmtes Verhalten typisierend als sozial schädlich oder sozial unerwünscht

⁵⁹ Anders J.-P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 135.

einstuft. Dies ist etwa beim Verbot mit Befreiungsvorbehalt der Fall, z.B. im Waffenrecht. Ein anderer Fall findet sich dort, wo keine spezielle grundrechtliche Absicherung eines Freiheitsrechts besteht, das durch das ordnungsrechtliche Vorgehen der Behörde eingeschränkt wird. Hier besteht in höherem Maße die Möglichkeit, Informationspflichten auf den Privaten abzuwälzen, weil der Staat dem Bürger hier eher wie ein Verhandlungspartner gegenübertritt. Denn die Beibringung von Informationen erfolgt in diesem Bereich ganz überwiegend im Interesse des Privaten. Er erweitert durch die Beibringung der Information seinen Rechtskreis. Bei den Verboten mit Befreiungsvorbehalt ist die Informationsbeibringung durch den Privaten die einzige Möglichkeit, die Behörde vom Ausnahmecharakter seines individuellen Falles zu überzeugen. Die Ermittlung der Information ist dann in seinem Interesse, erlaubt sie ihm doch, die abstrakte Entscheidung des Gesetzgebers im Einzelfall zu verändern. Die Situation ähnelt dann der Ausgangssituation des öffentlich-rechtlichen (Verwaltungs-)Vertrags: Dieser stellt die Grundverankerung kooperativer Vorgehensweise zwischen Staat und Bürger im allgemeinen Verwaltungsrecht dar.⁶⁰ Beide Seiten haben einen Entscheidungsspielraum für ihre Entscheidungen. Die Informationsbeibringung des Privaten ist die Möglichkeit, den Spielraum zu seinen Gunsten zu verändern.

3. *Ausnahmen*

Das bedeutet nicht, dass außer in den oben beschriebenen Konstellationen eine Verlagerung von Informationspflichten auf den Privaten grundsätzlich ausscheidet. Auch außerhalb dieser Fallgestaltungen lassen sich Situationen der Informationsasymmetrie und der objektiven Unsicherheit ausmachen, die eine Überwälzung der Informationsgewinnungslast auf den Privaten rechtfertigen können. Allerdings bedarf es dazu eines erhöhten Begründungsaufwands wegen der Gefahr von weitergehenden Grundrechtseingriffen. Effizienz- und Kostenspargründe alleine, die gegenwärtig ein hoher Motivator zu sein scheinen, genügen jedenfalls nicht. Vielmehr ist darüber hinaus ein Blick auf die Qualität und Sicherheit des Wissens zu richten und auf die materiellen Entscheidungsvorgaben des Gesetzgebers, um Ansatzpunkte für eine weitergehende Verpflichtung des Privaten zu finden.

a) Unsicherheitsregeln: Vorgaben des Gesetzgebers zum Umgang mit unsicherem Wissen

Das Unter-/ Überordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger ist schwächer ausgeprägt, wenn der Gesetzgeber vorgesehen hat, unsicheres Wissen zu Lasten des Antragstellers zu werten.⁶¹ Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Schutzzweck eines Gesetzes gegenüber einem parallelen Förderungszweck besonders in den Vordergrund gerückt ist.⁶² Dann ist es, vergleichbar dem Verbot mit Ausnahmevorbehalt, im Interesse des Betroffenen, mit weitergehenden Informationen die materielle Rechtslage zu seinen Gunsten zu verändern, indem er die Sicherheit des vorhandenen Wissens steigert.

60 Siehe dazu *E. Gurlit*, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, S. 20 ff.

61 Vgl. zu diesem Konzept der Unsicherheitsregeln (Entscheidungsmodule) für Entscheidungen unter Unsicherheit bereits *I. Specker gen. Döhmman*, in: M. Bungenberg et. al. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*. 44. Assistententagung Öffentliches Recht, S. 61.

62 So etwa in § 1 AMG oder in § 1 Nr. 2 und Nr. 3 ATG.

b) *Spezialität der Information*

Eine höhere Belastbarkeit des Wissens kann auch in anderen Fällen zu höheren Informationslasten des Beteiligten führen. Wenn die Information sehr speziell ist, kann der Betroffene mit größerer Sicherheit ermitteln als die Behörde. Dies ergibt sich aus der Notwendigkeit, fehlendes Wissen beschreiben zu müssen, um es ermitteln zu können. Hier ist tatsächlich der Betroffene "näher dran" als die Behörde. Dies gilt etwa für den Bereich des GenTG oder gänzlich neuer Wirkstoffe wie etwa der Nanotechnologie: Nur wenige Verfahren können mit Erfahrungswissen begleitet werden; technische Innovationen erfolgen überaus schnell und entlang verschiedener Wissenspfaden.⁶³ Aber auch im Bereich der Leistungsverwaltung kann es solche Ausnahmen geben: Angesichts der Vielzahl von Bürgern ist es für die Behörde nicht möglich, Einkunfts- und Vermögenslage eines Sozialhilfeberechtigten zu prüfen. Das einzelfallbezogene Wissen ist so breit gestreut, dass es für die Behörde – auch und wegen schutzrechtlicher Vorschriften zugunsten des Beteiligten – kaum ermittelbar ist.⁶⁴ Das Über-/Unterordnungsverhältnis wird in diesen Bereichen allenfalls faktisch verändert: Die größere Nähe des Beteiligten zum Wissen erlaubt diesem einen strategischen Umgang im Verhältnis zur Behörde. Die Behörde ist in höherem Maße auf seine Wissensübermittlung und deren Vollständigkeit angewiesen, ohne diese vollständig überprüfen zu können. Sie kann höchstens auf Effekte wie Reputation⁶⁵ oder Vertrauen⁶⁶ setzen, die durch kontinuierliche behördliche Überwachung institutionalisiert werden können.

