

Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England

Ein Rechtsvergleich exekutiver Wissensgenerierung im gentechnikrechtlichen Freisetzungsverfahren

von
RAin Dr. Judith Junk

1. Auflage

Nomos 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de
ISBN 978 3 8329 6737 6

Judith Junk

**Die Rolle des
Verwaltungsverfahrens
in Deutschland
und England**

Ein Rechtsvergleich exekutiver
Wissensgenerierung im
gentechnikrechtlichen
Freisetzungsverfahren



Nomos

Nomos Universitätsschriften

Recht

Band 759

Judith Junk

Die Rolle des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England

Ein Rechtsvergleich exekutiver Wissensgenerierung im
genteknikrechtlichen Freisetzungsverfahren



Nomos

Diese Arbeit ist im Rahmen des kulturwissenschaftlichen Forschungskollegs SFB 485 „Norm und Symbol. Die kulturelle Dimension sozialer und politischer Integration“ der Universität Konstanz entstanden und wurde auf seine Veranlassung unter Verwendung der ihm von der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Verfügung gestellten Mittel gedruckt.

Dissertation der Universität Konstanz

Tag der mündlichen Prüfung: 11.1.2011

Referent: Prof. Dr. Christoph Schönberger

Referent: Prof. Dr. Hans-Christian Röhl

Referent: Prof. Dr. Christoph Althammer

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2011

ISBN 978-3-8329-6737-6

1. Auflage 2012

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Vorwort | 5 |
| Abkürzungsverzeichnis | 17 |
| Einleitung | 19 |
| A.) Gang und Ziel der Untersuchung | 19 |
| B.) Der Aspekt der Wissensgenerierung | 21 |
| C.) Methode der Rechtsvergleichung | 24 |
| Teil 1: Einbettung der Forschungsfrage | 32 |
| A.) Die Funktion des Verwaltungsverfahrens im Rechtsvergleich mit England | 32 |
| I.) Funktion und Potential der Rechtsvergleichung zwischen deutschem und englischem Verwaltungsverfahren | 33 |
| 1.) Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht, insbesondere im Verwaltungsverfahrensrecht | 33 |
| 2.) Vergleichsland England: Vorteile und Besonderheiten der Rechtsvergleichung zwischen einer civil law- und einer common law-Rechtsordnung | 37 |
| a.) Fallrecht versus kodifiziertes Recht | 38 |
| b.) Unvollständige Trennung von public law und private law | 40 |
| (1) Differenzierung in der gerichtlichen Kontrolle | 40 |
| (2) Materiell-rechtliche Differenzierung | 43 |
| (3) Auswirkungen der unvollständigen Trennung auf das Verwaltungsverfahren | 44 |
| c.) Besonderer Verfahrensbezug des englischen Rechts | 46 |
| d.) Traditionell starke Position der englischen Verwaltung | 47 |
| e.) Gewaltenteilung: zwischen Trennung und Balance | 47 |
| (1) Idee der Balance | 48 |
| (2) Bedeutung der supremacy of parliament in Zusammenhang mit der Gewalten-Balance | 51 |
| f.) Fazit: Pragmatische Orientierung am Einzelfall versus dogmatische Begriffsjurisprudenz | 52 |

