

Spiecker Döhmann, Indra

Working Paper

Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem: ein Überblick

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2005,13

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Spiecker Döhmann, Indra (2005) : Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem: ein Überblick, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2005,13, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/26869>

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.



Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods
Bonn
2005/13

Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem
– ein Überblick

Indra Spiecker gen. Döhmann



Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem – ein Überblick

Indra Spiecker gen. Döhmann

July 2005

Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem – ein Überblick[†]

Dr. Indra Spiecker gen. Döhmman, LL.M. (Georgetown University, USA)*

I.	Einleitung	2
II.	Die Informationsgewinnung und ihre Grenzen	5
	1. Eigene Wissensgenerierung	6
	2. Ermittlung bei Beteiligten	7
	3. Rückschlüsse aus strategischem Verhalten	11
	4. Ermittlung mit Hilfe von Dritten.....	13
III.	Besonderheiten im Mehrebenensystem: Die Beteiligung anderer Verwaltungsstellen und nachgeordneter Instanzen.....	16
	1. Aufgabenteilung zwischen Legislative und Exekutive	18
	2. Aufgabenteilung innerhalb der Exekutive: Amtshilfe und sonstige Formen des Zusammenwirkens.....	20
	3. Horizontale Dezentralisation: Aufsplittung der Hauptentscheidung in selbständige Teilentscheidungen	25
IV.	Das Ende der Informationssuche	25
V.	Fazit	26

† Das vorliegende Preprint erscheint in: Oebbecke, Janbernd (Hrsg.), Nicht-normative Steuerung dezentraler Systeme (= Nassauer Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft 7), Stuttgart 2005.

* Die Autorin ist Juristin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn.

I. Einleitung

Der Staat¹ begreift sich zunehmend als Steuernder der Wirklichkeit.² Mit normativen und nicht-normativen³ Mitteln will er seine Ziele realisieren. Wer aber auf Gesellschaft und Technik einwirken will, benötigt ein umfangreiches Steuerungswissen.⁴ Angesichts der Komplexität von Sachverhalten und Lösungsvorschlägen ist der Informationsbedarf des Staates enorm.⁵ Denn Grundlage jedes Steuerungseingriffs muss grundsätzlich eine ausreichende Information über das Verhältnis von Mittel und Zweck sein.⁶ Nur so kann die Legitimitätswirkung staatlicher Eingriffe aufrechterhalten werden. Denn der Staat hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Recht und die Pflicht, Informationen für „rationales und planvolles staatliches Handeln“ zu beschaffen.⁷ In Situationen der Unsicherheit ist daher die Ermittlung von weiterem Wissen⁸ jeglicher Entscheidung für ein Steuerungsmittel im Hinblick auf ein bestimmtes Steuerungsziel vorgeschaltet.⁹ Frühzeitige und kontinuierliche Information des Entscheidungsträgers ist in diesem Umfeld besonders wichtig.¹⁰ Gleichzeitig geht bereits von der Erhebung von Information eine eigenständige Steuerungswirkung aus: Welche Informationen erhoben werden

-
- 1 Für die vorliegenden Zwecke sollen lediglich die vollziehende und die gesetzgebende Gewalt als staatliche Elemente in ihren Formen der Informationsgenerierung betrachtet werden.
 - 2 Dies stellt schon in den Vordergrund *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Flexibilität und Innovationsoffenheit als Entwicklungsperspektiven des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 407, 415 ff.
 - 3 Vgl. dazu die Ausschreibung der Tagung: „Als nicht-normative Steuerungsmittel sollen [...] solche verstanden werden, die den Adressaten in seinem Verhalten rechtlich nicht binden.“
 - 4 Davon gehen aus z.B. die Beiträge in Grimm, Dieter (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990; *Bückmann, Walter/Jänicke, Martin/Lee Yeong Heui/Tietz, Wolfgang/Wolff, Julian/Zieschank, Roland*, Steuerungsfunktionen von Recht, Politik, Planung und Information am Beispiel des Bodenschutzes, 1999, S. 7 f. und 76 ff. Kritisch beurteilt dies bspw. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht – Einleitende Problem-skizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 9, 21.
 - 5 Zur Vermeidung und Vorsorge verlangen umfangreiche Information etwa *Kloepfer, Michael*, Informationsrecht, 2002, § 10 Rz. 88; *Richter, Eike*, Anforderungen an eine nachhaltigkeitsgerechte Informations- und Kommunikationsordnung im Umweltrecht, in: Lange, Klaus (Hrsg.), *Nachhaltigkeit im Recht. Eine Annäherung*, 2003, S. 199, 200.
 - 6 Eine interessante Erkenntnis bietet die Heuristik-Forschung an: Sie geht davon aus, dass der menschliche Entscheider bereits in seiner Kapazität zur Gewinnung und vor allem zur Verarbeitung von Informationen beschränkt ist (siehe dazu allgemein z.B. *Anderson, John R.*, Kognitive Psychologie, 2. Auflage 2001; *Simon, Herbert A.*, *Bounded Rationality in social science today and tomorrow*, 2004). Eine strikte Informationsverringerung und -ignorierung soll die Entscheidungssituation handhabbar gestalten können. Dieser Weg kann sogar, das haben Erkenntnisse der Verhaltenswissenschaften gezeigt, unter bestimmten Umständen zu qualitativ besseren Entscheidungen führen, vgl. grundlegend *Gigerenzer, Gerd/Todd, Peter M./ABC Research Group*, *Simple Heuristics That Make Us Smart*, 1999.
 - 7 BVerfGE 65, 1, 3.
 - 8 Die Begriffe Information und Wissen werden im folgenden synonym verstanden: Beide sind zweckbezogen auf eine Entscheidung. Wie schon *Collin, Peter/Horstmann, Thomas*, *Das Wissen des Staates – Zugänge zu einem Forschungsthema*, in: dies (Hrsg.), *Das Wissen des Staates. Geschichte, Theorie, Praxis*, 2004, S. 9, 12, deutlich machen, ist gerade bei Einbeziehung interdisziplinärer Ansätze eine Differenzierung wenig hilfreich.
 - 9 Andere Möglichkeiten, die hier außer Betracht bleiben sollen, sind das Nicht-Handeln des Staates sowie die unmittelbare Entscheidung unter Unsicherheit ohne weitere Informationsermittlung. Gründe für letzteres können beispielsweise darin liegen, dass die Informationsermittlung aus normativen Erwägungen verboten oder aber zu teuer ist.
 - 10 Darauf verweist auch *Richter, Eike*, in Lange (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 199, 203. Siehe dazu *Babe, Robert E.*, *The Place of Information in Economics*, in: Babe, Robert E. (Hrsg.), *Information and Communication in Economics*, 1994, S. 41, 46 ff.

und wer sie auf welche Weise generiert, hat Auswirkungen auf Inhalt und Bewertung des ermittelten Wissens sowie schließlich auf die Vorbereitung und Durchführung von anstehenden Entscheidungen. Die Qualität der Steuerung wird von der Qualität der gesuchten und aufgefundenen Information beeinflusst.¹¹

Der Entscheider kann seine Wissensbasis durch die Beschaffung von Informationen erweitern. Herkömmlich wird mit der erweiterten Informationsgrundlage die Vorstellung verbunden, damit sei die Entscheidungslage gleichzeitig verbessert. Mehr Information wird also gleichgesetzt mit besserer Information. Dabei ist es keineswegs sichergestellt, dass ein Informationsgewinnungseingriff auch tatsächlich zum gewünschten Erfolg führt: Modernes Wissen zeichnet sich aufgrund seiner Systemstruktur dadurch aus, dass es sich wegen der Einbettung in einen „organischen Prozess“¹² und einer oftmals unüberschaubare Vielzahl an tatsächlichen und möglichen Informationsproduzenten beständig wandelt. Dadurch entstehen mit der Gewinnung neuer Informationen auch stetig neue Wissenslücken, die eine nicht vorhersehbare Problemlösung verlangen. Hinzu kommt, dass eine größere Quantität von Wissen nicht zwangsläufig auch zu einer größeren Qualität der vorbereiteten Entscheidung führt: Das Wissen muss korrekt verarbeitet werden¹³ und in die Entscheidung tatsächlich einfließen¹⁴.

Wie erfolgt staatliche Wissensgenerierung überhaupt? Direkte Zugangsformen wie die Befragung der Beteiligten, ihre Selbsteinschätzung und die selbständige Erhebung statistischer Daten sind nur einige der Möglichkeiten, wenn die Information grundsätzlich existiert. Selbst dann bleibt aber die Problematik ihrer Überprüfung bestehen. Oft genug ist gar nicht sicher, ob die Information überhaupt vorhanden und verfügbar ist. Dann delegiert der Staat die Informationsgewinnung häufig: an Private, an andere staatliche Entscheidungsträger, an untergeordnete staatliche Hierarchieebenen. Er erhöht damit die Anzahl der Entscheidungsträger, der Entscheidungsebenen und der Entscheidungen insgesamt. Diese Steigerung der Komplexität kann helfen, die ursprüngliche Komplexität der Ausgangsentscheidung in einem dezentralen System zu verringern. Sie kann aber auch ein Mittel sein, die anstehende Entscheidung hinauszuzögern oder die Verantwortung für die Entscheidung anderen zuzuschieben, indem die benötigte Information verteilt bleibt oder systematisch verzerrt wahrgenommen wird.¹⁵

11 So auch, wenngleich enger, *Eberle, Carl-Eugen*, Zum Verwertungsverbot für rechtswidrig erlangte Informationen im Verwaltungsverfahren, in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 351, 358.

12 So *Bechmann, Gotthard*, in: Halfmann, Jost/Japp, Klaus Peter (Hrsg.), Riskante Entscheidungen und Katastrophenpotentiale, 1990, S. 123, 125.

13 Die Verhaltenswissenschaften liefern umfangreiche Erkenntnisse über Defizite bei der Verarbeitung von Information. Ein Beispiel dafür aus dem juristischen Bereich bieten *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Kurzenhäuser, Stephanie*, Das Bundesinfektionsschutzgesetz (BInfSchG) – taugliches Mittel zur Bewältigung eines Informationsdefizits?, im Erscheinen 2005, an.

14 Dies ist insbesondere in Gruppenprozessen schwierig, siehe *Kerschreiter, Rudolf*, Soziale Informationsvalidierung und Informationsbewertung als Ursachen für den Diskussionsvorteil geteilter und präferenzkonsistenter Informationen in Gruppen: Eine kritische Überprüfung und Revision des „Mutual enhancement“-Modells, 2003.

15 Zu letzterem Punkt siehe *Eichenberger, Reiner*, Wissen und Information in ökonomischer Perspektive, in Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin (Hrsg.), Wissen-Nichtwissen-Unsicheres Wissen, 2002, S. 75, 79 f.

Die Wahl zwischen den verschiedenen Vorgehensweisen wird von mehreren Komponenten beeinflusst. Die Qualität der nachfolgenden Entscheidung ist ein maßgebliches Kriterium.¹⁶ Aber auch die Verfügbarkeit der Information, die Qualität der Information als (grundsätzlich vorhandenes) Erfahrungswissen oder als gänzlich neues Wissen spielen eine Rolle. Vor allem aber ist darauf abzustellen, um welche Art von fehlendem und von gesuchtem Wissen es sich handelt.¹⁷ Gesucht wird nur Information, deren Fehlen dem Entscheider zumindest bewusst ist, von dem er sich jedenfalls – und sei es eine ungenaue – Vorstellung machen kann. Das insgesamt fehlende Wissen ist daher zwangsläufig deutlich größer, auch wenn sein Fehlen erst nachträglich deutlich wird. Denn der Entscheider geht von der Ausgangslage aus, in der er sich befindet, und erschließt, soweit möglich, sein Umfeld durch Beobachtung, Wahrnehmung oder gezielt durch Erfahrung und Lernen.¹⁸ Anders ist die Vielzahl von Informationsentscheidungen, die erforderlich ist, nicht zu bewältigen: Er muss sich darüber klar werden, über welche Information er verfügt und welche ihm fehlen. Dann muss er entscheiden, ob er diese Informationen erlangen kann und von wem. Dazu benötigt er wiederum weiteres Wissen – umso mehr, wenn der Generierungsprozess typische Fehler aufweist wie etwa die Suche allein in bekannten Kategorien und in der inhaltlichen Nähe zu bekannten Alternativen.

Im Folgenden werden die verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten des Staates, mit Informationsdefiziten umzugehen, beleuchtet und hinsichtlich ihrer juristischen Qualität und ihrer Wirkung als nicht-normatives Steuerungsmittel betrachtet.¹⁹ Dabei wird zunächst die allgemeine Informationsgenerierung betrachtet (II). Besonderer Schwerpunkt liegt dabei auf den Möglichkeiten des Staates, Information im Sinne nicht-normativer Steuerung ohne ordnungsrechtliches Instrumentarium, d.h. Zwang und Pflicht zur Auskunft, zu erlangen. Anschließend widmet sich ein weiterer Schwerpunkt den speziellen Möglichkeiten des Staates, Informationsgewinnung im Mehrebenensystem durchzuführen (III), bevor kurz auf die Beendigung der Informationssuche eingegangen wird (IV). Allerdings können sich die Ausführungen im vorliegenden Rahmen oftmals nur stichpunktartig und auch nur selektiv mit den anstehenden Problemen auseinandersetzen. Dies ergibt sich zwangsläufig aus der Breite der Fragestellungen, der Vielzahl an möglichen Kategorien von Wissen und der verschiedenen Ansatzpunkte für eine Analyse. Gerade auch die

16 Die Durchführung einer Entscheidung hängt maßgeblich von der Art des vorhandenen Wissens ab, siehe auch *Ben-Haim, Yakov*, Information-Gap Decision Theory. Decisions under Severe Uncertainty, 2001, S. 1 ff. So kann etwa die Qualität einer Prognose-Entscheidung nicht am Eintritt der Prognose bemessen werden, da der Eintritt oder Nicht-Eintritt eines vorhergesagten Ergebnisses nicht zwingend auf der Qualität der Prognose beruht, vgl. *Lübbe, Weyma*, Diskussionsbeitrag, wiedergegeben von *Spiecker gen. Döhmman, Indra*, Wissen, Nicht-Wissen, Unsicheres Wissen – ein systematisierender Überblick über die Diskussionsbeiträge der Konferenz, in: Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin (Hrsg.), Wissen-Nichtwissen-Unsicheres Wissen, 2002, S. 371, 401.

