

Het Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetz* en de Awb

R.J.N. Schlössels*

I Inleiding

In Nederland trad op 1 juli 1976 de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen in werking (Wet Arob). In Duitsland werd op 1 januari 1977 het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (hierna: VwVfG¹) van kracht. Wie beide bestuursrechtelijke wetten kent weet dat deze – behalve het beschikkingsbegrip² – niet veel gemeen hebben. De Wet Arob was een aanvullende rechtsbeschermingswet. Het VwVfG ziet vooral op bestuurlijk besluitvormingsrecht.

Waarom dan ter inleiding van deze bijdrage een vergelijking tussen de – al bijna vergeten – Wet Arob en het Duitse VwVfG? Het tot stand komen van beide wetten markeert de stand van de bestuursrechtelijke ontwikkeling in Nederland en Duitsland. Duitsland was in de jaren zeventig van de vorige eeuw toe aan een uniforme codificatie van het algemeen bestuursrecht. Algemene bestuursrechtspraak kende men al lang. In Nederland was de tijd nog niet rijp voor codificatie. Het was wachten op de komst van de Awb in 1994. De Nederlandse wetgever gaf in de jaren zeventig prioriteit aan het voltooiën van een gebrekkig bouwwerk van bestuursrechtspraak.

In deze bijdrage wordt het oudere VwVfG op hoofdlijnen vergeleken met de corresponderende onderdelen van de jongere Awb. Hierbij staat de vraag centraal wat de verschillen en overeenkomsten zijn tussen deze wetten. Vervolgens wordt bezien of de Awb-wetgever iets kan leren van de Duitse codificatie.

Voor een vergelijking is alle reden. Beide wetten zijn nauw verwant. Er spelen soortgelijke problemen en ontwikkelingen. Te denken valt aan onderwerpen als elektronisch bestuurlijk verkeer, tijdigheid en finaliteit, vergunningverlening van rechtswege (implementatie van de Dienstenrichtlijn), Europeanisering van het bestuursrecht en de betekenis van informeel bestuur.

* Prof. mr. R.J.N. Schlössels is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Radboud universiteit Nijmegen.

1 In deze bijdrage is uitgegaan van het *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) zoals dit gold per 1 september 2009 (de internetversie van het Duitse Ministerie van Justitie). Op internet treft men ook Engelse vertalingen aan van het VwVfG (Administrative Procedure Act). Zie bijv. <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VwVfG.htm>.

2 Dat bovendien inhoudelijk verschilt. Zie paragraaf 4.3.

Een andere reden om het VwVfG te belichten is dat deze codificatie – afgezien van specifieke onderwerpen³ – in ons land niet veel aandacht krijgt. De aandacht voor het Duitse algemeen bestuursrecht richt zich vooral op het bestuursprocesrecht. Dit procesrecht is geregeld in de *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO).⁴ De Nederlandse interesse voor het Duitse bestuursproces is begrijpelijk. Gelet op onderwerpen als de omvang van het geding, trechterwerking binnen het bestuursproces, finaliteit, het passeren van vormvoorschriften, het bestuursrechtelijk bewijsrecht, uitspraakbevoegdheden, het appelprocesrecht en natuurlijk de Schutznormleer heeft het Duitse bestuursprocesrecht wat te bieden. Maar óók het *Verwaltungsverfahrensgesetz* verdient aandacht. Het is een compacte, inspirerende regeling. Daarom worden in deze bijdrage enkele aspecten van deze wet belicht.

2 Korte geschiedenis en doelstellingen van het VwVfG

2.1 Totstandkoming van het VwVfG

De totstandkoming van het VwVfG vergde meer tijd dan het tot stand brengen van (de eerste twee tranches) van de Awb.⁵ Het eerste Duitse ontwerp was het resultaat van inspanningen vanuit de wetenschap, de rechtspraktijk en de overheid. Verschillende commissies gaven hun visie. Al snel werd duidelijk dat *de federale structuur* van Duitsland een complicerende factor vormde.

In 1964 zag een proeve het daglicht (het zgn. *Musterentwurf*). Dit leverde veel stof voor discussie. Vooral het toepassingsbereik van de nieuwe bestuursrechtelijke codificatie en de te regelen onderwerpen leidden tot meningsverschillen. Zo was er verschil van mening over de vraag of de regeling betrekking moest hebben op het sociale zekerheids- en belastingrecht (op welke terreinen al algemene regelingen bestonden). Omstreden was verder de beperking van het toepassingsbereik tot de *Verwaltungsakt* (zie onder 4.3) en de publiekrechtelijke overeenkomst (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*).