| | |
|---|-----|
| 3.) Besonderheiten der Rechtsvergleichung bei europarechtlicher Überformung | 53 |
| 4.) Fazit zur Methode der Rechtsvergleichung im vorliegenden Fall | 56 |
| II.) Die Funktion des Verwaltungsverfahrens | 57 |
| 1.) In Deutschland | 57 |
| a.) Abgrenzung zum materiellen Verwaltungsrecht | 58 |
| b.) Abgrenzung zum Verwaltungsprozessrecht | 60 |
| c.) Entwicklung des Verwaltungsverfahrens und seiner Funktionen | 63 |
| d.) Die Ordnungsfunktion und ihre Ausprägungen | 67 |
| (1) Vereinheitlichung | 68 |
| (2) Flexibilität und Lernfähigkeit | 69 |
| (3) Akzeptanz und Legitimation | 70 |
| (4) Rechtsschutz | 71 |
| e.) Die Steuerungsfunktion | 72 |
| f.) Fazit: Das Verwaltungsverfahren als „formelle“ Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips | 73 |
| 2.) In England | 75 |
| a.) Common law und statute law | 75 |
| b.) Das Verfahrensrecht des common law | 77 |
| (1) Das Fallrecht als Verfahrenskatalysator | 78 |
| (2) Die Dominanz des öffentlichen Rechts in den Klageformen | 79 |
| (3) Die Institution der Friedensrichter und ihr Einfluss auf das Verwaltungsverfahren | 80 |
| c.) Die Verbindung von gerichtlichem Verfahren und Verwaltungsverfahren heute | 82 |
| (1) Das Prinzip der natural justice | 83 |
| (aa) Der Grundsatz nemo iudex in causa sua | 84 |
| (bb) Der Grundsatz audi alteram partem | 84 |
| (2) Die ultra-vires Doktrin | 88 |
| d.) Übertragbarkeit gerichtlicher Verfahrensgrundsätze auf das Verwaltungsverfahren | 90 |
| e.) Die rule of law als Quelle aller Verfahrensregelungen | 95 |
| III.) Die wechselseitige Beeinflussung von gemeinschaftsrechtlichem und nationalem Verwaltungsverfahren | 98 |
| 1.) Möglichkeiten der gegenseitigen Einflussnahme | 99 |
| 2.) Einzelne Verfahrensvorgaben | 102 |
| 3.) Ein europäisches Rechtsstaatsprinzip? | 104 |

| | |
|--|-----|
| 4.) Vergleichendes Fazit zum europäischen Verwaltungsverfahren | 105 |
| 5.) Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Verfahrens für die vorliegende Analyse | 108 |
| IV.) Vergleichendes Fazit zur Funktion des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und England unter Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts | 109 |
| B.) Einführung in das Referenzgebiet des Gentechnikrechts und das Phänomen exekutiver Wissensgenerierung | 110 |
| I.) Exekutive Wissensgenerierung im Gentechnikrecht | 111 |
| II.) Das Gentechnikrecht als Referenzgebiet | 115 |
| 1.) Die Besonderheit des Gentechnikrechts innerhalb des Risikorechts | 115 |
| 2.) Naturwissenschaftliche Grundlagen der Gentechnik | 119 |
| a.) Gentechnik als technische Fortentwicklung der Genetik? | 119 |
| b.) Die Methode der Gentechnik | 120 |
| (1) Hinzufügen fremder Gene | 120 |
| (2) Deaktivierung eigener Gene | 121 |
| 3.) Chancen und Risiken der Gentechnik | 122 |
| a.) Chancen | 122 |
| b.) Gentechnikspezifische Risiken | 123 |
| III.) Risiko und Risikobewertung: Grundlagen für exekutive Wissensgenerierung | 126 |
| 1.) Risiko als Rechtsbegriff | 127 |
| a.) Der Risikobegriff im Europarecht | 127 |
| b.) Risiko im deutschen Recht | 129 |
| (1) Abgrenzungen | 130 |
| (aa) Abgrenzung zur Gefahr | 130 |
| (bb) Abgrenzung zum Gefahrverdacht | 133 |
| (cc) Abgrenzung zum Restrisiko | 134 |
| (dd) Zwischenfazit | 135 |
| (2) Risikomodelle | 137 |
| (aa) Modell der Unsicherheit 1. – 4. Ordnung | 137 |
| (bb) Dreistufiges Risikomodell | 138 |
| (cc) Zweistufiges Risikomodell | 138 |
| (dd) Risikomodell des GenTG | 139 |
| (3) Ergebnis: eine Definition des Risikobegriffs | 140 |
| c.) Risiko im englischen Recht | 142 |
| (1) Risk versus hazard und danger | 142 |
| (2) Risk versus uncertainty | 143 |