4. *Begleitende Amtsermittlung*

Die Amtsermittlungspflicht der Behörde kann mangels angenäherter Gleichberechtigung in diesen Fällen aber nicht darauf beschränkt sein, lediglich eine nachvollziehende Amtsermittlung durchzuführen. Vielmehr muss die Informationsgewinnung des Beteiligten schon im Vorfeld begleitet werden.⁶⁷ Lediglich punktuell dürfen dem Beteiligten Wissensgewinnungspflichten aufgegeben werden. Das Schwergewicht der Informationsgenerierung muss weiterhin bei der Behörde liegen. Aussagen über Methodik, Verfahren und deren Aussagekraft hat sie selbständig zu bestimmen und ihre Einhaltung und Beachtung durch den Privaten zu begleiten. Sie darf sich nicht darauf beschränken, das Ergebnis einer privaten Informationsgewinnung zu überprüfen, sondern muss bereits den Informationsgewinnungsprozess gestalterisch begleiten. Somit wird die nachvollziehende Amtsermittlung als begleitende Amtsermittlung konkretisiert und präzisiert. Es bleibt jedoch auch hier das Problem der Einbeziehung externer Informationen in den behördlichen Entscheidungsprozess bestehen: Letztlich ist die Beteiligung Privater die Einbeziehung ex-

63 Das Problem der Pfadabhängigkeit, das zu einer Wissensverengung führt, ist in diesen hochinnovativen Bereichen oftmals nicht gegeben.

64 Technische Möglichkeiten können diese Einschätzung in den kommenden Jahren verändern: Wenn etwa Verwaltungen bundesweit Rückgriff auf relevante Daten der Beteiligten hätten, müssen auch hier Mitwirkungspflichten reduziert werden.

65 Dazu etwa die Beiträge in D. Klein (Hrsg.), Reputation, 1997.

66 Siehe dazu B. Lahno, Der Begriff des Vertrauens, 2002; die Beiträge in E. Ostrom/ J. Walker (Hrsg.), Trust and Reciprocity, 2002.

67 Dies geht darüber hinaus, nach der Vorlage der Informationen durch den Beteiligten diese zu überprüfen, wie dies regelmäßig vorgeschlagen wird, z.B. J.-P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, S. 131 ff.

ternen Wissens – mit allen Vorzügen und allen Nachteilen für die behördliche Entscheidungsfindung.⁶⁸ Reine Kostenersparnisargumente werden so zurückgedrängt.

F. Fazit

Der Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 VwVfG ist ein tragendes Prinzip der Informationsgewinnung und -verarbeitung des Staates in der Betrachtung der verwaltungsrechtlichen Entscheidung. Kooperative Elemente können hier durchaus Eingang finden. Sie können jedoch die Amtsermittlung nur in wenigen Fällen verdrängen – nämlich dort, wo neben einer gesetzlich klar festgelegten Aufgabenteilung eine Gleichberechtigung von Staat und Bürger gewährleistet ist. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn ein Verhandlungsspielraum besteht – also vor allem im Bereich staatlicher Leistungen ohne grundrechtlich abgesicherten Anspruch. In weiten Teilen der Eingriffsverwaltung, wo ein grundrechtlich speziell abgesichertes Freiheitsrecht den Bürger vor dem Zugriff der Verwaltung schützt, ist eine Abwälzung der Wissensgewinnung auf den Beteiligten nur unter engen Voraussetzungen möglich: Das fehlende Wissen muss durch die Behörde kaum ermittelbar sein, weil es schnell veränderlich und von hohem spezifischen Gehalt geprägt ist oder die materiellen Vorgaben müssen unsicheres Wissen der Behörde zu Lasten des Bürgers werten, so dass die Wissensgewinnung durch den Beteiligten insgesamt zu qualitativ besseren und sicheren Aussagen führt. Die Behörde darf sich indes nicht darauf beschränken, den Prozess der Wissensgewinnung ergebnisorientiert nachzuvollziehen, sondern muss ihn durch präzise Anforderungen kontinuierlich begleiten.

68 Siehe dazu bereits die Beiträge von *J. Lege* und *E. Hofmann* in I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin (Hrsg.), *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts*, im Erscheinen Tübingen 2008..