Een tweetal regeringsontwerpen leidde in de jaren zeventig tot het huidige VwVfG. Deze federale wet trad in werking op 1 januari 1977. Voor het zover was werden

3 Zie bijv. H.D. Tolsma, *Bemiddelend bestuur. Juridische aspecten van bemiddeling bij de bestuurlijke besluitvorming* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2008. Zij gaat onder meer in op het *Verwaltungsvertrag*. Vgl. de regeling van § 54 VwVfG e.v.

4 Het Duitse bestuursprocesrecht en het stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid krijgen in Nederland veel aandacht. Zie bijv. P. Willemsen, *Een meer definitieve geschilbeslechting in het bestuursrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Nijmegen: WLP 2008, p. 9 e.v.; P.A. Willemsen, *De grenzen van de rechtsstrijd in het bestuursrechtelijk beroep en hoger beroep in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005; K.J. de Graaf, *Schikken in het bestuursrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden en consequenties van schikken in bestuursrechtelijke procedures* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2004, hoofdstuk 6; R.J.N. Schlössels, 'Een vrije en kenbare bewijsleer?', in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?*, VAR-reeks 142, Den Haag: BJu 2009, i.h.b. p. 68 e.v.; R.J.N. Schlössels, *Het besluitbegrip en de draad van Ariadne. Enige beschouwingen over de rechtsmacht van de bestuursrechter* (oratie Nijmegen), Den Haag: BJu 2003, i.h.b. p. 15 e.v.

5 Beschrijvingen van de totstandkoming van de wet treft men onder meer aan bij H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. überarbeitete und ergänzte Auflage*, München: Verlag C.H. Beck 2009, p. 99 e.v. en in F.O. Kopp & U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Kommentar, 10. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2008, p. 15.

compromissen gesloten met betrekking tot de toepassing van het VwVfG bij de uitvoering van bondswetten door de niet-federale bestuursorganen van de verschillende Duitse landen en de gemeenten. Verder werden knopen doorgehakt over de verhouding tussen het VwVfG en de bijzondere bestuurswetgeving (de subsidiariteitsproblematiek). Zie hierover paragraaf 3.1.

2.2 Doelstellingen van het VwVfG

Maurer geeft een overzicht van de doelstellingen van het VwVfG.⁶ Het belangrijkste doel van het VwVfG is het bewerkstelligen van *eenheid* in het bestuurlijk besluitvormingsrecht. Een tweede doelstelling van de wet betreft het vereenvoudigen en rationaliseren van het besturen. Het besluitvormingsrecht wordt, zo is de gedachte, voor bestuursorganen én burgers toegankelijker door eenduidige en systematische codificatie. Codificatie dient ook de rechtszekerheid. Als derde doelstelling wijst Maurer op de betekenis van het VwVfG voor het algemeen deel van het bestuursrecht. Deze betekenis betreft enerzijds het codificeren van leerstukken die in de jurisprudentie tot ontwikkeling zijn gekomen en anderzijds het opheffen van onduidelijkheden en het beslechten van strijdpunten.

Aan het VwVfG liggen dus vergelijkbare doelstellingen ten grondslag als aan de Awb. Het handhaven van deze doelstellingen leidt tot herkenbare problemen. Algemene bestuursrechtelijke codificaties – waaronder de Awb – staan voortdurend bloot aan het gevaar van afwijkende regelingen in bijzondere wetten. Ook het actuele Duitse debat maakt duidelijk dat dit een punt van aanhoudende zorg is. Er wordt wel gesproken over een *Tendenz zur Diversifizierung*.⁷ Deze tendens wordt steeds sterker doordat de wetgever regelmatig zonder harde noodzaak van het VwVfG afwijkt. Dit schaadt de overzichtelijkheid van het bestuurlijk besluitvormingsrecht.

3 Toepassingsbereik, karakteristiek en globale inhoud van het VwVfG

3.1 Bond en landen; algemeen deel – bijzonder deel

Het toepassingsbereik van het VwVfG is beperkt. Het formele toepassingsbereik van de wet is in ieder geval beperkter dan dat van de Algemene wet bestuursrecht. Maar dit zegt nog niet veel over de feitelijke invloed van de wet op het algemeen deel van het Duitse bestuursrecht. Deze is juist groot.

De eerste beperking vloeit voort uit § 1 VwVfG. Net als de Awb is het VwVfG een wet in formele zin. Maar het is tevens een federale wet. Dit brengt met zich dat de wet – kort, en eenvoudig gesteld – alleen toepassing vindt op handelen van het Duitse bestuur voor zover het gaat om de bestuursorganen van de bond, dan wel om bestuursorganen van landen of gemeenten indien en voor zover zij gehouden zijn om recht van de bond uit te voeren § 1 I VwVfG. Ten aanzien van de bestuurs-

⁶ Maurer 2009, p. 104.