| | |
|--|-----|
| (3) Definitiorische Annäherung | 145 |
| 2.) Risikobewertung | 146 |
| a.) Risikobewertung in Deutschland | 147 |
| b.) Risikobewertung in England | 148 |
| c.) Risikobewertung als Form der Selbstprogrammierung zur Wissensgenerierung | 150 |
| Teil 2: Exekutive Wissensgenerierung im Rahmen der gentechnikrechtlichen Freisetzungsgenehmigung | 151 |
| A.) Vom klassischen Verwaltungsvollzug zur Notwendigkeit der Neustrukturierung: Die Aufgabe der Exekutive | 153 |
| I.) Fokussierung der Aufgabe | 153 |
| II.) Supranationale Vorgaben für die Aufgabe der Wissensgenerierung im Gentechnikrecht | 156 |
| 1.) Das Vorsorgeprinzip | 156 |
| 2.) Die RL 2001/18/EG (Freisetzungsrichtlinie) | 158 |
| a.) Regelungsgegenstand | 159 |
| b.) Verfahrensvorgaben, insbesondere die Umweltverträglichkeitsprüfung | 160 |
| B.) Exekutive Wissensgenerierung in Deutschland: Die Ausgangssituation | 164 |
| I.) Die rechtlichen Vorgaben und Grenzen für die Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen: § 16 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Nr. 1 GenTG | 164 |
| 1.) „Stand der Wissenschaft“ – insbesondere in Abgrenzung zum „Stand der Technik“ | 166 |
| 2.) Konkretisierung des Begriffs „Schädliche Einwirkungen auf die Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge“ | 168 |
| a.) Konkretisierung durch Heranziehung anderer Normen | 168 |
| b.) Konkretisierung mithilfe von Erfahrungswissen | 169 |
| c.) Theoretische Modelle zur Konkretisierung des Schadens bzw. des Schutzgutes „Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge“ | 170 |
| d.) Fazit | 173 |
| II.) Die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung | 174 |
| 1.) Ablauf des Genehmigungsverfahrens | 174 |
| a.) Der Antrag | 174 |
| b.) Die Risikobewertung | 176 |
| c.) Die Beteiligung von Expertengremien | 177 |
| d.) Die Beteiligung der Öffentlichkeit | 179 |
| e.) Die endgültige Entscheidung | 180 |

| | |
|---|-----|
| f.) Nebenbestimmungen und nachträgliche Auflagen | 181 |
| g.) Fazit zum Genehmigungsverfahren | 181 |
| 2.) Möglichkeiten der Selbstprogrammierung | 182 |
| a.) Rechtsverordnungen | 183 |
| (1) Grenze des Bestimmtheiterfordernisses | 184 |
| (2) Grenze der Flexibilität | 186 |
| (3) Fazit zur Rechtsverordnung | 186 |
| b.) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften | 187 |
| (1) Differenzierte Bindungswirkung | 187 |
| (2) Besondere Flexibilität | 188 |
| (3) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung europarechtlicher Richtlinien? | 189 |
| (4) Fazit zur normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift | 190 |
| c.) Pläne | 191 |
| (1) Tauglichkeit des Plans als Instrument zur Selbstprogrammierung bei Wissensdefiziten | 191 |
| (2) Fazit zum Plan | 192 |
| d.) Konzepte | 193 |
| (1) Bindungswirkung des Konzepts | 195 |
| (2) Horizontale Ausrichtung als Flexibilitätsgewinn | 195 |
| (3) Fazit zum Konzept | 197 |
| e.) Grenzen der Selbstprogrammierung: Stopp-Regeln | 198 |
| 3.) Fazit: Verfahrenorientierte Unsicherheitsregeln als Forum für rationalitätsgenerierende Selbstprogrammierung | 200 |
| III.) Verfassungsrechtliche Grenzen | 202 |
| 1.) Rechtsstaatsprinzip | 203 |
| a.) Vorbehalt des Gesetzes | 203 |
| b.) Vertrauensschutz | 204 |
| c.) Gewaltenteilung | 205 |
| 2.) Demokratieprinzip | 206 |
| a.) Klassische Legitimation von Verwaltungshandeln | 206 |
| b.) Alternative Legitimationsvermittlung | 207 |
| IV.) Möglichkeiten der Kontrolle exekutiver Entscheidungen | 209 |
| 1.) Kontrolldichte der Gerichte | 210 |
| a.) Umfassende Kontrolldichte versus exekutive Letztentscheidungskompetenz | 210 |
| b.) Kontrolldichte exekutiver Selbstprogrammierung im Gentechnikrecht | 212 |