17 Eine Kategorisierung bietet an *Spiecker gen. Döhmman, Indra*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit – juristische und ökonomische Vorgaben, in: Lege, Joachim (Hrsg.), Gentechnik im nicht-menschlichen Bereich – was kann und soll das Recht leisten?, 2001, S. 51, 59 ff; zwischen verschiedenen Varianten kontextualisierten Wissens unterscheiden *Nowotny, Helga/Scott, Peter/Gibbons, Michael*, Re-Thinking Science. Knowledge and the Public in an Age of Uncertainty, 2001, S. 96 ff.

18 Näher dazu *Gäffen, Gérard*, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidung, 3. Auflage 1974, S. 96 ff.

19 Dabei geht es nicht um das, was als „Informationsrecht“ bezeichnet wird und die spezifische rechtliche Regelung der Informationsgesellschaft betrifft. Dazu näher z.B. *Kloepfer, Michael*, a.a.O. (Fn. 5), S. 1 ff.

vielfältigen juristischen Probleme im Bereich der Informationsverarbeitung²⁰ und der Wirkung von Information, insbesondere durch Aufbau, Organisation und Auswahl des Personals,²¹ werden deshalb gezielt ausgeblendet.

II. Die Informationsgewinnung und ihre Grenzen

Der Staat kann verschiedene Ziele bei der Informationsgewinnung verfolgen: Er kann die Informationsgenerierung auf ein konkretes Steuerungsziel hin betreiben, er kann aber auch seinen allgemeinen Informationsstand verbessern wollen. Unterscheiden lassen sich vor allem in Anlehnung an die Ökonomie zwei Ziele hinsichtlich der Eigenschaft der fehlenden Information:²² Die Ermittlung gänzlich neuen Wissens einerseits und die Aufhebung bzw. Verringerung von Informationsasymmetrien andererseits. Neues Wissen ist solches Wissen, das zuvor nicht bekannt war, und zwar niemandem. Asymmetrisch verteilte Information zeichnet sich dagegen dadurch aus, dass ein für den Staat greifbarer Informationsträger²³ über die Information verfügt, der Staat allerdings selber die Information nicht zur Verfügung hat. Eine Zwischenstellung nehmen Wissenslücken ein, bei denen es sich um Unsicherheit handelt, die unabhängig von den beteiligten Akteuren entstanden ist – so lassen sich z.B. interaktionsbedingte und naturwissenschaftlich-technische Unsicherheit voneinander trennen.²⁴ Das Wissen ist dann grundsätzlich vorhanden, steht den Akteuren aber nicht zur Verfügung.

Zudem muss der Staat für seine Vorgehensweise unterscheiden, ob die von ihm gesuchte Information ein zukunfts- oder ein vergangenheitsbezogenes Wissensselement darstellt: Danach unterscheidet sich die anschließende Prognoselage für die Entscheidung. Handelt es sich um ein zukunftsbezogenes Wissen, bleibt stets ein Element des Nicht-Wissens bestehen. Erst die Verwandlung der Zukunft in Gegenwart und Vergangenheit kann Sicherheit bewirken. Die Entscheidung bleibt, selbst bei verbesserter Informationslage, immer eine Entscheidung unter Unsi-

20 Siehe dazu z.B. aus verhaltenstheoretischer Sicht für statistische Information *Spiecker gen. Döhmman, Indra/Kurzenhäuser, Stephanie*, a.a.O. (Fn. 13). In der Ökonomie ist diesbezüglich die Bayes'sche Regel vorherrschend, wonach die Wahrscheinlichkeiten der neuen und der bereits vorhandenen Information zueinander in Relation gesetzt werden. Dabei agieren Entscheider ebenfalls nicht immer strikt rational. Vgl. dazu z.B. *Lyons, Bruce*, Risk, Ignorance and Imagination, in: *Heap, Shaun Hargreaves/Hollis, Martin/Lyons, Bruce/Sugden, Robert/Weale, Albert*, The Theory of Choice. A Critical Guide, 1992, S. 51, 53.

21 Auf dessen unterbewertete Rolle im Recht verweist zu Recht *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 4), S. 9, 24.

22 Die ökonomische Literatur zur Information füllt, nach anfänglich stiefmütterlicher Behandlung (siehe dazu das Eingeständnis von *Arrow, Kenneth J.*, Information and the organization of industry, in: Chichilnisky, Graciela (Hrsg.), Markets, Information and Uncertainty. Essays in Economic Theory in Honor of Kenneth J. Arrow, 1999, S. 19 f.) ganze Bibliotheken und hat eigene Forschungszeige wie die Spieltheorie hervorgebracht.

23 Insofern ist die hier verwendete Definition der asymmetrischen Information weniger umfassend als im üblichen ökonomischen Verständnis, das zwischen Staat und Privaten nicht unterscheidet. Zudem geht das ökonomische Modell selbstverständlich davon aus, dass die Asymmetrie der Informationsverteilung zwischen den beteiligten Parteien besteht bzw. sich einseitig vorhandenes Wissen auf eine Informationsasymmetrie zwischen Beteiligten zurückführen lässt.

24 Näher zu Arten und Gründen von Unsicherheit siehe *Spiecker gen. Döhmman, Indra*, in Lege (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 17), S. 51, 59 ff.

cherheit und damit eine Prognoseentscheidung mit allen diesbezüglichen Einschränkungen.²⁵ Handelt es sich dagegen um ein vergangenheitsbezogenes Wissen, besteht grundsätzlich die Möglichkeit umfassender Aufklärung und damit der Herbeiführung einer sicheren Entscheidungslage. In diesem Fall hat Recht vor allem die Aufgabe, Regeln für die Beendigung des Suchprozesses zu formulieren. Außerdem ist das Recht im Umgang mit unterschiedlicher Wahrnehmung²⁶ und mit dem Wegfall von Wissen²⁷ gefordert. Vor die Schwierigkeiten der Ermittlung vergangenheitsbezogener Information ist insbesondere der Richter im Prozess immer wieder gestellt.²⁸ Vergangenheitsbezogenes Wissen kann aber auch die Ermittlung zukunftsbezogenen Wissens ermöglichen, indem mittels Erfahrung oder Extrapolation zukünftige Ergebnisstände angenommen werden.

Schließlich wirkt eine weitere Kategorisierung von Wissen auf die Möglichkeiten des Staates zur Informationsgewinnung ein, insbesondere in Bezug auf ihre Grenzen: Handelt es sich um personenbezogene Information, um sachbezogene Information oder gar um statistisches Material? Die Bedingungen, unter denen Informationen generiert werden können, variieren entsprechend.²⁹ Am engsten sind die Grenzen des Staates bei personenbezogener Information gezogen, aber auch die Ermittlung technisch-sachbezogenen Wissens oder die Führung von Datenbanken ist nicht ohne die Einhaltung rechtlicher Vorgaben möglich.

1. Eigene Wissensgenerierung

Zur Behebung seines Informationsdefizits kann der staatliche Entscheider auf die eigenständige Ermittlung von Wissen abstellen. Als zentral ist auf der exekutiven Ebene³⁰ die präventive Tätigkeit der Ordnungsbehörden zu nennen, die aufgrund eigener Beobachtung Gefahrentatbestände aufdeckt. Dazu zählen auch Formen der Kontrolle, mit denen eine Behörde aufgrund eigener Beobachtung und Anschauung die Einhaltung von rechtlichen Vorgaben überprüft. Zudem haben sich insbesondere im Umweltrecht in den vergangenen Jahren, z.T. aufgrund der Vorgaben des EU-Rechts, vielfältige neuartige Eigenermittlungsinstrumente der Exekutive herausgebildet: Umweltindicatorsysteme, Umweltmessungen, Umweltmonitoring, Ökoberichte und Ökobilanzen sind nur einige davon. Auch die Messdaten, die von der Exekutive z.B. aufgrund europäischer

25 Aufgrund stochastischer Erkenntnisse kann zwar die Prognose so gut wie immer zutreffen; es bleibt aber dabei, dass ein letzter Rest an Unsicherheit bis zum Eintritt des Ereignisses bestehen bleibt.

26 Darunter leidet vor allem der auf Zeugenaussagen basierende Beweis im Gerichtsverfahren.

27 Diese Problematik tritt je häufiger auf, desto weiter zurück der Information gebende Sachverhalt liegt, z.B. dadurch, dass sich niemand mehr erinnert. Ein klassisches Beispiel für den Verlust von Wissen ist die Herstellung der ägyptischen Farben oder Mumifizierteknik, die heute trotz modernster Technik nicht rekonstruierbar sind. So ist auch die Äußerung von *Vismann, Cornelia*, Was weiß der Staat noch, in: Collin, Peter/Horstmann, Thomas, a.a.O. (Fn. 8), S. 41, 43, über die Variabilität und Flüchtigkeit modernen Wissens einzuordnen.

28 Die besonderen Schwierigkeiten der dritten Gewalt in der Ermittlung von Informationen sollen im folgenden außer Betracht bleiben.

29 Einen Überblick dazu bietet *Kloepfer, Michael*, a.a.O. (Fn. 5), § 1 Rz. 38 ff., wenngleich auch aus anderer Perspektive.

30 Der Begriff des dezentralen Systems wird hier im Sinne des Tagungsthemas weit verstanden und soll, wie unten noch näher ausgeführt wird, auch Fragestellungen der arbeitsteiligen Entscheidungsdelegation zwischen den einzelnen staatlichen Gewalten erfassen.

Richtlinien im Bereich des Immissionsschutzrechts³¹ zu sammeln sind, gehören in diese Kategorie. Die Ermittlung dieser Daten muss dabei nach bestem Wissen und Gewissen erfolgen,³² d.h. sie muss neutral, sachkundig, frei von Inkonsistenzen und im Bemühen um objektive Richtigkeit vorgenommen werden.³³

Eine weitere Form der eigenständigen Ermittlung besteht in der Sammlung sachbezogener Daten durch die Anlage von Datenbanken.³⁴ Darin können auf systematische Weise eine Vielzahl von Informationen aufbewahrt und zugänglich gehalten werden. Diese Ermittlungsform ist allerdings, sobald personenbezogene Daten enthalten sein sollen, den besonderen Auflagen des Datenschutzrechts unterworfen.³⁵ Aber auch bei sachbezogenen Informationen sind Geheimnisschutzpflichten der Behörden zu berücksichtigen oder wenigstens das Einverständnis der Schutzwürdigen einzuholen.

2. Ermittlung bei Beteiligten

Wenn Information gesucht wird, die dem Staat fehlt, bei einem am Verfahren Beteiligten jedoch vorhanden ist, wird der staatliche Entscheidungsträger versuchen, auf die Kenntnisse der Betei-

31 Vgl. die Umsetzung durch das Siebte Änderungsgesetz zum BImSchG und die darauf basierende geänderte 22. BImSchV; dazu auch *Hansmann, Klaus*, Die Luftqualitätsrahmenrichtlinie der EG und ihre Umsetzung in deutsches Recht, NuR 1999, S. 10 ff; zu europäischen Vorgaben siehe auch *Rebentisch, Manfred*, § 53: Überwachung, Kontrolle, Berichtspflichten, in Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band II, 1. Teilband, Rz. 7 ff.

32 *Ossenbühl, Fritz*, Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, 1986, S. 75 f.

33 Vgl. dazu auch *Schulte, Martin*, The Use of Knowledge in the Legal System: The Relationship between Scientific Expertise and Legal Decisions, in Stehr, Nico (Hrsg.), The Governance of Knowledge, 2004, S. 211, 218.

34 Darunter werden hier sämtliche Sammlungen von Daten, Materialien, Unterlagen und Informationen i.w.S. verstanden, also auch Archive, Register etc. Beispiele dafür sind etwa das Bundeszentralregister nach dem Bundeszentralregistergesetz (BZRG), in das strafgerichtliche Verurteilungen und bestimmte behördliche und gerichtliche Entscheidungen eingetragen werden; die Melderegister der Länder nach dem Melderechtsrahmengesetz (MRRG); das Verkehrszentralregister nach dem StVG; die Archive des Bundes und der Länder nach dem Bundesarchivgesetz (BArchG) und den jeweiligen Ländergesetzen, soweit verabschiedet; das Archiv zur Aufbewahrung der Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der DDR nach dem sog. Stasi-Unterlagen-Gesetz (StUG) sowie die Bundesstatistiken nach dem Bundesstatistikgesetz (BStatG) i.V.m. einer konkreten Ermächtigungsgrundlage wie z.B. das Umweltstatistikgesetz (UmwStatG). Allein für den Bereich des Bodenschutzes gibt es vielfältige Informationssammlungen in Datenbanken, siehe dazu nur *Bückmann, Walter/Jänicke, Martin/Lee Yeong Heui/Tietz, Wolfgang/Wolff, Julian/Zieschank, Roland*, a.a.O. (Fn. 4), S. 177 ff.