⁷ Vgl. bijv. Kopp/Ramsauer 2008, p. 9 en 74.

organen van de landen geldt de wet dus niet zodra deze wetgeving van hun land uitvoeren.

In werkelijkheid is het toepassingsbereik van het VwVfG nog beperkter omdat de wet niet van toepassing is op de uitvoering van federale wetten door de bestuursorganen van een land wanneer een land een *Landesverwaltungsverfahrensgesetz* heeft vastgesteld (§ 1 III VwVfG). In vrijwel alle Duitse landen is dit het geval. Het grote voordeel van deze wetten is dat de bestuurlijke autoriteiten van één land slechts één algemene bestuursrechtelijke regeling hoeven toe te passen.⁸

De facto is en blijft de invloed van het federale VwVfG echter groot. Aan de wet wordt namelijk *Leitfunktion* toegeschreven. De algemene bestuurswetten van de landen stemmen inhoudelijk in hoge mate overeen met de bondswet. Zij 'volgen' deze meestal letterlijk. Een en ander voert terug op een afspraak uit de jaren zeventig waarbij de Duitse landen de intentie uitspraken te streven naar inhoudelijk gelijke wettelijke regelingen (Beschluss zur Simultangesetzgebung). De rechts-eenheid wordt bovendien bevorderd doordat beroep bij het Bundesverwaltungsgericht (ook) mogelijk is op de grond dat er sprake is van de schending van een voorschrift uit een *Verwaltungsverfahrensgesetz* van een land dat tekstueel overeenstemt met het VwVfG (§ 137 VwGO).

Zowel de Awb als het VwVfG kunnen terzijde worden gesteld door de bijzondere wet. Ook het VwVfG wordt beperkt door het bijzonder deel van het (federale) bestuursrecht. Dit is een problematiek waarmee beide bestuursrechtelijke codificaties kampen en die voldoende stof levert voor praktische en wetenschappelijke discussies. Bij de totstandkoming van de Awb is de verhouding tussen de algemene codificatie en de bijzondere bestuurswetgeving, zoals bekend, terdege onder ogen gezien.⁹ Dit heeft geleid tot een soort van 'indeling' van Awb-bepalingen waarbij uit de redactie van diverse bepalingen de beoogde relatie met het bijzonder deel blijkt.¹⁰ Toch kan de bijzondere wetgever de mooie bedoelingen van de Awb negeren.

Het VwVfG is rechtlijniger. De wet hanteert een geschreven 'Subsidiaritätsklausel'. Deze clausule versterkt de positie van de wet niet. Het VwVfG treedt terug zodra uit een bijzondere wet anders voortvloeit (§ 1 I VwVfG). Het moet dan echter wel gaan om bondswetten in formele zin of om 'Rechtsverordnungen'.¹¹ Een bijzondere wet van een land kan het federale VwVfG niet rechtstreeks terzijde stellen. Van belang is echter dat de *Landesverwaltungsverfahrensgesetze* op hun beurt ook subsidiariteitsclausules kennen. Als wetgeving van de bond wordt uitgevoerd door de bestuursorganen van een land is het dus mogelijk dat in de bijzondere wetgeving van het land van het (in beginsel) toepasselijke 'algemene' besluitvormingsrecht van het land wordt afgeweken.

8 Kopp/Ramsauer 2008, p. 76.

9 Zie i.h.b. PG Awb I, p. 64 e.v.

10 Zie over de verschillende Awb-bepalingen bijv. R.J.N. Schlössels & F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, tweede druk, Den Haag: BJu 2006, p. 132-135.

11 Te vergelijken met *gedelegeerde wetgeving* (vgl. de Nederlandse AMvB). De bevoegdheid tot het geven van een *Rechtsverordnung* moet steunen op een formeelwettelijke grondslag. Zie over deze rechtsfiguur bijv. H.P. Bull & V. Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 8. Auflage, Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2009, p. 102-103.

3.2 Het toepassingsbereik: enkele andere aspecten

Het sociale zekerheidsrecht en het belastingrecht worden in Duitsland door afzonderlijke algemene regelingen gedekt. Het VwVfG is niet van toepassing (§ 2 II 1, 4 VwVfG). Inhoudelijk bestaat er wel verwantschap tussen de drie genoemde regelingen. Maar de bijzondere delen van het bestuursrecht staan relatief los van het ‘echte’ algemeen bestuursrecht. Dit geldt ook voor de organisatie van de rechtsbescherming. In Duitsland staan naast de ‘allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit’ de ‘Sozialgerichtsbarkeit’ en de ‘Finanzgerichtsbarkeit’. Men spreekt over de *Drei-Säulen-Theorie*.¹² Het VwVfG vindt verder geen toepassing in de sfeer van de strafbare feiten en de ‘Ordnungswidrigkeiten’¹³ (§ 2 II 2 VwVfG). Gelet op de betekenis voor het sociale zekerheidsrecht en het bestuursstrafrecht (vgl. de bestuurlijke boete) is het toepassingsbereik van de Awb dus aanzienlijk ruimer dan dat van het VwVfG.