| | |
|--|-----|
| (1) Die Anfechtungsklage gegen die Versagung der Genehmigung | 212 |
| (2) Klagemöglichkeit direkt gegen die Maßnahme der Selbstprogrammierung? | 216 |
| 2.) Alternativen zu gerichtlicher Kontrolle | 217 |
| a.) Exekutive Selbstkontrolle | 217 |
| b.) Parlamentarische Kontrolle | 219 |
| V.) Fazit zur Untersuchung exekutiver Wissensgenerierung im deutschen Recht | 221 |
| C.) Exekutive Wissensgenerierung in England: Potential und Grenzen pragmatischer Fallorientierung | 222 |
| I.) Parallelität des Phänomens zunehmenden Einflusses von unsicherheitsbasierten Wissensmängeln im Verwaltungsverfahren | 222 |
| II.) Die rechtlichen Vorgaben und Grenzen für den Umgang mit Wissensmängeln im Verwaltungsverfahren | 226 |
| 1.) Parlamentsgesetze: Environmental Protection Act 1990 Part VI | 227 |
| a.) Zielsetzung der Ermächtigungsgrundlage | 227 |
| b.) Die risk regulation standards | 230 |
| 2.) Abgeleitete Rechtsakte: Die Deliberate Release Regulations 2002 | 232 |
| a.) Regulations im Verbund abgeleiteter Gesetzgebung | 232 |
| b.) Die Deliberate Release Regulations 2002 von DEFRA | 235 |
| 3.) Administrative Regelungen zur Konkretisierung, insbesondere: Deliberate Release of Genetically Modified Organisms: A Guide | 236 |
| a.) Aufgabe und Funktion administrativer Regelungen | 237 |
| b.) Die Deliberate Release of Genetically Modified Organisms: A Guide von DEFRA | 239 |
| 4.) Die Bedeutung der common law-Prinzipien im Zusammenspiel mit gesetzlichen Vorgaben | 240 |
| III.) Die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung im Verlauf des Verwaltungsverfahrens | 242 |
| 1.) Ablauf des Genehmigungsverfahrens | 242 |
| a.) Der Antrag | 242 |
| b.) Das risk-assessment durch den Antragsteller | 243 |
| c.) Die Risikobewertung durch DEFRA | 244 |
| d.) Die Beteiligung von Expertengremien | 245 |
| e.) Die Beteiligung der Öffentlichkeit | 247 |

| | |
|--|-----|
| f.) Die endgültige Entscheidung | 249 |
| g.) Nebenbestimmungen und Nachzulassungs-Monitoring | 249 |
| h.) Fazit zum Genehmigungsverfahren | 251 |
| 2.) Möglichkeiten der Selbstprogrammierung | 252 |
| a.) Instrumente abgeleiteter Rechtsetzung | 253 |
| (1) Die regulations | 255 |
| (aa) Eignung von regulations zur exekutiven Selbstprogrammierung | 255 |
| (bb) Die Ausschöpfung des Potentials durch die Deliberate Release Regulations | 257 |
| (2) Eignung von regulatory reform orders zur exekutiven Selbstprogrammierung | 259 |
| b.) Instrumente administrativer Regelung | 260 |
| (1) Charakteristische Eigenschaften administrativer Regelungen | 261 |
| (2) Das Potential administrativer Regelungen in Bezug auf exekutive Selbstprogrammierung | 263 |
| (3) Ausschöpfung des Potentials durch die Deliberate Release Guideline | 264 |
| (4) Ausschöpfung durch die Guidance on Principles of Risk Assessment and Monitoring for the Release of Genetically Modified Organisms von ACRE | 265 |
| c.) Die Rolle des common law für die exekutive Selbstprogrammierung | 266 |
| d.) Fazit: Flexibilität und Routinisierung in Theorie und Praxis als Voraussetzung für rationale Entscheidungen | 267 |
| IV.) Verfassungsrechtliche Grenzen | 269 |
| 1.) Die Besonderheit der englischen Verfassung | 269 |
| a.) Geschriebene und ungeschriebene Verfassungen | 269 |
| b.) Die constitutional conventions | 271 |
| c.) Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht | 272 |
| 2.) Verfassungsrechtliche Grenzen exekutiver Selbstprogrammierung | 273 |
| a.) Grundsatz der Gewaltenteilung | 273 |
| b.) Die supremacy of parliament | 277 |
| c.) Die rule of law | 277 |
| d.) Demokratische Legitimation | 280 |
| V.) Möglichkeiten der Kontrolle exekutiver Entscheidungen | 284 |
| 1.) Gerichte | 284 |