35 Auf die Ermittlung gänzlich neuen Wissens durch eigenständige Forschung, die eine weitere wichtige Quelle eigenständiger Ermittlung von Informationen darstellt, soll in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Eine Übersicht über die neuen Formen der Kooperation von Staat, Gesellschaft, Forschung und Industrie bei der Produktion von Wissen stellen *Nowotny, Helga/Scott, Peter/Gibbons, Michael*, a.a.O. (Fn. 17), S. 66 ff. vor. Als ein wesentlicher Aspekt sind insbesondere die Probleme der Kosten der Gewinnung solcher Informationen und ihre Bereitstellung über den Produzenten hinaus zu beachten: Die Herstellung gänzlich neuer Informationen ist i.d.R. ein sehr kostspieliger Vorgang, während die Verbreitung oftmals sehr günstig und für den ursprünglichen Produzenten nicht mehr kontrollierbar ist. Dies kann zu einem Marktversagen in der Produktion bestimmten Wissens führen, die durch die staatliche Forschungsförderung jedenfalls zum Teil ausgeglichen werden soll. Ein Beispiel für ein solches Marktversagen findet sich in der Bereitstellung von nachteiligen Informationen über chemische Stoffe. Siehe dazu *Spiecker gen. Döhmann, Indra*, in Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik, 2004, S. 151, 170 ff.

ligten zurückzugreifen. Dabei handelt es sich um die in der Ökonomie als Informationsasymmetrie beschriebene Situation: In einer Verhandlungssituation weiß die eine Seite mehr als die andere. Der Staat versucht, das verstreut vorhandene Wissen zu bündeln. Man könnte auch davon sprechen, dass der Staat zunehmend zum Verwalter existenten Wissens berufen ist.³⁶

Welche Informationen eine Behörde von einem Verfahrensbeteiligten erhalten kann, ergibt sich unter bestimmten Umständen aus der Ermächtigungsgrundlage für das Tätigwerden der Behörde. Der einfachste Fall ist gegeben, wenn das Gesetz exakt festlegt, welche Informationen die Behörde erheben darf oder soll. Solche Informationserhebungsermächtigungen finden sich ausdrücklich, wenn es um die Erhebung statistischer Daten geht.³⁷ Es existieren aber auch Vorschriften, wonach die Behörde bereits präventiv Daten vom Einzelnen erheben darf.³⁸ Darüber hinaus enthalten manche Gesetze, die weitergehende Ermächtigungsgrundlagen für ein Vorgehen einer Behörde vorsehen, auch Vorschriften über diejenigen Informationen, die eine Behörde in ihrer Entscheidung berücksichtigen darf. Darin ist dann sowohl eine Ermächtigung als auch eine Begrenzung der behördlichen Informationsgewinnung zu sehen: Einerseits wird der Behörde erlaubt, diese Informationen zu sammeln. Andererseits aber wird auch der Rahmen der möglichen Informationen abgesteckt. Eine darüber hinaus reichende Ermächtigungsgrundlage hat sie, wenn nicht ausdrücklich normiert, nicht.

Enthält das Gesetz aber keine ausdrückliche Ermächtigung zur Gewinnung von Informationen, lässt sich aus der rechtmäßigen Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten der Behörde kein inhärenter Informationsbeibringungsanspruch gegenüber dem Privaten ableiten. Der Amtsermittlungsgrundsatz aus § 26 VwVfG, wonach die Behörde den Sachverhalt zu ermitteln hat, liefe leer, wenn die Ermächtigungsgrundlage gleichzeitig auch als Ermächtigungsgrundlage für die zur Entscheidung notwendigen Informationen genutzt werden könnte. Zwar sieht das Gesetz eine Mitwirkungsobliegenheit des Beteiligten vor, wenn behördliche Zweifel mit der Hilfe des Beteiligten ausgeräumt werden können und dies für den Beteiligten ohne weiteres möglich ist. In der Folge wird der Amtsermittlungsgrundsatz also derart verstanden, dass solche Zweifel zu Lasten des Antragstellers gehen, wenn die Behörde den Sachverhalt aufgrund seiner Untätigkeit nicht korrekt ermitteln kann.³⁹ Dieses Verständnis von § 26 kehrt aber den Amtsermittlungsgrundsatz nicht um, sondern reagiert lediglich auf die größere Nähe des Beteiligten und seinen Informationsvorsprung. Daher liegt in einer staatlichen Ermächtigungsgrundlage nicht gleichzeitig auch die Grundlage für einen Informationsgewinnungseingriff. Auch aus etwaigen verfassungsrechtlichen Grundpflichten lässt sich eine Informationsermächtigungsgrundlage nicht gewinnen, sondern muss jeweils im Einzelfall gegeben sein.⁴⁰

36 Diesen Terminus benutzt *Gawel, Erik*, Reguliertes Wissen um Unwissen. Zur Generierung und Distribution von Risikoinformation aus ökonomischer Sicht, in: Hart, Dieter (Hrsg.), *Privatrecht im „Risikostaat“*, 1997, S. 265, 269.

37 Z.B. in § 4 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § Abs. 2 Satz 4 BInfSchG zur Erstellung eines Impfschadensregisters oder § 13 BInfSchG für sog. Sentinel-Erhebungen.

38 Z.B. in §§ 26 ff und § 52 BImSchG.

39 *Knack/Clausen*, *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar, 8. Auflage, 2004, § 26 Rz. 36.

40 Siehe auch *Hahn, Werner*, *Offenbarungspflichten im Umweltschutzrecht*, 1984, S. 105 ff.

Unabhängig von der konkreten Ermächtigungsgrundlage zur Informationsgewinnung ist das diesbezügliche exekutive Handeln nicht unbeschränkt. Grenzen ergeben sich durch Geheimhaltungs- und Datenschutzerwägungen⁴¹ sowie aus der Ermächtigungsgrundlage selbst: Die Behörde darf nur solche Informationen ermitteln, die sie zur Erfüllung ihrer durch die Ermächtigungsgrundlage festgelegten konkreten Aufgabe tatsächlich benötigt. Besonders deutlich wird dies, wenn, wie z.B. im Bauplanungsrecht, gesetzliche Abwägungsvorgaben vorhanden sind. Die Behörde kann dann nur solche Informationen erheben (und später in die Entscheidung einfließen lassen), die sie auch für ihre Entscheidung nutzen darf. Eine darüber hinaus gehende Informationsgewinnung wäre nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und daher ein unzulässiger Eingriff in die Rechte des Beteiligten. Überdies darf die Behörde keinem Informationsverwertungsverbot unterliegen.⁴² Auch das Verbot der Selbstbelastung setzt Grenzen.⁴³

Zu berücksichtigen ist aber noch die besondere Situation der asymmetrischen Informationsverteilung: Gerade in verwaltungsrechtlichen Genehmigungs- und Informationsverfahren verfügt der Antragsteller bzw. Informationspflichtige in der Regel über ein der Behörde überlegenes Wissen. Denn der Antragsteller weiß bereits im Vorfeld, dass er eine Genehmigung für die Durchführung eines konkreten Verfahrens oder einer konkreten Anlage benötigt bzw. seine Informationen zur Grundlage für ein Einschreiten gegen ihn dienen können. Er richtet daher sein Vorgehen und Vorbringen auf die der Behörde gegenüber zu begründende Entscheidung aus. Er tritt an die Verwaltung in der Regel erst heran, wenn sein internes Planungs- und Abwägungsverfahren abgeschlossen oder jedenfalls so weit fortgeschritten ist, dass die Durchführung nur noch von der Genehmigung bzw. dem Nicht-Tätigwerden der Behörde und davon verursachten Variablen⁴⁴ abhängig sein soll. Der Anspruchsteller kennt daher den vorangegangenen Entscheidungsweg mit allen Nebenwegen, Gründen und Überlegungen, während die Behörde um Alternativen und deren Bewertung aus Sicht des Antragstellers nichts weiß.

Die asymmetrische Informationsverteilung erstreckt sich aber auch auf das zur Entscheidung bzw. zur verlangten Information vorgelegte Vorhaben selbst. Der Private legt nicht sämtliche der zu seiner eigenen Entscheidung führenden Bewertungselemente vor, sondern beschränkt sich auf die Mitteilung der geforderten Informationen, die hinter den tatsächlich vorhandenen einschlägigen Informationen zurückbleiben. Das liegt auch daran, dass er über Aufschlüsse verfügt, die er nicht nach der Gesetzeslage vorbringen muss und die möglicherweise Nachteile bewirken könnten, wenn er sie der Behörde dennoch vorlegt. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörde einen Ermessensspielraum hat, weil diese Informationen dann die Entscheidung der Behörde nachdrücklich beeinflussen können.⁴⁵

41 Siehe dazu *Kloepfer, Michael*, a.a.O. (Fn. 5), § 8 und § 9. Zum Recht des Datenschutzes umfassend *Tinnefeld, Marie-Therese/Ehmann, Eugen*, Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage 1998.

42 Dazu *Macht, Klaus*, Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, 1999; *Eberle, Carl-Eugen*, in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 11), S. 351 ff.

43 *Hahn, Werner*, a.a.O. (Fn. 40), S. 168.

44 Hierzu gehören etwa Finanzierungen, die erst nach einer erteilten Genehmigung abgerufen oder auch beantragt werden können.

45 Ein Beispiel dafür ergibt sich aus dem Baurecht, wo die Behörde bei ihrer Entscheidung nicht weiß, ob ein Nachbar nur aufgrund einer, vielleicht beträchtlichen, Gegenleistung eine Einwilligung in ein Vorhaben er-

Diese vorhandene Information zu gewinnen, kann zunächst einmal durch Anzeige-, Benachrichtigungs- und Mitteilungspflichten ordnungsrechtlich erzwungen werden. Wie bei vielen ordnungsrechtlichen Vorgehensweisen stellt sich dann aber ein Vollzugsproblem: Da die Behörde nicht sicher weiß, ob das von ihr gewünschte Wissen beim Verpflichteten vorhanden ist, kann sie Vollstreckungsmaßnahmen nur „ins Blaue hinein“ treffen.

Auch wenn die Behörde einen konkreten Informationsanspruch gegenüber einem Beteiligten hat, bleibt das Problem: Die Ermächtigungsgrundlage gibt vor, welche Informationen der Beteiligte zur Verfügung zu stellen hat. Die darüber hinaus bei ihm vorliegenden Informationen braucht er nicht preiszugeben; er muss nicht einmal ihre Existenz anzeigen. Zudem kann die Behörde die Produktion von Informationen, die zwar für den Beteiligten ohne weiteres zu ermitteln wären, für diesen aber negative Konsequenzen zeitigen würden, nur selten einfordern und durchsetzen. Dies führt, gerade was nachteiliges Wissen angeht, oftmals zu einem Marktversagen: Da i.d.R. Informationsansprüche des Staates eine Risiko- oder Gefahrenlage vorbereitend abklären sollen, die dann womöglich zu Eingriffen gegenüber den Beteiligten berechtigt, hat der Beteiligte ein Interesse daran, für ihn ungünstiges Wissen gar nicht erst zu produzieren, auch wenn die Möglichkeit dazu ohne weiteres gegeben wäre. Gerade auf dem Feld von Arzneimittel- und Chemikalienregulierung kann dies zu einer flächendeckenden Unterversorgung mit diesen gesellschaftlich wünschenswerten Informationen führen.⁴⁶

Erfolgversprechender sind daher nicht-normative Wege zur Informationserlangung. Eine Möglichkeit, Informationen vom Beteiligten zu gewinnen und dabei dessen Neigung zum Verschweigen für ihn negativer Informationen zu berücksichtigen, kann im Instrument der Selbsteinschätzung gesehen werden. Dieses findet sich z.B. in § 10 Abs. 2 Nr. 5 und § 12 GenTG, wonach eine erste Einstufung der Gefährlichkeit eines Vorhabens in eine von fünf Gefährlichkeitsstufen durch den Antragsteller zu erfolgen hat. Das Gesetz sieht vor, dass die Behörde die Selbsteinschätzung des Antragstellers zunächst übernimmt, allerdings im weiteren Verfahren Gelegenheit hat, eine eigene Beurteilung, gestützt auf die diesbezügliche Einschätzung einer Expertenkommission, an die Stelle der Selbsteinschätzung zu setzen. Da die Informationspflichten für die unterschiedlichen Stufen verschieden sind und die Behörde abhängig von der Sicherheitsstufe über einen weiten Spielraum an Maßnahmen verfügt, ist es im Interesse des Antragstellers, eine weitgehend korrekte Einschätzung abzugeben: Schätzt er sich zu niedrig ein und wird später hochgeschätzt, kann es passieren, dass die Behörde ihn als gefährlicher einschätzt als er tatsächlich ist, weil sie – angesichts der Unüberprüfbarkeit mancher Angaben des Antragstellers – nunmehr von einer insgesamt zu zurückhaltenden Übermittlung und Bewertung der Tatsachen durch ihn selbst ausgeht. Das aber ist nicht im Interesse des Antragstellers. Hinzu kommt, dass angesichts einer fortdauernden Beziehung zwischen Behörde und Antragsteller es dem Antragsteller nutzen kann, wenn die Behörde ihn als einen kooperativen, offenen Beteiligten kennen lernt. Schätzt der Antragsteller sich dagegen als gefährlicher ein, als er sich tatsäch-

teilt hat. Wenn die Behörde ohnehin im Zweifel über die Genehmigungsfähigkeit ist, könnte eine solche Kenntnis dazu führen, dass sie ihr Ermessen entsprechend ausübt.

46 Am Beispiel des amerikanischen Chemikalienrechts zeigt dies auf *Spiecker genannt Döhmann, Indra*, in Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), S. 151, 174 f.

lich sieht, besteht die Gefahr, dass die Behörde diese Einschätzung übernimmt und nicht nach unten korrigiert. Immerhin ist ja der Antragsteller über viele Details des Verfahrens besser informiert als die Behörde, so dass es nachvollziehbar ist, wenn diese sich einer möglicherweise zu positiven eigenen Beurteilung enthält, die seine Einschätzung übersteigt. Auch dann also muss der Antragsteller sich den Maßnahmen einer gefährlicheren Stufe beugen, als er sie tatsächlich für notwendig hält. Die Selbsteinschätzung ist also ein Instrument, eine möglichst reale Positionierung des Antragstellers zu erreichen, unter der Bedingung, dass die reale Drohung aufrechterhalten werden kann, dass die Behörde die Selbsteinschätzung korrigiert. Eine derartig ausgestaltete Selbsteinschätzung verbindet gleichzeitig normative und nicht-normative Steuerung miteinander: Durch die ernsthafte Drohung mit einer möglichen Korrektur der Selbsteinschätzung wird die Aussage des Beteiligten glaubhaft.

Eine weitere nicht-normative Form der Ermittlung von Informationen kann zudem in der Ausgestaltung materiellen Rechts liegen: Eine gesetzlich normierte Gefährdungshaftung, bei der ein Verschulden keine Rolle spielt, kann die potentiellen Schädiger anregen, für sie günstige Informationen zu produzieren und dem Staat zur Verfügung zu stellen, um die Gefährdungshaftung einzuschränken oder aufzuheben.⁴⁷ Zudem kann sie dazu führen, dass ein gesetzlich als gefährlich eingestuftes Verhalten reduziert oder auch gänzlich aufgegeben wird.