Het VwVfG heeft betrekking op de *öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit* van het bestuur (§ 1 I VwVfG). De wet is niet van toepassing op privaatrechtelijk handelen van het bestuur. Het maken van een onderscheid tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk bestuurshandelen is in Duitsland beladen. Ingewikkelde ‘rechtleren’ – het past in de Duitse traditie – worden hier in stelling gebracht. Het ontbreekt aan ruimte om deze hier te bespreken.

Zo’n bespreking is voor een goed begrip van het VwVfG ook niet van belang. Het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht brengt bij de toepassing van deze wet namelijk weinig problemen met zich. Het besluitvormingsrecht van het VwVfG ziet op het tot stand brengen van beschikkingen en op het afsluiten van publiekrechtelijke overeenkomsten. Deze rechtsfiguren, die nauwkeurig in het VwVfG zijn geregeld, zijn naar hun aard publiekrechtelijk.

Behartigt het bestuur publieke taken via privaatrechtelijke (organisatie)vormen (Verwaltungsprivatrecht) dan kunnen bepalingen van het VwVfG op grond van de rechtspraak *indirect* toepassing vinden. Dit doet zich voor als bepalingen uitdrukking geven aan constitutionele beginselen of aan algemene principes van bestuursrecht.¹⁴ Ook voor feitelijke bestuurshandelingen die ingrijpen in de grondrechten van burgers is analoge toepassing soms aangewezen. De bepalingen moeten zich dan wel lenen voor toepassing op *Realakte* (feitelijke handelingen). Denk bijvoorbeeld aan de eisen van bestuurlijke onpartijdigheid (§ 21 VwVfG), zorgvuldig feitenonderzoek (§ 24 VwVfG) en horen (§ 28 VwVfG).¹⁵

12 Bijv. Maurer 2009, p. 102.

13 Het betreft de bestuursrechtelijke sanctionering van overtredingen door middel van een geldboete die plaatsvindt op basis van een bestuurlijke procedure (vgl. de bestuurlijke boete). Een en ander is geregeld in het Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG).

14 Zie bijv. Maurer 2009, p. 105. Kopp/Ramsauer 2008, p. 67.

15 Zie bijv. R. Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Grundlagen des Verwaltungsverfahrens. Staatshaftungsrecht*, 13. Auflage, Grasberg bei Bremen 2009, p. 88-89.

3.3 Structuur en inhoud van het VwVfG

Het VwVfG kent acht delen. Verschillende delen zijn onderverdeeld in hoofdstukken of paragrafen (Abschnitte). Het VwVfG is per saldo compacter dan de Awb. Een ingewikkelde gelaagde opbouw ontbreekt. De Duitse wet kent ongeveer 100 artikelen (Paragrafen).

Een belangrijke verklaring voor de compactheid van het VwVfG is dat het bestuurlijk handhavingsrecht¹⁶ en het bestuursprocesrecht niet in deze wet zijn geregeld. Dit geldt ook voor de Duitse 'bezwaarschriftprocedure' (Widerspruchsverfahren). Deze is geregeld in de Verwaltungsgerichtsordnung (§ 68 VwGO e.v.¹⁷).

Het VwVfG kent de figuur van de *facultatieve regeling*. De systematiek is verwant aan de Nederlandse. Het Duitse algemeen besluitvormingsrecht is in belangrijke mate vormvrij (§ 10 VwVfG). Het VwVfG voorziet echter in specifieke procedures die bij wettelijk voorschrift van toepassing kunnen worden verklaard. Het betreft de regelingen van het *förmliches Verwaltungsverfahren* (§ 63 VwVfG e.v.) en het *Planfeststellungsverfahren* (§ 72 VwVfG e.v.).

Het eerstgenoemde *Verfahren* behelst een verzwaarde besluitvormingsprocedure. Wanneer een beschikking overeenkomstig deze besluitvormingsprocedure tot stand komt kan tijdens de rechtsbeschermingsfase de voorprocedure worden overgeslagen (§ 70 VwVfG). Het förmliches Verwaltungsverfahren is in de rechtspraktijk geen succes. De procedure wordt weinig toegepast. De wetgever kiest er vaak voor om procedures 'fachspezifisch' te regelen.¹⁸ De bijzondere wet is dan bepalend.