| | |
|---|-----|
| a.) Voraussetzungen für eine gerichtliche Kontrolle mittels judicial review | 285 |
| (1) Formelle Voraussetzungen | 286 |
| (aa) Antrag auf permission beim Administrative Court | 286 |
| (bb) Das standing | 287 |
| (cc) Erschöpfung des administrativen und gerichtlichen Rechtswegs | 290 |
| (2) Materielle Voraussetzungen | 291 |
| b.) Kontrolldichte im Verfahren der judicial review | 293 |
| (1) Kontrolldichte bei der Überprüfung einer Genehmigungsversagung | 295 |
| (2) Kontrolldichte bei der Überprüfung abgeleiteter Rechtsakte und administrativer Regelungen | 298 |
| (3) Fazit zur Kontrolldichte | 299 |
| 2.) Tribunale | 300 |
| a.) Funktion der Tribunale neben den Gerichten | 300 |
| b.) Voraussetzungen für Entscheidungen durch Tribunale | 301 |
| 3.) Alternativen zu gerichtlicher Überprüfung, insbesondere die Rolle des PCA | 302 |
| a.) Voraussetzungen und Inhalt der Überprüfung durch den PCA | 302 |
| b.) Bedeutung und Funktion des PCA für die Kontrolle exekutiver Handlungen | 304 |
| c.) Parlamentarische Kontrolle? | 305 |
| VI.) Fazit zur vergleichenden Untersuchung der Wissensgenerierung in England | 306 |
| Teil 3: Ordnung und Analyse des Vergleichs | 307 |
| A.) Die Ausgestaltung der gentechnikrechtlichen Freisetzungsregelungen: nationale Regelungsstrukturen im europäischen Rahmen | 308 |
| I.) Die nationale Umsetzung der Spielräume der Freisetzungsrichtlinie | 308 |
| 1.) Risikobewertung | 308 |
| 2.) Beteiligung Dritter am Genehmigungsverfahren | 310 |
| 3.) Bedeutung der Beteiligung Dritter für die Legitimation des Verfahrens | 312 |
| 4.) Europarechtliche Vorgaben | 313 |
| II.) Die Bedeutung unbestimmter Rechtsbegriffe für das Verwaltungsverfahren | 314 |

| | |
|--|-----|
| III.) Die Ergebnisse der Praxis | 317 |
| B.) Der Umgang mit Wissensdefiziten durch exekutive Selbstprogrammierung und die Bedeutung von Wissensgenerierung im Verfahren | 318 |
| I.) Exekutive Selbstprogrammierung auf der Ebene der konkreten Verwaltungstätigkeit | 318 |
| II.) Konsequenz für die Wissensgenerierung im Verwaltungsverfahren | 319 |
| C.) Bedeutung des verfassungsrechtlichen Rahmens und der gerichtlichen Kontrolle für die Rolle des Verwaltungsverfahrens | 321 |
| I.) Aufgabenverschiebung von der Legislative zur Exekutive | 321 |
| II.) Bedeutung des Verfassungsrechts für das Verwaltungsverfahren | 323 |
| III.) Einfluss gerichtlicher Kontrolle auf das Verwaltungsverfahren | 325 |
| 1.) Art und Ausmaß exekutiver Letztentscheidungsspielräume | 326 |
| 2.) Auswirkungen der gerichtlichen Kontrolle auf die Funktion des Verwaltungsverfahrens | 328 |
| D.) Gründe für Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Rolle des Verwaltungsverfahrens | 330 |
| I.) Civil law und common law: Der Einfluss von Traditionen einer Rechtsfamilie auf die heutige Rolle des Verwaltungsverfahrens | 330 |
| 1.) Die Bedeutung der Judikative für die Rechtsquellen | 331 |
| 2.) Die Stellung der Exekutive im Zusammenspiel der Staatsgewalten | 333 |
| 3.) Konvergenz von civil law und common law | 335 |
| II.) Der gemeinsame europarechtliche Überbau | 336 |
| 1.) Grundsätzlicher Einfluss des Europarechts auf nationale Verwaltungsverfahren | 337 |
| 2.) Analyse der festgestellten Gemeinsamkeiten im Lichte des europarechtlichen Überbaus | 339 |
| III.) Rückschlüsse für Entwicklungsmöglichkeiten des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts | 342 |

| | |
|---|-----|
| Schlussbetrachtung und Fazit | 345 |
| A.) Gewinn der Untersuchung durch die Methode der Rechtsvergleichung | 345 |
| B.) Wissensgenerierung als neue Funktion und Chance des Verwaltungsverfahren | 347 |
| C.) Die Rolle des Verwaltungsverfahren | 351 |
| Literaturverzeichnis | 355 |