3. Rückschlüsse aus strategischem Verhalten

Das Verhältnis zwischen Behörde und allen Beteiligten ist in der Regel von strategischen Erwägungen geprägt. Ein Verpflichteter weiß, dass er auf die Behörde angewiesen ist. Aber auch der in sonstiger Weise Beteiligte, z.B. der Nachbar im Baurechtsverfahren, hat eigene Interessen bei der Informationsbeibringung. Für ihn ungünstige Informationen wird der Beteiligte zurückhalten wollen, während er eine Neigung hat, für ihn günstige Informationen besonders hervorzuheben. Da die Behörde dies weiß, wird sie günstige Informationen grundsätzlich kritisch betrachten, da sie nicht einschätzen kann, ob diese umfassend sind oder aber ergänzende, ungünstige Informationen zurückgehalten werden.⁴⁸ Selbst wenn der Private für ihn ungünstige Informationen bereitstellt, kann die Behörde daraus noch nicht auf deren Vollständigkeit schließen. Vielmehr könnte der Beteiligte strategisch vorgehen und der Behörde einige für ihn ungünstige Informationen anbieten in der Hoffnung, die Behörde werde dann weitere Informationen nicht einholen, weil sie glaube, vollständig informiert worden zu sein.

Dahinter steht das Problem der Bewertung und Bewertbarkeit von Informationen. Der spieltheoretische Zweig der Ökonomie kennt besondere Formen, mit diesen besonderen Ausprägungen

47 *Wätzold, Frank*, Umweltökonomische Konzeptionen bei ökologischer Unsicherheit, 1998, S. 158 ff., analysiert dezidiert die Folgen unterschiedlicher Haftungsregimes für den Umweltbereich. Vgl. dazu auch *Gawel, Erik*, in: Hart, Dieter (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 36), S. 265, 295 ff.

48 *Akerlof, George*, The Market for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism, in: *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), S. 488 ff., hat dieses Problem für den Gebrauchtwagenmarkt wegweisend dargestellt. Siehe auch *Hirshleifer, J./Riley, John G.*, The Analytics of Uncertainty and Information – An Expository Survey, in: *Journal of Economic Literature* 17 (1979), S. 1375, 1389 ff.

von Informationsasymmetrien umzugehen. Mit den Instrumenten des sog. Screening durch die Behörde und Signaling seitens des Antragstellers wird ein notwendiger Vertrauensvorschuss in die Glaubwürdigkeit der Information durch die Beteiligten ermittelt, indem ihr Verhalten Rückschlüsse auf das Vorhandensein einer bestimmten, anders nicht überprüfbaren Information zulässt und zulassen soll.⁴⁹ Solche zwingenden Verfahren zu konstruieren, ist allerdings eine sehr komplexe und nicht generell mögliche Vorgehensweise, die von einer Vielzahl an Variablen abhängt. Sie können überdies an die Grenzen juristischer Legitimität stoßen.⁵⁰

Eine andere Möglichkeit des Rückschlusses aus Verhalten besteht dann, wenn der Private weiß, dass er mit der Behörde fortgesetzten Kontakt haben wird.⁵¹ Hier kann Reputation als Mittel eingesetzt werden, die Bewertung von Informationen zu ermöglichen.⁵² Dies ist zum Beispiel im Immissionsrecht der Fall, wo die Behörde die Einhaltung der Vorschriften im fortgesetzten Betrieb einer Anlage kontinuierlich überprüft und Gesetzesänderungen einen andauernden Austausch zwischen Behörde und Unternehmer erfordern. In diesen Fällen ist es für den Beteiligten ratsam, einen Ruf aufzubauen, aufgrund dessen die Behörde seine Informationen für glaubwürdig hält.⁵³ Da Behörde und Beteiligter das gleichermaßen wissen, kann die Behörde die Informationen des Beteiligten als glaubwürdiger einstufen, als sie es tun könnte, wenn der Beteiligte lediglich einmal mit ihr zu tun hat. Auch hier ist allerdings erforderlich, dass im Hintergrund glaubhafte Drohungen mit dem Machtpotential der Behörde zum Einschreiten und zur Korrektur existieren. Solche Rückschlüsse sind allerdings an verschiedene Bedingungen gebunden. In Massenverfahren, bei ständig wechselndem Personal und bei rechtlich garantiertem Bestandsschutz unabhängig von der jeweiligen Gesetzeslage etwa ist der mögliche Erfolg dieses Vorgehen zur Bewertung von Information begrenzt.

Eine andere Form, wie das Verhalten Dritter die Informationsgewinnung eines staatlichen Entscheidungsträgers beeinflussen kann, ist im Phänomen der sog. Informationskaskaden zu finden: Hier kombiniert der Entscheidungsträger eigene private Informationen mit Informationen, die er aus dem Verhalten anderer erschließen kann. In diesen Fällen sucht der Entscheider zu einer

49 Allgemein dazu z.B. *Wessling, Ewald*, Individuum und Information, 1991, S. 92 f. Aus der spieltheoretischen Literatur siehe nur *Baird, Douglas G./Gertner, Robert H./Picker, Randal C.*, Game Theory and the Law, S. 122 ff.; *Rasmusen, Eric*, Games and Information, 2. Auflage, 1994, S. 249 ff.

50 Siehe zum Problem der juristischen Rationalität *Führ, Martin*; in: Gawel, Erik (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht – Grundsatzfragen wirtschaftlicher Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht, 2001, S. 157; *Bitter, Melanie*, Spieltheorie und Öffentliche Verwaltung. Behördliche Informationsbeschaffung durch spieltheoretische Mechanismen. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung verschiedenartiger Rationalitäten. (im Erscheinen 2005).

51 Die ökonomische Spieltheorie, die sich in besonderer Weise mit den strategischen Aspekten des Verhaltens auseinandersetzt, kennt diese Situation als „repeated Games“. Vgl. dazu z.B. *Rasmusen, Eric*, a.a.O. (Fn. 49), S. 121 ff.

52 Dazu z.B. *Lyons, Bruce*, in: *Heap, Shaun Hargreaves/Hollis, Martin/Lyons, Bruce/Sugden, Robert/Weale, Albert*, a.a.O. (Fn. 20), S. 93, 123 f.; *Baird, Douglas C./Gertner, Robert H./Picker, Randal C.*, a.a.O. (Fn. 49), S. 178 ff.; *Rasmusen, Eric*, a.a.O. (Fn. 49), S. 241 und S. 129 f.

53 Hier hat die ökonomische Forschung zur Informationsasymmetrie gezeigt, dass die Reputation dann als ergänzendes Kriterium nicht mehr greift, wenn die Beziehung der Beteiligten in einiger Zeit enden wird. Dann hat der Private keinen Grund mehr, seine Reputation zu schützen bzw. zu erhalten, es sei denn, er kann den Nutzen aus der entstandenen Information auf dem Markt weiterveräußern, also z.B. durch Veräußerung des Unternehmens, das dann einen höheren Verkaufspreis erzielen kann. Vgl. dazu *Rasmussen, Eric*, a.a.O. (Fn. 49), S. 132.

eigenen Einschätzung der Qualität von Wissen zu gelangen, indem er nicht nur die von ihm selbst gewonnenen und gewinnbare Information zugrundelegt, sondern dabei vorangegangene Entscheidungen und Bewertungen derselben Information anderer Entscheider berücksichtigt. Dieser Mechanismus lässt sich am Beispiel von Einstellungsentscheidungen auf dem Arbeitsmarkt illustrieren: Die Ablehnung eines Bewerbers durch andere Arbeitgeber kann die Einschätzung eines einstellungswilligen Arbeitgebers so sehr beeinflussen, dass er schließlich, entgegen seiner eigenen Meinung, von einer Einstellung absieht.⁵⁴ Diese Situation ist auf staatliche Informationsgewinnungsprozesse ohne weiteres übertragbar, etwa auf einen Antragsteller, der bereits bei anderen Behörden als wenig zuverlässig bekannt ist oder auf Anträge, die bereits vorher von anderen Behörden z.B. an anderen Standorten abgelehnt worden sind. Diese Vorgehensweise kann tatsächlich zu einem Informationsgewinn führen, wenn die vorangegangenen Entscheidungen ihrerseits fehlerfrei erfolgt sind. Viel größer ist aber die Gefahr, dass Fehlentscheidungen anderer nicht nur die originale Entscheidung beeinflussen, sondern sich in der Folge auch noch in davon an sich unabhängigen Verfahren wiederfinden. Die Fehleranfälligkeit der nachfolgenden Entscheidung wird also erhöht. Wenn daher ein weitgehend freier Austausch zwischen exekutiven Entscheidern besteht, ist damit auch die Gefahr der Realisierung der Nachteile solcher Informationskaskaden gegeben, ohne dass der Betroffene dagegen vorgehen kann.

4. Ermittlung mit Hilfe von Dritten

In vielen Fällen ist der Staat nicht imstande, die gewünschte Information selbständig, mit oder ohne Hilfe von Beteiligten, zu ermitteln, selbst wenn das Wissen grundsätzlich vorhanden ist. Das liegt z.T. an der Art des Wissens selbst, das ein hohes Maß an speziellem Fachwissen zur Ermittlung und zum Verständnis voraussetzen kann. Dies gilt insbesondere für komplexe technische Zusammenhänge, deren exakte Kenntnis auch von einer gut ausgebildeten und qualifizierten Verwaltung nicht erwartet werden kann.⁵⁵ Solch zukunfts-, aber auch vergangenheitsbezogenes Wissen um Zusammenhänge und Sachverhalte, um Konsequenzen und Folgewirkungen kann durch die Heranziehung externer Dritter dem staatlichen Entscheider zur Verfügung gestellt werden.⁵⁶ Diese können in vielfältiger Weise in den Informationsgewinnungsprozess eingebun-

54 Eine sehr gut verständliche und nicht-mathematische Darstellung zu den Informationskaskaden findet sich bei *Anderson, Lisa R./Holt, Charles A.*, Information Cascades, in: *Journal of Economic Perspectives* 10 (1996), S. 187 ff.

55 Anderes mag ausnahmsweise für hochspezialisierte Verwaltungseinrichtungen mit einer eng begrenzten Verwaltungsaufgabe gelten.

56 Die Rolle von Experten in staatlichen Entscheidungsprozessen ist so vielfältig und komplex, dass sie in diesem Rahmen nur ansatzweise behandelt werden kann. Daher werden auch nur einige der Problemfelder thematisiert, soweit sie die Informationsgewinnung und -verarbeitung in besonderer Weise betreffen. Für eine umfangreichere Analyse und Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen des Einsatzes von Dritten im staatlichen Entscheidungs- und damit im vorgeschalteten Informationsgewinnungsprozess siehe z.B. die Beiträge in *Bartlsperger, Richard* (Hrsg.), *Der Experte bei der Beurteilung von Gefahren und Risiken*, 2001; die Beiträge in *Bonin, Hinrich* (Hrsg.), *Entmythologisierung von Expertensystemen – Entscheidungsunterschätzung in der öffentlichen Verwaltung*, 1990; die Beiträge in *Smith, Roger/Wynne, Brian* (Hrsg.), *Experte Evidence. Interpreting Science in the Law*, 1989; *Tönsmeier-Uzuner, Sabine*, *Expertensysteme in der öffentlichen Verwaltung. Rechtliche Anforderungen an den Einsatz eines neuen behördlichen Handlungsinstrumentes*, 2000; *Seidel, Achim*, *Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht*, 2000.

den werden. Es kann sich aber auch um Fälle handeln, wo der Staat nicht die Information selbst erheben will, sondern lediglich ihre Verifizierung anstrebt – etwa dann, wenn andere Mittel im direkten Kontakt mit dem Beteiligten keine Sicherheit erbracht haben, eine solche aber durch die Einschätzung Dritter möglich wird.⁵⁷

Außerdem kann dem Staat neben asymmetrisch verteiltem Wissen auch gänzlich neues Wissen durch die Einschaltung von Dritten zugänglich gemacht werden. Dies geschieht durch gezielte Forschungsaufträge⁵⁸, personelle, sachliche und finanzielle Förderung von bestimmten Projekten und die Einberufung ständiger beratender Gremien, wie etwa die Monopolkommission, die sog. „Fünf Weisen“ zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Situation oder den Rat der Sachverständigen für Umweltfragen. Gerade auch für die Erstellung von Prognosen über zukünftige Entwicklungen, die sich an der Schnittstelle von vorhandenem und nicht ermittelbarem Wissen bewegen, werden Experten häufig herangezogen.⁵⁹ Immer mehr wird die Organisation von externem Sachverstand zur Aufgabe des Staates.⁶⁰

Auf der legislativen Ebene geschieht die Einbindung von Sachverständigen zur Informationsgewinnung regelmäßig in sog. Hearings vor dem Bundestag oder in den vorbereitenden Ausschüssen.⁶¹ Experten werden gebeten, Stellungnahmen zu den tatsächlichen, wissenschaftlichen, rechtlichen und sonstigen Hintergründen und Entwicklungspotentialen im Umfeld anstehender politisch regelungsbedürftiger Fragen vorzubereiten. Sie sollen damit helfen, private Informationsvorsprünge auszugleichen und den Wissensstand der Legislative gezielt, überschaubar und komprimiert zu verbessern. Zum Teil ist die Einbeziehung solcher Sachverständiger, z.B. in Fragen der Gesetzesfolgenabschätzung⁶² oder bei der Normierung allgemeiner Standards⁶³, üblich geworden. Daneben berät eine Vielzahl Sachverständiger einzelne Mitglieder des Parlaments,

57 Problematisch kann hier ein Schweigekartell der Wissensträger sein, wenn sie alle gleich gerichtete Interessenlagen haben. Ein Beispiel hierfür ist die Problematik der gesetzlichen Orientierung am „Stand der Technik“: Wenn diese, wie z.B. im Immissionsrecht, dazu führt, dass höhere Kosten für die Unternehmen entstehen, haben die dort beschäftigten Ingenieure keinerlei Interesse, ihr Wissen um mögliche Verbesserungen im Umweltschutz publik zu machen oder wenigstens der Behörde mitzuteilen, geschweige denn, solche Verbesserungen überhaupt erst zu entwickeln.