Het Planfeststellungsverfahren is een uitvoerige bedenkingenprocedure. Ook deze procedure kan bij wettelijk voorschrift van toepassing worden verklaard. Zij strekt ertoe om te komen tot een geïntegreerd projectbesluit (Planfeststellungsbeschluss). Dit besluit betreft de publiekrechtelijke toestemming voor het beoogde project met inbegrip van de noodzakelijke vervolgmaatregelen voor connexe faciliteiten. Andere besluiten (bijv. vergunningen) zijn in beginsel niet meer nodig (Genehmigungs- und Konzentrationswirkung).

Deze procedure heeft meer betekenis dan het förmliches Verwaltungsverfahren, maar ook hier zijn procedurele afwijkingen in de bijzondere (milieu)wetgeving talrijk. Dit effect is in 2007 vergroot door het zgn. *Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz* (IPBeschlG). Een wet die het realiseren van infrastructurele projecten moet stroomlijnen. Vaak schaadt dit soort puur instrumentele wetgeving de rechtseenheid. Eenvoudiger wordt het meestal niet. Ramsauer merkt in dit kader cynisch op: '*Groteskerweise soll das dem Bürokratieabbau dienen.*'¹⁹

Wie het VwVfG doorbladert komt meer onderwerpen tegen die ook in de Awb zijn geregeld. De Nederlandse bestuursrechtjurist zal in de Duitse wet ook onderwerpen missen. Te wijzen valt op algemene regelingen over mandaat en delegatie en op een regeling van beleidsregels en advisering. Daarnaast zijn er bepalingen die

16 Dit is met name geregeld in het *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz*.

17 In het VwVfG treft men wel een regeling aan over de vergoeding van kosten in de voorprocedure (§ 80 VwVfG).

18 Vgl. Kopp/Ramsauer 2008, p. 1185.

19 Kopp/Ramsauer 2008, p. 1259, zie ook het gestelde op p. 16.

juist niet – of niet zo uitvoerig – in de Awb zijn neergelegd. Gedetailleerd is de Duitse regeling van de bevoegdheid tot deelname aan bestuurlijke procedures, de handelingsbekwaamheid, vertegenwoordiging, volmacht en belangenverstrengeling (§ 11 VwVfG e.v.). Verder zijn er bijzondere onderwerpen zoals de regeling van de honoraire functie in het bestuursrecht, bepalingen over de werkwijze van (advies)commissies (Teil VII) en een regeling over de onderlinge bijstand door bestuursorganen (Amtshilfe).

Het leerstuk van de *'Bestandskraft des Verwaltungsaktes'* (Teil III, Abschnitt 2) is opvallend sterk ontwikkeld. Het betreft een interessante regeling die onder meer ziet op de werking en inwerkingtreding van de Verwaltungsakt, de nietigheid ervan, het passeren van vormvoorschriften, de conversie van de gebrekkige beschikking en een regeling betreffende de intrekking van rechtmatige en onrechtmatige beschikkingen (zie nader onder 5).

Ook de bepalingen over de publiekrechtelijke overeenkomst (öffentlich-rechtlicher Vertrag) vallen op. Deze zijn opgenomen in deel IV van de wet. In het vervolg van dit artikel blijft deze uitvoerige regeling rusten.²⁰

Ten slotte zijn (aspecten van) de verschillende beginselen van behoorlijk bestuur goed in het VwVfG vertegenwoordigd. Te wijzen valt op de regeling over belangenverstrengeling en vooringenomenheid (§ 20 VwVfG en § 21 VwVfG), het zorgvuldigheidsbeginsel (§ 24 VwVfG en § 28 VwVfG (hoorplicht)), het verbod van détournement de pouvoir (§ 36 III VwVfG en § 40 VwVfG), het duidelijkheidsbeginsel (§ 37 I VwVfG), het motiveringsbeginsel (§ 39 VwVfG) en het vertrouwensbeginsel en dispositievereiste (§ 38 VwVfG en § 48 II VwVfG).

3.4 De visie van het VwVfG op 'besturen'

De Duitse *Verwaltungsverfahrensgesetze* (van de bond en landen) vormen het geraamte van het Duitse algemeen bestuursrecht. Schmidt²¹ karakteriseert het *Verwaltungsverfahrenrecht* zelfs als een 'Grundpfeiler' van het algemeen deel. In Duitsland weegt zwaar dat dit recht de Duitse variant van de beschikking ('Verwaltungsakt') regelt. Maurer²² karakteriseert deze rechtsfiguur aan de hand van de wettelijke definitie (§ 35 VwVfG) als: *'die hoheitliche Regelung eines Einzelfalls durch eine Verwaltungsbehörde mit unmittelbarer Aussenwirkung'*.

De Verwaltungsakt wordt in Duitsland traditioneel gezien als de meest wezenlijke handeling van het bestuur. Ipsen²³ plaatst deze bestuurshandeling, onder verwijzing naar Maurer, in het centrum van de bestuursrechtelijke leer. De theorie inzake de Verwaltungsakt kent een lange traditie. Zij voert terug op het standaard-

20 Niet omdat deze weinig interessant zou zijn (integendeel), maar omdat de regeling in Nederland relatief bekend is (vgl. bijv. recent nog het aangehaalde Groningse proefschrift van Tolsma). Zie verder bijv. reeds D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten. Een onderzoek naar juridische aspecten van het gebruik van de overeenkomst als beleidsinstrument door de overheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1982, p. 17 e.v.

21 Schmidt 2009, p. 85.

22 Maurer 2009, p. 191.

23 J. Ipsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag 2009, p. 45.

werk van Otto Mayer,²⁴ volgens velen dé ‘founding father’ van het Duitse algemeen bestuursrecht.²⁵

Daarom is het niet verwonderlijk dat de Verwaltungsakt uitvoerig in het VwVfG is geregeld (Teil III, Abschnitt 1). De Duitse literatuur brengt het ‘beschikkingenrecht’ in direct verband met de constitutie, de grondrechtentheorie en het *Gebot des Rechtsstaates*.²⁶ Het Verwaltungsverfahrensrecht wordt geacht een belangrijke bijdrage te leveren aan de acceptatie van besluiten. De Algemene wet bestuursrecht heeft zonder twijfel een vergelijkbare ambitie. Maar in Nederland ontbreekt een traditie om een en ander fraai constitutioneel in te bedden.

De Awb is op *meer* bestuurshandelingen van toepassing dan het VwVfG. De Nederlandse codificatie heeft immers betrekking op alle besluiten van bestuursorganen voor zover niet uitgezonderd. Via de schakelbepaling (art. 3:1 lid 2 Awb) is de Awb daarnaast voor een deel van toepassing op de privaatrechtelijke en de feitelijke handelingen van het bestuur.

Hier staat tegenover dat de Awb-visie op ‘besturen’ minder expliciet is dan die van het VwVfG. De Duitse wet geeft een scherpe omschrijving van wat onder ‘Verwaltungsverfahren’ wordt verstaan (§ 9 VwVfG). Vertaald²⁷ luidt deze omschrijving:

‘Onder bestuurlijke procedures worden in deze wet verstaan de naar buiten gerichte activiteiten van bestuursorganen die zijn gericht op het beoordelen van de toepassingscondities, het voorbereiden en het geven van een beschikking of op het afsluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst;’

Deze definitie is geprofileerd, maar sluit natuurlijk veel bestuurshandelingen uit. Te wijzen valt op gedelegeerde bestuurswetgeving, (autonome) verordeningen (Satzungen), beleidsregels, feitelijke bestuurshandelingen (Realakte) en het privaatrechtelijk handelen van het bestuur. Op het beperkte toepassingsbereik van het VwVfG bestaat in Duitsland kritiek.²⁸

Het VwVfG laat het verantwoordelijke bestuursorgaan veel vrijheid om het proces van besluitvorming in te richten (het zgn. Verfahrensermessen). De wet scheidt met het oog op de Verwaltungsakt een algemeen kader. In de wet treft men bepalingen aan over de aanvraag (§ 22 VwVfG), onderzoek en bewijs (§ 24, 26 VwVfG), horen (§ 28 VwVfG), inzage van stukken (§ 29 VwVfG), termijnen (§ 31 VwVfG) en bekendmaking (§ 41 VwVfG).

Daarnaast geeft de wet een algemene instructie aan het bestuur. De bestuurlijke procedure (d.w.z. het *Verfahren* dat leidt tot een Verwaltungsakt of tot het sluiten van een publiekrechtelijke overeenkomst): ‘*ist einfach, zweckmässig und zügig durchzuführen*’. (§ 10 VwVfG). Het Zügigheidsgebod (het gebod tot vlot en tijdig

24 O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Band I, 1. Auflage 1895, p. 95.

25 Aan hem komt de eer toe de algemene systematiek en de begrippen van het bestuursrecht te hebben ontsloten. Zie bijv. het voorwoord in de feestbundel die verscheen ter gelegenheid van zijn zeventigste verjaardag in 1916. Festgabe für Otto Mayer, neudruck der Ausgabe Tübingen 1916, Scientia Verlag Aalen 1974.