58 Diese können den Innovationsprozesse fördernden Markt höchstens teilweise ersetzen, vgl. *Gawel, Erik*, in: Hart, Dieter (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 36), S. 265, 303.

59 In welchem Umfang Sachverständige in den staatlichen Entscheidungsprozess eingebunden sind, belegen die bei *Kahl, Wolfgang/Glaser, Andreas*, Die Nachhaltigkeitsfähigkeit der demokratischen Demokratie, in: Lange, Klaus (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 9, 18, genannten Zahlen eindrucksvoll: Bereits 1984 existierten allein 528 Gremien der Bundesregierung mit mehr als 7000 Mitgliedern; 1987 wurden von der Bundesregierung 133 Berichte solcher Gremien veröffentlicht.

60 So für die Verwaltung *Vosskuhle, Andreas*, Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Abmann, Eberhard (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 349, 352.

61 Oftmals verschwimmen hier die Grenzen zwischen legislativer und exekutiver Tätigkeit, da die ganz überwiegende Zahl der Gesetzesvorhaben in den Ministerien vorbereitet und bis in Detailregelungen hinein ausgearbeitet wird. Die Einbindung der Experten erfolgt dann oftmals bereits auf der ministeriellen Ebene. Vgl. dazu etwa *Breuer, Rüdiger*, Die Angst vor Gefahren und Risiken und die sachverständige Beratung nach dem Maßstab praktischer Vernunft, in: Bartlspenger, Richard (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 56), S. 31, 36 ff.

62 Siehe dazu nur *Böhret, Carl/Konzendorf, Götz*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung, 2001.

63 Am bekanntesten dürften die Festlegungen des Deutschen Instituts für Normung e.V. (DIN) sein, vgl. dazu überblicksartig *Kloepfer, Michael*, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rz. 93 und 98 ff.; ausführlich *Zubke/v. Thünen, Thomas*, Technische Normung in Europa, 1999; *Brennecke, Volker M.*, Normsetzung durch private Verbände, 1996.

die Fraktionen und die Parteien ohne unmittelbare Öffentlichkeitswirkung und -kontrolle. Auf die Spitze getrieben wird die Einschaltung von Dritten durch die Erarbeitung ausgefeilter Neukonzeptionen durch Experten, die dann von der Legislative weitgehend übernommen werden.⁶⁴ Hier stellt sich die Frage nach der Legitimation eines solchen Vorgehens, da die Legislative die wesentlichen Grundentscheidungen anderen, verfassungsrechtlich nicht kontrollierten und kontrollierbaren Instanzen überträgt. Es werden zwar im Gesetzgebungsverfahren noch Änderungen vorgenommen, diese aber ändern an dem Grundkonzept in der Regel nichts mehr. Da aber damit auch die Möglichkeit der Einbringung weiterer Informationen und der Neubewertung vorhandener Information besteht und damit das ausgearbeitete Konzept verändert und überworfene werden kann, steht letztendlich von juristischer Seite aus die Legitimation nicht wirklich in Frage.⁶⁵

Auch die Exekutive bindet Expertenwissen in vielfältiger Weise in die Vorbereitung ihrer Entscheidungen ein. Außer in die ministerialen Entscheidungsprozesse fließt es auch in die klassischen behördlichen Einzelfallentscheidungen auf den diversen Ebenen ein. Entweder wird zur Beratung externer Sachverständiger herangezogen. Dies ist etwa der Fall bei schwierigen technischen Entscheidungen. § 24 VwVfG verlangt dies sogar im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes zur Aufklärung des Sachverhalts, wenn der Sachverständige der Behörde für eine Entscheidung nicht ausreicht.⁶⁶ Oder aber die Beteiligung von Dritten wird in den gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen als Bestandteil des Informationsgewinnungsprozesses institutionalisiert. Dies ist beispielsweise im GenTG der Fall, das eine zu diesem Zweck zusammengesetzte Expertenrunde am Robert-Koch-Institut, die sog. Zentrale Kommission für Biologische Sicherheit (ZKBS), zur Beurteilung bestimmter genehmigungspflichtiger Tatbestände gesetzlich verankert hat und in den Entscheidungsprozeß einbindet.⁶⁷

Darin liegt aber zugleich auch eine problematische Kehrseite des Engagements von Experten.⁶⁸ Selbst wenn keine ausdrückliche Delegation der Entscheidung an sie vorgesehen ist, enthält schon ihre Auswahl oftmals eine Vorentscheidung, da wissenschaftliche Erkenntnisse nur selten unstrittig sind. Oft genug wird dann eine folgende Auseinandersetzung nicht mehr über die informativen Inhalte, sondern über die Personen der Sachverständigen geführt. Die Einschaltung von Experten kann zudem dazu genutzt werden, um diesen die Entscheidung zu überlassen,

64 Beispiele dafür sind etwa die Hartz-Kommission zur Reform der Arbeitsmarktbedingungen oder die Rürup-Kommission, die einen konkreten Reformvorschlag für den Bereich des Gesundheitswesens vorlegen sollte.

65 Diese Argumentation hat auch die Legitimitätsdiskussion um das erste große institutionalisierte Expertengremium, den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, letztlich entschieden, allerdings ohne dass dabei die Bedeutung der Informationsgewinnung und -verarbeitung umfassend berücksichtigt worden ist, vgl. *Bryde, Brun-Otto, Zentrale wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der parlamentarischen Verfassungsordnung, 1972, S. 138 ff.*; *Ruffert, Matthias, Entformalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?*, in: DVBl. 2002, S. 1145, 1147.

66 *Knack/Clausen, VwVfG, a.a.O. (Fn. 39), § 24, Rz. 12*; *Breuer, Rüdiger, in: Bartlsperger, Richard (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 56), S. 31, 44 ff.*

67 In diesem Fall ist die Kommission nicht nur Informationsproduzent für den Staat, sondern darüber hinaus auch noch Entscheidungsträger: Die Kommission soll nämlich ein Votum über die Zulassungsfähigkeit des Antrags abgeben. Von diesem kann die Behörde zwar abweichen. Angesichts der Wirkungen einer solchen Entscheidungsempfehlung wird dies allerdings selten der Fall sein.

68 Siehe zur gut erforschten Problematik der Einschaltung von Experten nur die oben (Fn. 52) genannten Werke, jeweils m.w.N.

indem der staatliche Entscheidungsträger sich auf die Einholung von Expertenrat beschränkt und keine eigene Entscheidung mehr trifft. Nicht die Exekutive trägt dann die Verantwortung und legitimiert die nachfolgende Entscheidung, sondern ein Sachverständigenurteil. Über den vermeintlich unproblematischen Weg der Informationsgewinnung durch Dritte wird dann der Entscheidungsprozeß umgestaltet. Selbst wenn diese Delegation nicht original gewünscht wird, so tritt sie faktisch doch immer dann auf, wenn die Verwaltung nicht imstande ist, die sachkundigen Aussagen der Dritten mittels eigener Sachkunde kritisch zu überprüfen.⁶⁹ Auch gesetzliche Vorgaben wie „Stand der Technik“⁷⁰ als zentrales Einschätzungskriterium leisten einer solchen Stellung der Experten und dem Vermeiden einer exekutiven Entscheidung Vorschub, da schon der Informationsfindungsprozess abgekürzt wird.⁷¹

Zudem haben die Verhaltenswissenschaften gezeigt, dass auch Experten nicht frei von systematischen Irrtümern agieren,⁷² andererseits aber auch die von Experten zur Verfügung gestellte Information Probleme bei der Rezeption aufwirft.⁷³ Darüber hinaus sind Experten ihrerseits oftmals der Auslöser für neue Unsicherheit.⁷⁴ Schließlich tragen sie den jeweiligen, in der Entwicklung befindlichen Wissensstand ihrer Wissenschaft aus dem wissenschaftlichen Diskurs in den politischen Diskurs hinein.

III. Besonderheiten im Mehrebenensystem: Die Beteiligung anderer Verwaltungsstellen und nachgeordneter Instanzen

Einer staatlichen Informationsgewinnung, die über mehrere Ebenen verteilt stattfindet⁷⁵, stehen neben den geschilderten Verfahren weitere Mittel zur Verfügung. Diese ergeben sich vor allem aus der Möglichkeit arbeitsteiligen Vorgehens: Mehr Personen und mehr Institutionen können mehr Informationen sammeln und verarbeiten.⁷⁶ Komplexe Probleme können aufgespalten wer-

69 Siehe dazu ausführlich am Beispiel des baurechtlichen Planungsrechts *Zepf, Uwe*, Informationsflut in der Planungsverwaltung, in: Collin, Peter/Horstmann, Thomas (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 8), S. 286, 292.

70 Vgl. §§ 3 Abs. 6; 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG und § 7 Abs. 1, Abs. 5 WHG.

71 Siehe dazu z.B. *Pennekamp, Markus*, Technischer Fortschritt und Umweltrecht: Die Vorschrift des § 7a WHG aus ökonomischer Sicht, in: ZAU 1999, S. 218 ff. Anders z.B. *Helberg, Andreas*, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.), Umweltrecht, § 3 Rz. 44.

72 Hier ist insbesondere der Self-Serving-Bias zu nennen, vgl. *Miller, Dale T./Ross, Michael*, Self-serving biases in the attribution of causality: Fact or fiction?, in: *Psychological Bulletin* 82 (1975), S. 213; *Babcock, Linda/Loewenstein, George*, Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases, in: *Journal of Economic Perspectives* 109 (1997).

73 Für die individuelle Verarbeitung von Informationen ergeben sich vielfältige Probleme. So wird die Wahrnehmung von Information z.B. maßgeblich dadurch gesteuert, welche Voreinstellung der Entscheider hatte, vgl. *Greitemeyer, Tobias/Schulz-Hardt, Stefan/Traut-Mattausch, Eva/Frey, Dieter*, Erwartungsgeleitete Wahrnehmung bei der Einführung des Euro: Der Euro ist nicht immer ein Teuro [The introduction of the Euro: The effects of expectations on price trend estimations], in: *Zeitschrift für Wirtschaftspsychologie* 4 (2002), S. 22 ff.

74 Vgl. dazu *Schulte, Martin*, in: Stehr, Nico, a.a.O. (Fn. 33), S. 211, 220.

75 Siehe dazu die Ausschreibung der Tagung, wonach auch Fragestellungen der arbeitsteiligen Entscheidungsdelegation vom Begriff des Mehrebenensystems erfasst sind.

76 Probleme bei der Informationsverarbeitung in Gruppen thematisieren bspw. *Barron, R.S./Kerr, N.L./Miller, N.*, Group process, group decision, group action, 1992. Diese Forschung zur Aufnahme von Informationen in Gruppenprozessen bietet aufschlussreiche Ansätze dafür, wie die Kommunikation und Entscheidung in

den; menschliche Verarbeitungsdefizite, die sich bereits aus der begrenzten menschlichen Verarbeitungskapazität ergeben, können gemindert werden. Verteilte Informationsgewinnung führt dazu, dass Wissen weit verbreitet und vergleichsweise frei verfügbar ist. Andererseits müssen hoch zentralisierte Strukturen zur Verarbeitung des recherchierten Wissens entstehen.⁷⁷ Kommunikation wird besonders wichtig.⁷⁸

Zur Analyse der arbeitsteiligen Vorgehensweise ist der ökonomische Prinzipal-Agenten-Ansatz hilfreich. Ein Auftraggeber, der sog. Prinzipal, überträgt die Vorbereitung der Lösung eines Problems einem Auftragnehmer, dem sog. Agenten, weil dieser über den besseren Wissensstand und bessere Möglichkeiten der Informationsgewinnung verfügt.⁷⁹ Damit ist gleichzeitig auch die problematische Struktur dieses Verhältnisses charakterisiert: Der bessere Informationsstand des Agenten macht den Prinzipal abhängig von seinem Agenten: Er kann zum einen nicht sicher beurteilen, ob der Agent auch wirklich in seinem besten Interesse mit größtmöglicher (bzw. vereinbarter) Sorgfalt gehandelt hat (sog. „hidden action“). Zum anderen kann der Prinzipal nicht sicher beurteilen, ob der bessere Informationszugang, um dessentwillen er den Agenten eingesetzt hat, auch zu seinen Gunsten genutzt wird (sog. „hidden information“).⁸⁰ Der Prinzipal muss also auf die Gestaltung von Anreizstrukturen hinwirken, aufgrund derer seine eigenen und die Ziele des Agenten möglichst gleichgerichtet sind, um die Risiken der Abhängigkeit und fehlender Kontrollmöglichkeiten zu minimalisieren. So können Auswirkungen der Kontrollprobleme gering gehalten und die Vorzüge arbeitsteiligen Vorgehens bewahrt werden. Solche Strukturen sind indes von der jeweiligen Gesamtaufgabenstellung abhängig.⁸¹ Welche genauen Strukturen zwischen Legislative und Exekutive und über die verschiedenen Ebenen der Gewalten hinweg zur Behebung dieses Problems zu treffen sind, hängt in hohem Maße von der konkreten Informationsverteilung, dem Grad der Dezentralisierung, den Möglichkeiten der Kontrolle und der Art des gesuchten Wissens ab. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass innerhalb

Gruppen strukturiert werden sollte, um eine verbesserte, vielleicht sogar optimale Ausnutzung vorhandenen Wissens sicherzustellen. Siehe dazu z.B. auch *Kerschreiter, Rudolf*, a.a.O. (Fn. 14).

77 *Brehmer, Berndt*, *Modern Information Technology: Timescales and Distributed Decision Making*, in: Rasmussen, Jens/Brehmer, Berndt/Leplat, Jacques (Hrsg.), *Distributed Decision Making. Cognitive Models for Cooperative Work*, 1991, S. 193, 197. Zu Formen der Organisation siehe am gleichen Ort *Leplat, Jacques*, *Organization of Activity in Collective Tasks*, S. 51 ff.; *Lamberton, D. M.*, *The Information Economy Revisited*, in: Babe, Robert E. (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 10), S. 1, 12 ff.; *Magat, Wesley A./Viscusi, Kip W.*, *Informational Approaches to Regulation*, 1992; *Zepf, Uwe*, *Informationsflut in der Planungsverwaltung*, in: Collin, Peter/Horstmann, Thomas (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 8), S. 286, 305; *Beyer, Lothar*, *Aus dem Aktenkeller in die Wissensspirale. Brauchen öffentliche Verwaltungen ein neues Wissensmanagement?*, in: Collin, Peter/Horstmann, Thomas (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 8), S. 361, 365 ff.