26 Kopp/Ramsauer 2008, p. 186.

27 De vertaling is van mijn hand.

28 Vgl. bijv. Maurer 2009, p. 107.

handelen) is in 1996 in het VwVfG opgenomen in het kader van het *Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren*.²⁹

De Nederlandse jurist die vertrouwd is met het Duitse bestuurs- en bestuursprocesrecht zal misschien de wenkbrauwen fronsen. Het imago van het Duitse bestuursrecht is wat betreft eenvoud en doelmatigheid niet best. Toch is dit beeld vertekend en deels ook achterhaald. In het hedendaagse Duitse bestuursrecht gaat juist veel aandacht uit naar de tijdigheids- en finaliteitsproblematiek. Het algemene gebod van § 10 VwVfG heeft bovendien niet alleen een symbolische betekenis. Zo is het van belang voor de aansprakelijkheid van het bestuur.³⁰ Het is ook relevant in de sfeer van de niet tijdige besluitvorming en de rechtsbescherming in geval van het uitblijven van een Verwaltungsakt (vgl. de *Untätigkeitsklage* van § 75 VwGO).

3.5 Wederkerige rechtsbetrekking versus Verwaltungsrechtsverhältnis

In het Nederlandse bestuursrecht is in de jaren negentig van de vorige eeuw de idee van de wederkerige rechtsbetrekking gelanceerd. Deze benadering, die ten grondslag ligt aan de Algemene wet bestuursrecht, voert terug op Duitse denkbeelden.³¹ Dit rechtvaardigt enkele opmerkingen.

Het denken in termen van bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen is in ons land – volgens sommigen (on)terecht – niet van de grond gekomen.³² Een verklaring hiervoor is dat de opstellers van de Awb een *te* specifieke inkleuring aan deze leer hebben gegeven. Vooral het moraliserend denken in termen van *wederzijdse verantwoordelijkheden* van bestuur en burger en de veronderstelde rechtsstatelijke gevaren van ongeschreven burgerplichten ontlokten rechtsstatelijke kritiek. Ook speelde (en speelt) een rol dat de idee van de rechtsbetrekking systeemvreemd is aan het Nederlandse ‘besluitenrecht’. Dit ‘objectieve’ recht beheerst nog altijd het stelsel van bestuursrechtspraak. De aanhoudende aandacht in ons land voor ‘rechtsbescherming’ (vaak opgevat als ‘geschilbeslechting’) doet hier niet wezenlijk aan af.

In Duitsland ligt dit toch anders. De theorie van het *Verwaltungsrechtsverhältnis* – die ook daar kritiek oogst – is verweven met de theorie van het subjectieve publieke recht.³³ De subjectieve rechten van de burger *jegens* de overheid vormen in Duitsland zelfs het fundament onder het stelsel van rechtsbescherming tegen die overheid. De toegang tot de bestuursrechter en de (mogelijke) acties (Klagen) in rechte strekken tot de bescherming van individuele ‘publieke’ rechten van burgers. Deze rechten worden afgeleid uit de wet (Schutznormleer) dan wel direct uit de grondrechten.

29 GenBeschlG van 12 september 1996, BGBl I S 1354.

30 Kopp/Ramsauer 2008, p. 217.

31 Hierop is eerder gewezen door J.M.H.F. Teunissen, ‘De “wederkerige rechtsbetrekking” als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?’, in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig?*, Deventer: Kluwer 1995, p. 303 e.v.

32 Zie bijv. M. Scheltema, ‘De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht’, in: G.H. Addink, G.T.J.M. Jurgens, Ph.M. Langbroek & R.J.G.M. Widdershoven, *Grensverleggend bestuursrecht* (Ten Berge-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 207 e.v.

33 Vgl. Maurer 2009, p. 176.

Zo bezien is de leer van het Verwaltungsrechtsverhältnis met name typerend voor het Duitse *bestuursprocesrecht*.³⁴ Als de relativiteits- of Schutznormleer in het Nederlandse bestuursprocesrecht een rol gaat spelen – wat gelet op de recente ontwikkelingen aan het wetgevingsfront in de lijn der verwachting ligt – valt niet uit te sluiten dat dit ook hier zal leiden tot een opwaardering van het subjectieve publieke recht en de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking.

De leer van het Verwaltungsrechtsverhältnis is maar beperkt van invloed om het Duitse besluitvormingsrecht. In de structuur van het (oudere) VwVfG is dit gedacht goed bovendien niet scherp geprofileerd. De leer komt nog het meest duidelijk tot uitdrukking in de wettelijk geregelde publiekrechtelijke overeenkomst (öffentlich-rechtlicher Vertrag). Al bij het starten van onderhandelingen kunnen hier *'wechselseitige'* rechten en plichten tussen partijen ontstaan.³⁵