78 *Brehmer, Berndt*, *Distributed Decision Making: Some Notes on the Literature*, in: Rasmussen, Jens/Brehmer, Berndt/Leplat, Jacques (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 77), S. 3, 5; *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 4), S. 9, 23.

79 Siehe dazu kurz nur *Meyer, Roswitha*, *Entscheidungstheorie*, 1999, S. 128; ausführlich etwa *Laux, Helmut*, *Entscheidungstheorie*, 4. Auflage, 1998.

80 Auf „hidden action“ und „hidden information“ hat vor allem *Arrow* erstmalig hingewiesen, siehe eine der späteren Veröffentlichungen *Arrow, Kenneth J.*, *The Economics of Agency*, in: Pratt, J.W./Zeckhauser, R.J. (Hrsg.), *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1985, S. 37, 38.

81 *Brehmer, Berndt*, in: Rasmussen, Jens/Brehmer, Berndt/Leplat, Jacques (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 77), S. 193, 197, geht sogar soweit, dass jedes Entscheidungsumfeld seine eigenen Kontrollstrukturen verlange.

des staatlichen Mehrebenensystems diese Probleme keine Rolle spielen, da auch staatliche Institutionen eigenständige Ziele verfolgen.⁸²

1. Aufgabenteilung zwischen Legislative und Exekutive

Eine explizit normierte Aufgabenteilung zwischen Exekutive und Legislative für die Generierung von Informationen gibt es nicht. Daher kann sie sich nur aus den verfassungsrechtlich abgeleiteten verschiedenen Aufgaben im Rahmen der Gewaltenteilung ergeben, d.h. aus ihren unterschiedlichen Entscheidungsverfahren, Zeitperspektiven, Organisationsformen und Funktionen. Die Vorbereitung der jeweils anstehenden Entscheidung und damit die vorausgehende Informationssammlung erfolgt entsprechend unterschiedlich. Der Gesetzgeber berücksichtigt in seiner Wissensgenerierung vor allem generelle Auswirkungen aller potentiell folgenden konkreten Vorhaben mitsamt ihren möglichen langwierigen Folgen, die Behörde dagegen insbesondere die konkreten Vor- und Nachteile eines Vorhabens.⁸³ Zudem ist die Exekutive durch die Konkretisierung des Vorhabens in räumlicher und zeitlicher Hinsicht gebunden, während der Gesetzgeber zeitlich unbegrenzte Wirkungen einbeziehen muss.⁸⁴ Entsprechend suchen Legislative und Exekutive oftmals ganz verschiedene Arten von Wissen: Die Legislative ist häufiger an gänzlich neuartigem Wissen interessiert; für die Exekutive stellt sich dagegen öfter das Problem asymmetrischer Informationsverteilung. Zwei Beispiele illustrieren dies: Während die Gesetzgebung im Immissionsschutzrecht allgemeine Standards von einem sog. „Stand der Technik“ als abstrakte Regelung festgeschrieben hat,⁸⁵ ist die Exekutive gehalten, diese Standards materiell auszufüllen, konkret zu benennen und ihre Einhaltung zu überprüfen. Die möglichen Folgen, die solche Grenzwerte und Standards für Innovation und Kreativität jenseits der konkreten Entscheidung⁸⁶ haben können, lässt die Exekutive weitgehend außer Acht; der Gesetzgeber dagegen darf ohne ihre Berücksichtigung nicht entscheiden. Oder: Während der Gesetzgeber die Abwägungskriterien einer baurechtlichen Entscheidung in § 1 und 1a BauGB normiert hat, muss die Exekutive ermitteln, welche dieser Kriterien in welchem Umfang überhaupt für ein konkretes Vorhaben einschlägig sind. Andererseits ist die Exekutive in der Einschätzung der Glaubwürdigkeit

82 Darauf basiert der ökonomische Public-Choice-Ansatz.

83 Clemens/Umbach – *Roellecke*, Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1, 2002, Art. 20 Rz. 136 ff. und 142, verweist zu Recht darauf, dass eine solche funktionenorientierte Differenzierung nur Anhaltspunkte bieten kann.

84 Für das deutsche Recht bieten die Beiträge in Lange, Klaus (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), einen guten Überblick zur Umsetzung der Nachhaltigkeit als eines zu berücksichtigenden Aspekts an.

85 Vgl. §§ 3 Abs. 6; 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

86 Siehe dazu umfassend z.B. die Beiträge in Winter, Gerd (Hrsg.), Grenzwerte: Interdisziplinäre Untersuchungen zu einer Rechtsfigur des Umwelt-, Arbeits- und Lebensmittelschutzes, 1986; *Fischer, Precht*, Umweltschutz durch technische Regelungen. Zur Bedeutung der Grenzwertfestsetzungen und Verfahrensbeschreibungen des Immissions- und Atomrechts, 1989; *Hüttermann, Klaus*, Funktionen der Grenzwerte im Umweltrecht und Abgrenzung des Begriffes, 1993; *Ipsen, Jörn*, Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 48 (1989), S.177 ff.; *Jarass, Hans*, Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards. Probleme und Lösungen am Beispiel des Umweltstandards, in: NJW 1987, S. 1225 ff.; *Marburger, Peter*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979.

von Informationen ihres Gegenübers oftmals besser gestellt als die Legislative, weil ihr Gegenüber konzentriertere Interessen vertritt und seine Informationen daher eher qualitativ bewertbar sind.⁸⁷

Ein besonderer Vorteil der Aufgabenteilung zwischen Legislative und Exekutive zeigt sich, wenn sich der Informationsbedarf auf Wissen erstreckt, das überhaupt erst ermittelt werden muss, also keine asymmetrische Informationsverteilung zu Lasten des Staates vorliegt. In diesem Fall kann die Aufgabenteilung die Handlungsfähigkeit des Staates oftmals erst sichern. Die Grundfragenentscheidung einer generellen Zulässigkeit oder aber eines Verbots, etwa neuartiger technischer Verfahren, kann der Gesetzgeber prognostisch nur treffen, wenn es bereits Erfahrungswissen gibt, auf das er seine Prognose stützen kann. Ohne eine vorangegangene Grundsatzentscheidung der Legislative ist aber die Ermittlung solchen Erfahrungswissens meist nicht möglich.⁸⁸ Denn nur ein Realexperiment kann das notwendige Wissen produzieren. Hier gilt dann das Primat der Legislative, die Erst-Entscheidung treffen zu können und damit gestalterisch tätig zu werden, selbst wenn kein prognostisches Wissen vorhanden ist.⁸⁹ Ein Beispiel dafür ist die Zulässigkeit bestimmter gentechnisch veränderter Organismen im nicht-menschlichen Bereich: Ihre generelle Rechtmäßigkeit hat der Gesetzgeber festgelegt, während über die konkrete Zulassung solcher Vorhaben erst in den nachgeordneten Instanzen entschieden wird.⁹⁰ Auf den ersten Blick ist damit lediglich die übliche funktionale Teilung zwischen Legislative und Exekutive umgesetzt. Dahinter steht aber auch die Teilung der Informationsgewinnung des unbekanntes Wissens: Der Exekutive wird mit der Entscheidung der Legislative die Möglichkeit gegeben, das Wissen zu sammeln, was bisher fehlte. Innovation und Entwicklung werden ermöglicht, auch ohne dass abschließendes Wissen vorliegt.

Diese Entscheidungsdelegation liegt auch dann vor, wenn die informativen Grundlagen der abstrakten Regelung nicht umfassend, sondern weithin von Unsicherheit geprägt sind. Die Legislative entscheidet in einem solchen Fall gemäß des Wesentlichkeitsgrundsatzes allgemeiner Grundfragen und legt mit dem Gesetz die Elemente des Handelns der Exekutive fest. Dazu übernimmt sie selbst nur einen Teil der notwendigen Informationsgewinnung zur Gestaltung der Rechtswirklichkeit und belässt den übrigen Teil der Informationsgewinnung der Exekutive. Dies

87 Zu der besseren Durchsetzungsfähigkeit konzentrierter Interessen siehe *Eichenberger, Reiner*, in Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), S. 75, 79 f.

88 Siehe dazu nur den Beschluss des VGH Kassel, NJW 1990, S. 336, mit dem die Unzulässigkeit der Genehmigung von gentechnischen Anlagen nach dem BImSchG bzw. die Notwendigkeit einer eigenständigen gesetzgeberischen Regelung entschieden wurde. Dies ist auch Folge einer immer umfassender verstandenen Schutzpflicht des Staates in immer mehr Bereichen.

89 Im Interesse einer innovationsfreundlichen, aber trotzdem kontrollierenden Gesetzgebung ist in solchen Fällen eine Experimentiergesetzgebung sinnvoll, d.h. eine gesetzgeberisch beobachtende und die Erfahrungen der Exekutive einbeziehende Kontrolle der Effekte der Grundsatzentscheidung durch die Legislative. Hier bietet sich an, nach einigen Jahren eine erneute Entscheidung gezielt herbeizuführen, z.B. durch eine Fristenregelung. Eine solche Form der Gesetzgebung hat den Vorzug, dass sie anders als eine vom Vorsorgeprinzip beherrschte Regulierung nicht allein den Blick auf die möglichen negativen (auch möglicherweise katastrophalen) Folgen richtet, sondern sich auch eine Ausrichtung an den möglichen positiven Effekten erlaubt. Trotzdem können Schutzaspekte einbezogen werden, z.B. durch Entschädigungsregelungen potentieller unbeteiligter Opfer oder besonders umfangreiche Kontrollen.

90 Tatsächlich hat der Gesetzgeber hier versucht, Informationen anderer Staaten zu nutzen, die bereits diesbezügliches Erfahrungswissen angesammelt hatten. Der Aspekt internationalen Erfahrungsaustausches, wie er z.B. auch im Polizeirecht immer wichtiger wird, soll hier aber außer Betracht bleiben.

ist angesichts der Rechtsprechung des BVerfG zur weiten Einschätzungsprärogative der Legislative verfassungsrechtlich abgesichert, gerade in wirtschaftspolitischen Fragestellungen, wo eine Prognose unumgänglich ist.⁹¹

Nun kann man der Ansicht sein, die explizite Delegation von Entscheidungsbefugnissen an die Exekutive reiche weiter als eine bloße Delegation von Informationsgewinnung. So ist mit der einmaligen Informationsgewinnung in einem Einzelfall auch stets ein Zuwachs an allgemein verfügbarer Information verbunden, deren Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht. Die Behörde erhält also die Möglichkeit und Chance, über den konkreten Fall hinaus Spezialwissen zu sammeln und in der Zukunft einzusetzen. Das kann Probleme mit dem Datenschutzrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁹² bedeuten. Vor allem aber produziert es einen umfangreichen Vorsprung an Erfahrungswissen auf Seiten der Exekutive in der Ausfüllung der Vorgaben der Legislative. Damit werden in der Folge weiterführende Grundsatzentscheidungen oftmals von der Exekutive, nicht aber von der Legislative getroffen.

Aus Gewaltenteilungssicht ist dies nicht unproblematisch, da die aus der Verfassung abgeleitete funktionale Aufgabenzuweisung in diesen Fällen faktisch aufgehoben wird. Allerdings trifft die Exekutive auch in anderen Gebieten allgemeine Regelungen; dieses funktionale Element ist also nicht allein der Legislative in aller Ausschließlichkeit vorgegeben.⁹³ Die Einflussmöglichkeit der Legislative wird immerhin dadurch gewahrt, dass sie Entwicklungen der exekutiven Auslegung der Gesetze Einhalt gebieten kann und davon auch Gebrauch macht. Solange der Gesetzgeber der Exekutive nicht derartig weitreichende Ausfüllungskompetenzen überlässt, dass der Wesentlichkeitsvorbehalt aus Art. 20 GG verletzt wäre, ist aus Gewaltenteilungsgesichtspunkten nichts dagegen einzuwenden. In diesem Fall wäre dann aber schon die ursprüngliche Regelung und nicht erst die spätere Ausprägung verfassungswidrig. Im Bereich unsicheren und nicht vorhandenen Wissens begegnet der Wesentlichkeitsgrundsatz aufgrund des geringen prognostischen Wertes des gesetzgeberischen Urteils ohnehin besonderen Schwierigkeiten. Zum anderen kann die Legislative von ihren Kontroll- und Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen und diese in die gesetzliche Regelung aufnehmen. Insbesondere bietet sich eine fortlaufende Überprüfung des Informationsstandes an.⁹⁴ Wenn in Form eines Experimentiergesetzes Fristenregelungen verabschiedet werden, heißt dies auch, im Vorfeld des Ablaufes der Frist den Wissensstand der Exekutive zu nutzen, um eine Neuorientierung des legislativen Wissensstandes zu gewährleisten.

91 Vgl. nur BVerfGE 25,1; 30, 251; 30, 292; 57, 139.

92 Dazu grundlegend BVerfGE 65, 1.

93 Siehe auch Clemens/Umbach – *Roellecke*, GG-Kommentar, a.a.O. (Fn. 83), Art. 20 Rz. 136 ff. und 142.

94 So auch *Tönsmeier-Uzumer, Sabine*, a.a.O. (Fn. 56), S. 231; *Schulze-Fielitz, Helmuth*, *Zeitoffene Gesetzgebung*, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 4), S. 139, 157 ff. und 163 ff.

2. Aufgabenteilung innerhalb der Exekutive: Amtshilfe und sonstige Formen des Zusammenwirkens

Bei asymmetrischer Informationsverteilung kann die besondere Situation auftreten, dass die gesuchten Informationen bereits bei staatlichen Behörden vorhanden sind, weil sie in einem anderen Kontext oder zu einem anderen Zweck als dem nun angestrebten ermittelt wurden. Grundsätzlich liegt in jedem behördlichen Entscheidungsprozess auch immer ein Informationsgewinnungsprozess, der Wissen jenseits des konkreten Verfahrens produzieren kann. Allerdings soll dieser zunächst gezielt nur dem vorliegenden Verfahren zugute kommen, da es sich in aller Regel um eine individualisiert-zweckgebundene Informationsgewinnung handelt.⁹⁵ Dennoch bleibt das Wissen, das die Behörde in einem solchen Verfahren ansammelt, nicht auf dieses beschränkt. Information bleibt erhalten, wenn sie einmal gewonnen ist; sie kann, jedenfalls regelmäßig, nicht ohne weiteres gelöscht werden.⁹⁶ Damit ist sie offen für die mehrmalige und wiederholte Verwendung in immer neuen Kontexten und Aufgabenstellungen. In welchem Maße darf die Behörde dieses Wissen nun in einem weiteren Verfahren gegenüber dem gleichen Beteiligten, interessanter aber noch, gegenüber einem anderen Beteiligten, nutzen und verwenden?

Im Prozess gibt es dafür klare Regeln: Der Richter darf von seinem Wissen im konkreten Prozess dann Gebrauch machen, wenn es sich um Allgemeinwissen handelt, das jedermann haben kann oder wenn er dieses Wissen im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit erworben hat.⁹⁷ Dies geht sogar soweit, dass er auch besondere persönliche Fähigkeiten und eine besondere persönliche Sachkunde einsetzen darf.⁹⁸ Im Verwaltungsverfahren ist die Frage entsprechend zu beantworten:⁹⁹ Solange es sich um ein allgemeines Wissen handelt, das in einem anderen Verfahren gefunden worden ist, darf es auch in einem weiteren Verfahren verwendet werden. Würden allerdings Geheimnisschutzvorschriften von Beteiligten aus dem Erstverfahren verletzt werden, darf die Behörde das gewonnene Wissen nicht in einem anderen Verfahren mit anderen Beteiligten verwenden.

Selbst wenn die Mehrfach-Verwendung möglich ist, stellt sich ein weiteres Problem: Ein Suchprozess, der in eine bestimmte Richtung abgelaufen ist, stellt oftmals Weichen für die Suche nach weiteren Informationen. Grundlegend andere Informationen werden nicht mehr nachgefragt und deshalb oftmals auch nicht mehr wahrgenommen. Ein Paradigmenwechsel wird unwahrscheinlich, nachfolgende Entscheidungen stehen in sachlicher Abhängigkeit. Dieses Problem der

95 Anders ist dies bei Wissen, das in allgemeinen Datenbanken zu allgemeinen Zwecken kumuliert wird und zunächst nicht für einen individualisierten Zweck bestimmt ist.

96 Eine Ausnahme mag ein rein im elektronischen Datenverkehr eingegebenes Datum bilden, das in der Behörde keinerlei Aufmerksamkeit erfahren hat. Dies dürfte allerdings zum einen die Ausnahme sein; zum anderen genügt bereits die Möglichkeit des Zugriffs.

97 Vgl. *Jauernig, Othmar*, Zivilprozessrecht, 27. Auflage, 2002, § 49 VII 2, insb. 2b.

98 Siehe *Zöller – Greger*, ZPO-Kommentar, 22. Auflage, 2002, § 402 Rz. 7a.

99 Für die Übernahme von strafprozessual relevanten Daten in den Bereich der präventiven polizeilichen Informationsgewinnung siehe dazu *Schenke, Wolf-Rüdiger*, Probleme der Übermittlung und Verwendung strafprozessual erhobener Daten für präventivpolizeiliche Zwecke, in: *Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöller, Mark Alexander* (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, S. 225 ff., und *Württemberg, Thomas*, Übermittlung und Verwendung strafprozessual erhobener Daten für präventivpolizeiliche Zwecke, ebenda, S. 263 ff.

sog. Pfadabhängigkeit¹⁰⁰ wird durch die Mehrfach-Verwendung von Informationen innerhalb einer Behörde noch verstärkt. Den Vorteilen der Mehrfachnutzung steht so auch ein Defizit an Offenheit gegenüber. Dieses wird allerdings ausgeglichen dadurch, dass Beteiligte und Betroffene zumindest ein Interesse daran haben, die Behörde über neuartiges, für sie positives Wissen in einem Verfahren zu informieren. Solange die Behörde nicht die Einbringung solcher Information ausschließt – und dies darf sie nicht –, ist die Pfadabhängigkeit damit nur partiell gegeben.

Wie verläuft überhaupt die Mehrfach-Verwendung von Informationen? Der Rückgriff auf das Wissen anderer Behörden kann einmal über das Instrument der Amtshilfe erfolgen, wonach sich Behörden untereinander Hilfeleistungen aller Art, also auch Akteneinsicht und Informationsaustausch bis hin zu Gutachtenerstellung und Datenverarbeitung, schulden.¹⁰¹ Dieser Grundsatz gilt über alle föderalen, funktionalen und organisatorischen Grenzen hinweg.¹⁰² Voraussetzung ist allerdings für das Tätigwerden der ersuchten Behörde eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage zur Erhebung dieser Informationen, jedenfalls dann, wenn sich die Zweckbindung zwischen ersuchter und ersuchender Behörde ändert.¹⁰³ Auf übereinstimmende sachliche Zuständigkeiten der beteiligten Behörden dagegen kommt es nicht an, solange der Zweck der Verwendung der geforderten Informationen identisch bleibt.¹⁰⁴ Denn für die Rechtmäßigkeit der Weitergabe der Daten ist ihre fortdauernde Verwendung zum ursprünglich gegenüber dem Datengeber geltend gemachten Zweck entscheidend. Nur bei einer Zweckänderung handelt es sich um eine neue Datenerhebung und damit eine neue Belastung des Bürgers und somit einen neuen Eingriff, der dann einer neuen Eingriffsermächtigung bedarf. Die Amtshilfe kann daher selbständig nur im Rahmen gleicher Zweckrichtung zum Informationsaustausch führen; sie erleichtert also den Zugang zu Informationen, die bereits zum gleichen Zweck erhoben wurden, nicht aber zu Informationen, die aufgrund eigenständiger Ermächtigungsgrundlage erworben werden müssten.

Immerhin kann die Amtshilfe dazu eingesetzt werden, Angaben besser einzuschätzen, indem die ersuchte Behörde um eine Stellungnahme gebeten wird. Vor allem gewinnt sie an Bedeutung, wenn ein Datenabgleich zwischen den Aussagen, die bei der ersuchten Behörde vorliegen, und den Aussagen, die gegenüber der ersuchenden Behörde getätigt worden sind, vorgenommen wird. Hier ist allerdings problematisch, dass die Daten bei der ersuchenden Behörde ja bereits vorliegen, der Anspruch auf die Information also bereits erfüllt ist. Damit wäre die Amtshilfe im

100 Siehe dazu z.B. *Gäfigen, Gérard*, a.a.O. (Fn. 18), S. 212.

101 Außer Betracht bleiben soll hier die sog. Rechtshilfe, d.h. das Ersuchen an ein Gericht um Mithilfe.

102 So auch die h.M., siehe nur Schmidt-Bleibtreu/Klein – *Brockmeyer*, GG-Kommentar, 9. Auflage, 1999, Art. 35 Rz. 2; v. Münch/Kunig – *Gubelt*, GG-Kommentar, Band 2, 5. Auflage, 2001, Art. 35 Rz. 1; Clemens/Umbach – *Magen*, GG-Kommentar, a.a.O. (Fn. 83), § 35 Rz. 10; *Isensee, Josef*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 2. Auflage 1999, § 98 Rz. 232; a.A. *Schlink, Bernhard*, Amtshilfe, S. 34 ff., und *ders.*, Datenschutz und Amtshilfe, in: NJW 1986, S. 249, 250.

103 Siehe *Simitis, Spiros*, Von der Amtshilfe zur Informationshilfe – Informationsaustausch und Datenschutzanforderungen in der öffentlichen Verwaltung, in: NJW 1986, S. 2795, 2796 f.; Umbach/Clemens – *Magen*, GG-Kommentar, a.a.O. (Fn. 83), § 35 Rz. 26. So ist auch die Formulierung des BVerfGs in seinem Urteil zum Volkszählungsgesetz (BVerfGE 65,1) zu verstehen, dass eine „amtshilfefeste“ Regelung Zweckentfremdungen vorzubeugen habe.

104 Dies vertritt z.B. *Schlink, Bernhard*, Amtshilfe, a.a.O. (Fn. 102), S. 202 f.

eigentlichen Sinne unverhältnismäßig¹⁰⁵ und könnte von der ersuchten Behörde rechtmäßig verweigert werden. Nicht mehr erforderlich ist die Informationserhebung allerdings nur, wenn es um die originäre Gewinnung der Information geht, nicht aber, wenn Ziel des Amtshilfeersuchens ihre Bewertung und die Einschätzung des Informationsgebers durch Abgleichung vorhandenen Wissens ist. Für diesen Zweck ist auch keine eigenständige Ermächtigungsgrundlage erforderlich, da dies in der grundsätzlichen Ermächtigung zur Informationsgewinnung enthalten ist: Eine Information alleine kann eine Behörde nicht zwingend zur Entscheidung in die Lage versetzen, vor allem dann nicht, wenn es von Seiten einer interessierten Partei, wie einem Beteiligten, stammt. Deshalb ist eine vermeintlich doppelte Informationserhebung auch möglich und legitim, um sich ein Bild vom Beteiligten zu machen. Dann ist auch Amtshilfe gerechtfertigt. Die Amtshilfe kann also als Instrument eingesetzt werden, die Bewertung von Informationen zu erleichtern und damit die gewonnene Information nutzbar zu machen.

In jedem Fall setzt die Amtshilfe voraus, dass die ersuchende Behörde den Wissensstand der ersuchten Behörde abschätzen kann, denn die Amtshilfe setzt ein konkretes Gesuch voraus. Dies ist, bei einer klaren Aufgabenzuweisung im Verwaltungsrechtsstaat, scheinbar unproblematisch. Tatsächlich aber ist diese Kenntnis nicht ohne weiteres vorhanden. Dies gilt schon deshalb, weil die Zuständigkeitsverteilung auch dazu führt und führen soll, das Tätigwerden anderer Behörden nicht kennen zu müssen. Erst recht gilt dies, wenn es um eine Einschätzung der Angaben eines Beteiligten geht: Woher soll die ersuchende Behörde wissen, dass zu einer anderen Behörde bereits ein Kontakt stattgefunden hat? Insbesondere dann, wenn es sich nicht um ein Projekt von überregionalem Medieninteresse handelt, kann allein die Ortsveränderung eines geplanten Projekts den Anschein entstehen lassen, der Beteiligte sei bisher ein „unbeschriebenes Blatt“ und sein Vorhaben werde zum ersten Mal staatlicher Aufsicht vorgestellt. Dem steht auch nicht die Rechtskraft der ursprünglichen Entscheidung entgegen, da die Gründe der Entscheidung von der Tatbestands-, Bindungs- und Feststellungswirkung nicht erfasst werden, eine neue Entscheidung also im Verhältnis zu einer anderen Behörde in aller Regel angestrebt werden kann.¹⁰⁶

Eine andere Form des Zusammenwirkens von Behörden jenseits der Amtshilfe liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Sammlung und Weitergabe von Informationen nach umfassender Abwägung¹⁰⁷ ausdrücklich als Aufgabe einer exekutiven Einrichtung normiert hat, wie dies etwa im Melderecht, im Verkehrsrecht oder im Verfassungsschutz der Fall ist.¹⁰⁸ Selbst persönliche Daten können dann, ohne einer weiteren Eingriffsermächtigung zu bedürfen, an die vom Gesetz vorgesehenen Stellen weitergegeben werden. Dies gilt auch für Vorschriften, die nicht in erster Linie dem Informationsaustausch gelten, wie z.B. die kommunalrechtlichen und verfassungsrechtlichen Aufsichts- und Weisungsvorschriften: Sie schließen auch die laufende Information und gegenseitige Beratung über mehrere Behörden hinweg ein. Probleme wirft auf diesem Feld

105 Zu dieser Grenze der Amtshilfe siehe z.B. Clemens/Umbach – *Magen*, GG-Kommentar, a.a.O. (Fn. 83), § 35 Rz. 18 f.

106 Vgl. *Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, 2002, § 11 Rz. 3 ff.

107 Diese fordert für diesen Bereich der Zusammenarbeit ganz generell *Simitis, Spiros*, a.a.O. (Fn. 103), S. 2795, 2801.

108 Vgl. §§1 I 2, 17, 18 MRRG, die Vorschriften zum Mauterfassungssystem für LkW oder § 1 II und III BVerfSchG.

die zunehmende Vernetzung über elektronische Datenverarbeitungssysteme auf – sie ermöglicht nämlich, dass unabhängig von den gesetzgeberisch vorgegebenen Zwecken und Aufgaben nahezu jeder, der Zugang zum Datenverarbeitungssystem hat, ohne Zwischenkontrollschritte auch sämtliche Daten einsehen kann. Der Datenschutz ist hier vor besondere Herausforderungen gestellt.¹⁰⁹

Darüber hinaus können Behörden auch im Wege gegenseitigen Einverständnisses Informationen austauschen.¹¹⁰ Die Voraussetzungen der Amtshilfe stehen dem insofern nicht entgegen, als deren Regelungen nur einen Mindeststandard benennen und verhindern sollen, dass es zwischen den Behörden aufgrund fehlender Regelung zu Streitigkeiten kommt.¹¹¹ Grenzen dieser freiwilligen Zusammenarbeit finden sich allerdings dann, wenn die Weitergabe von Informationen in Rechtspositionen Privater eingreift. Neben grundgesetzlichen Regelungen zu den Verwaltungskompetenzen¹¹² und zur Wahrung des Geheimnisschutzes ist daher vor allem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, wie es u.a. auch im Datenschutzrecht seinen Ausdruck gefunden hat, von besonderer Bedeutung. Dies gilt gerade dann, wenn personenbezogene Informationen ausgetauscht werden. Über ein solches Instrumentarium können also vor allem anonymisierte Daten, allgemeine Einschätzungen sachlicher Natur und technische Informationen ausgetauscht werden. Allerdings darf das rechtsstaatliche Gebot der klaren Zuständigkeitsordnung und Verantwortungsteilung nicht verletzt werden.¹¹³

Anders als bei der Amtshilfe und bei der gesetzlich vorgeschriebenen Weitergabe von Informationen ist allerdings diese Form des Zusammenwirkens und des Austausches neben einer organisierten Form an die Kooperationswilligkeit und -fähigkeit der beteiligten exekutiven Träger gebunden. In vielen Bereichen gibt es bereits freiwillige Zusammenschlüsse; Tagungen zu bestimmten Themen vermitteln einen gezielten, themenbezogenen Austausch; Austauschbeamte, die für eine vorübergehende Zeit in einer anderen Behörde tätig werden, sind in einigen Ländern institutionalisiert. Dies alles kann aber nicht darüber hinweg täuschen, dass es an einer systematischen Verbindung, gar einer Vernetzung, innerhalb der Exekutive weitgehend fehlt.¹¹⁴ Die Möglichkeiten ebenenübergreifender Informationsgewinnung asymmetrisch verteilten Wissens werden nicht ausreichend genutzt. An diesem Befund ändert auch nichts, dass eine umfangreichere und systematischere Verknüpfung der staatlichen Wissensträger ihrerseits verfassungsrechtliche Grenzen, insbesondere den Grundrechtsschutz und die rechtsstaatlich verankerten Zuständigkeitsordnungen des Grundgesetzes, zu berücksichtigen hat.¹¹⁵ Aber gerade im Bereich

109 Dies befürchtet auch *Simitis, Spiros*, a.a.O. (Fn. 103), S. 2795, 2804 f.

110 Siehe dazu für den europäischen Kontext *Huber, Barbara*, Die polizeiliche und justitielle Zusammenarbeit in Europa. Ein Überblick, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöller, Mark Alexander (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 99), S. 135 ff.

111 So auch Clemens/Umbach – *Magen*, GG-Kommentar, a.a.O. (Fn. 83), § 35 Rz.8.

112 Vgl. dazu BVerfGE 63, 1, 31 ff.

113 Dies sieht als Grenze auch *Richter, Eike*, in: Lange (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 199, 213.

114 Ähnlich und noch weitergehend *Richter, Eike*, in: Lange (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 199, 200.

115 Dies hält *Simitis, Spiros*, a.a.O. (Fn. 103), S. 2795, 2797, einer deutlicheren Zusammenarbeit der Behörden für grundsätzlich entgegenstehend.

technischen, soziologischen und ökologischen Verständnisses ist im Hinblick auf den Steuerungswillen des Staates eine gesamtheitliche Orientierung dringend erforderlich.¹¹⁶

3. Horizontale Dezentralisation: Aufspaltung der Hauptentscheidung in selbständige Teilentscheidungen

Die Amtshilfe, zugewiesene Aufgaben der Informationsweitergabe sowie der freiwillige Austausch von Informationen sind aber nicht die einzigen Wege, wie die staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem in horizontaler Weise aufgeteilt werden kann. Ein weiteres Vorgehen besteht in einer Aufspaltung der Hauptentscheidung in mehrere Teilentscheidungen.¹¹⁷ Dem geht eine gleichfalls aufgeteilte Informationsgewinnung in paralleler Weise voraus. Kernelement dieses Vorgehens ist eine Dezentralisierung. Dabei werden die einzelnen Entscheidungen von jeweils unterschiedlichen Entscheidungsträgern eigenständig gefällt. Entweder existiert ein Hauptentscheider, der aufbauend auf den Vorentscheidungen, eine letzte Entscheidung trifft. Die horizontale Aufgabenteilung wird dann durch eine zeitliche Abstufung erreicht. Die einzelnen Entscheider bleiben auch nach außen hin weitgehend selbständig und sind jeweils rechtlich angreifbar. Klassischer Fall ist der mehrstufige Verwaltungsakt. Die andere Variante einer solchen Aufspaltung besteht darin, dass im Außenverhältnis nur ein Hauptentscheider mit einer einzigen Entscheidung¹¹⁸ in Erscheinung tritt, dieser aber seinerseits mehrere eigenständige Entscheidungen selbständig verbleibender Entscheider einholt. Hier behält in der Außenwirkung nur ein staatliches Organ die Entscheidung in der Hand, richtet sich aber im Innenverhältnis nach den Vorgaben anderer Entscheidungsträger. Typisch für diese Fallkonstellation ist der Verwaltungsakt mit Konzentrationswirkung.

Im ersteren Fall verläuft die Informationsgewinnung getrennt, im zweiten Fall läuft sie beim Hauptentscheider zusammen. Im ersteren Fall wird also die Verteilung betont, im letzteren Falle die Rückführung auf eine zentrale Entscheidungsinstanz. Die durch den Gesetzgeber vorgegebene organisatorische Trennung auf horizontaler Ebene nutzt die Spezialisierung der einzelnen Behörden, ohne dass die Arbeitsteilung zu einer Unkenntlichkeit der informationellen Grundlagen der anderen Behörden führte. In beiden Fällen ist die Arbeitsteilung damit durch eine organisatorische Trennung optimiert.

IV. Das Ende der Informationssuche

Trotz allen Bemühens um eine ausreichende Gewinnung von Informationen steht der Gesetzgeber oftmals vor dem Problem, dass sein Wissen auch weiterhin nicht ausreicht, die Voraussetzungen einzelner Handlungsalternativen und die Folgen einer Entscheidung vorherzubestimm-

116 Darauf verweist auch *Richter, Eike*, in Lange (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 5), S. 199, 205 f.

117 Dies ist zu trennen von der oben dargestellten Aufteilung der Entscheidung zwischen Legislative und Exekutive.

118 Allein diese ist dann auch rechtlich angreifbar.

men – entweder, weil ein normierter Endpunkt der Ermittlung von Informationen nicht erreicht werden kann¹¹⁹ oder weil ein Umstand erreicht worden ist, der jede weitere Suche abbricht.

Aus der Ökonomie bietet sich der auf *Stigler* zurückgehende Grenzkostenansatz an, um solche Stopp-Regeln zu formulieren: Danach endet die Suche nach neuen Informationen, wenn der erwartete Nutzen des letzten Suchschritts, der sog. Grenznutzen, dessen Kosten, die sog. Grenzkosten, überschreitet.¹²⁰ Allerdings sind die Grenzen einer solchen Stopp-Regel offenkundig: Sie setzen zumindest voraus, dass der Wert der zu ermittelnden Information wenigstens näherungsweise bestimmt werden kann, um einen Erwartungsnutzenwert bilden zu können. Neuartige Information, deren Gehalt vor ihrer Gewinnung nicht bestimmt werden kann, ist damit nicht erfassbar. Zudem stellt sich das Problem, inwieweit Effizienzgesichtspunkte normative Erwägungen des Verwaltungsprozesses verdrängen können.¹²¹ Ein Beispiel für eine Stopp-Regel im juristischen Kontext liegt in prozessualen Vorschriften über den Gang des Verfahrens innerhalb bestimmter Zeiträume, dass also eine Entscheidung innerhalb bestimmter Fristen getroffen sein muss.¹²² Ein weiteres Beispiel lässt sich in der Rechtsprechung zum Prognosespielraum des Gesetzgebers finden: Der Gesetzgeber hat demnach die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen mit vertretbarem Aufwand auszuschöpfen. Der Grad der Informationsgewinnung richtet sich aber nach der jeweiligen Materie. So soll bspw. im Arbeitsmarkt-, Sozial- oder Wirtschaftsordnungssektor ein weiterer Spielraum (und damit auch eine geringere Informationsgewinnungspflicht) möglich sein, als in anderen Bereichen.¹²³ Auch Standards stellen Stopp-Regeln dar, weil sie die Suche nach normativen Maßstäben und den zugrunde liegenden Informationen für deren Bildung beenden und eine legitime Erwartungshaltung begründen.

V. Fazit

Staatliche Informationsgewinnung ist ein bisher weitgehend unsystematisch untersuchtes Feld.¹²⁴ Die juristischen Instrumente werden den verschiedenen Arten von Information, den Gründen des Fehlens von Wissen und den verschiedenartigen Interessen des Informationssuchers und -gebers kaum gerecht. Die Besonderheiten der Produktion von Wissen finden kaum Eingang in die Ausgestaltung der bestehenden Instrumente. In gleicher Weise findet auch die dezentralisierte Informationsgenerierung zwischen Legislative und Exekutive und auf den verschiedenen staatlichen Horizontalebenen in aller Regel unverknüpft und ohne übergreifendes Konzept statt. Entsprechend sind auch die in den Nachbarwissenschaften, insb. der Ökonomie, in Vielzahl ange-

119 Grund hierfür kann sein, dass eine weitere Informationsgewinnung verboten ist, dass sie prohibitiv teuer wäre oder dass sie unmöglich ist. Vgl. dazu auch *Spiecker gen. Döhmman, Indra*, in *Lege* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 17), S. 51, 63 ff.

120 *Stigler, George J.*, *The Economics of Information*, in: *Journal of Political Economy* 69 (1961), S. 213 ff.; vgl. auch *Wessling, Ewald*, a.a.O. (Fn. 49), S. 85 ff.

121 Siehe dazu auch *Eidenmüller, Horst*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 323 ff.

122 Dazu gehören etwa strafprozessuale Vorschriften über Unterbrechungszeiten, §§ 228 f. StPO, und Vorgaben an die Exekutive über die Dauer des Verfahrens, z.B. durch § 75 VwGO.

123 Siehe dazu nur jüngst den VerfGH Sachsen, Vf 62-II-99.

124 Diese Bestandsaufnahme schicken auch *Collin, Peter/Horstmann, Thomas*, in: dies (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 8), S. 9, ihrem Buch voraus.

botenen Mittel zur Informationsgenerierung im Recht kaum vertreten, geschweige denn, dass sie in die Ausgestaltung dieser Mittel eingeflossen wären. Daraus folgt auch, dass die nicht-normative Steuerung, die durch staatliche Informationsgewinnung erfolgt, bisher spärlich gezielt eingesetzt wird. Staatliche Steuerung durch Information ist damit wenig zielgenau ausgerichtet, kaum differenziert ausgestaltet und insgesamt unterbewertet.

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Preprints 2005

111. Dorothee Schmidt: Morality and Conflict. 2005/12.
110. C. Christian von Weizsäcker: The Welfare Economics of Adaptive Preferences. 2005/11.
109. Indra Spiecker gen. Döhmman / Stephanie Kurzenhäuser: Das Juristische Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (BInfSchG). 2005/10.
108. Thomas Gaube, Second-Best Pollution Taxation and Environmental Quality. 2005/9.
published in:
Frontiers of Economic Analysis & Policy 1, 2005, No. 1, Article 1. (<http://www.bepress.com/bejeap>).
107. Thomas Gaube, Altruism and charitable giving in a fully replicated economy. 2005/8.
106. Felix Höffler, Monopoly Prices versus Ramsey-Boiteux Prices: Are they „similar“, and: Does it matter? 2005/7.
105. Hendrik Hakenes/Isabel Schnabel, Bank Size and Risk-Taking under Basel II. 2005/6.
104. Isabel Schnabel, The Role of Liquidity and Implicit Guarantees in the German Twin Crisis of 1931. 2005/5.
103. Christoph Engel, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen. 2005/4.
forthcoming in:
Juristenzeitung
102. Frank P. Maier-Rigaud, Switching Costs in Retroactive Rebates – What’s time got to do with it? 2005/3.
published in:
European Competition Law Review (2005) – volume 26 – issue 5, p. 272-276.
101. Christoph Engel, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung. 2005/2.
forthcoming in:
Josef Isensee / Paul Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts IV
100. Felix Höffler, Cost and Benefits from Infrastructure Competition. Estimating Welfare Effects from Broadband Access Competition. 2005/1.

Preprints 2004

99. Christoph Engel, Inconsistency in the Law: In Search of a Balanced Norm. 2004/16.
forthcoming in:
Lorraine Daston / Christoph Engel (eds.): Is There Value in Inconsistency?, Baden-Baden (Nomos) 2005
98. Martin Beckenkamp, Is there an optimization in bounded rationality? The ratio of aspiration levels. 2004/15.
97. Martin F. Hellwig, Optimal Income Taxation, Public-Goods Provision and Public-Sector Pricing: A Contribution to the Foundations of Public Economics. 2004/14.
96. Christoph Engel, The Impact of Representation Norms on the Quality of Judicial Decisions. 2004/13.
95. Hendrik Hakenes / Isabel Schnabel, Banks without Parachutes – Competitive Effects of Government Bail-out Policies. 2004/12.

94. Markus Englerth, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung. 2004/11.
 published as:
 L'analyse économique et comportementale du droit
 in: Problèmes économiques 2872 (2005) 23-28
93. C. Christian von Weizsäcker, Marktzutrittsschranken. 2004/10.
92. Martin Beckenkamp, Institutionelle Ergonomie. Verhaltensrelevante Variablen zur Beeinflussung kooperativen Verhaltens in sozialen Dilemmata. 2004/9.
91. Martin F. Hellwig, Nonlinear Incentive Provision in Walrasian Markets: A Cournot Convergence Approach. 2004/8.
 published in:
 Journal of Economic Theory 120 (2005), 1-38.
90. Dirk De Bièvre, Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO. 2004/7.
89. Martin F. Hellwig, Risk Aversion in the Small and in the Large. When Outcomes are Multidimensional. 2004/6.
88. Christoph Engel, Learning the Law. 2004/5.
87. Christoph Engel, Social Dilemmas, Revisited from a Heuristics Perspective. 2004/4.
 forthcoming in:
 Christoph Engel / Gerd Gigerenzer (eds.): Heuristics and the Law. Dahlem Conference. MIT Press
86. Alkuin Kölliker: Globalisation and National Incentives for Protecting Environmental Goods. 2004/3.
85. Frank P. Maier-Rigaud / Jose Apesteguia: The Role of Rivalry. Public Goods versus Common-Pool Resources. 2004/2.
- 84a. C. Mantzavinos: The Institutional-Evolutionary Antitrust Model. 2004/1(a).
84. C. Mantzavinos: Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild. 2004/1.