Hoe dan ook, meestal volstaan de hedendaagse handboeken met een korte definitie van het Verwaltungsrechtsverhältnis. Zij geven aan hoe dit ontstaat (bijv. uit de wet, bij beschikking of door publiekrechtelijke overeenkomst). Vervolgens onderscheiden de boeken bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen in soorten en maten. Verheffend is dit niet. Maurer relateert daarom de betekenis van de rechtsbetrekkingenleer.³⁶ Wél bevestigt de leer voor de meeste Duitse auteurs de rechtsstatelijke verankering van het Verwaltungsverfahrensrecht. De figuur van het Verwaltungsrechtsverhältnis benadrukt de *heerschappij van het recht* in bestuursrechtelijke verhoudingen.³⁷

3.6 Wijzigingen en dynamiek van het VwVfG

Ontwikkeling en onderhoud van het VwVfG verlopen beduidend minder turbulent dan die van de Algemene wet bestuursrecht. Rond de Duitse codificatie heerst een zekere rust. Het aantal wijzigingen van het VwVfG is sinds de totstandkoming – afgezien van redactionele aanpassingen – beperkt.³⁸

Te noemen is een aantal aanpassingswetten (*Änderungsgesetze*; tot stand gekomen in 1996, 1998, 2002 en 2008) en een (omstreden) 'bespoedigingswet' (Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren; tot stand gekomen in 1996). In het bijzonder valt te wijzen op de volgende aanpassingen:

- de veranderingen met het oog op het herstellen en passeren van procedurele fouten en vormvoorschriften (vgl. § 45 en § 46 VwVfG). Op basis van deze regeling kan een bestuursorgaan tot het afsluiten van een gerechtelijke procedure in

34 Voor zover de theorie een voedingsbodem vormt voor het benadrukken van de *gelijkwaardigheid* van procespartijen (en hun verantwoordelijkheden) roept zij weerstand op. Dit geldt te meer wanneer afstand wordt genomen van de idee van compensatie van processuele ongelijkheid. Vgl. Schlössels 2009, p. 97 e.v. onder verwijzing naar Kaufmann.

35 Ipsen 2009, p. 48.

36 Maurer 2009, p. 180.

37 De figuur wordt afgezet tegen de oude – achterhaalde – leer van het *'besondere Gewaltverhältnis'*. Deze houdt in dat bepaalde rechtsbetrekkingen tussen bestuur en burger 'intern' van aard zijn zodat zij niet worden beheerst door het 'externe' bestuursrecht. Te wijzen valt op de ambtenaarrechtelijke verhouding en op de dienstplicht.

38 Zie voor een uitvoerig overzicht van de aanpassingen Kopp/Ramsauer 2008, p. 16 e.v.

- hoogste feitelijke instantie gebreken herstellen. Er bestaat geen aanspraak op de *Aufhebung*³⁹ (vgl. op hoofdlijnen de vernietiging) van een Verwaltungsakt wegens uitsluitend een procedureel gebrek zodra duidelijk is dat dit gebrek de beslissing niet heeft beïnvloed. Verder valt te wijzen op de ‘trechterwerking’ in het Planfeststellungsverfahren (zie § 73 IV VwVfG). Bedenkingen moeten binnen de bedenkingentermijn worden ingebracht. Wordt dit verzuimd dan geldt een (inhoudelijke) uitsluiting voor het vervolgtraject (materielle Präklusion);
- de wijzigingen in verband met elektronisch bestuurlijk verkeer. Deze kwamen tot stand in 2002, zowel in het VwVfG als in de codificaties van het belasting- en sociale zekerheidsrecht. Zie onder meer § 3a VwVfG. Op grond van deze bepaling geldt als hoofdregel dat het in elektronische vorm doen toekomen van documenten toelaatbaar is indien de ontvanger de elektronische weg heeft opengesteld. De algemene regeling inzake de Verwaltungsakt (Teil III, Abschnitt 1 VwVfG) is aan het elektronisch bestuurlijk verkeer aangepast. Zo is bepaald dat een Verwaltungsakt in elektronische vorm tot stand kan komen (§ 37 II VwVfG);
 - de recente facultatieve regeling inzake de *Genehmigungsfiktion* (vergunning van rechtswege) en de regeling van het *Verfahren über eine einheitliche Stelle* (§ 71a VwVfG e.v.). Deze laatste regeling ziet op de één-loket-gedachte. Centraal staat een soort van coördinerend bestuursorgaan dat het verkeer naar en van de bevoegde autoriteiten regelt. Deze ‘einheitliche Stelle’ geeft ook informatie over onder meer toepasselijke voorschriften, bevoegde bestuursorganen, procedurerecht en aanvragen. De beide regelingen strekken er vooral toe om de Europese Dienstenrichtlijn te implementeren.

4 Bestuursorgaan, belanghebbende, besluit...

Uit het voorafgaande blijkt dat in het VwVfG en in de Awb veel vergelijkbare onderwerpen zijn geregeld. Aanpassingen en moderniseringën betreffen vaak verwante of zelfs gelijke onderwerpen. In verband met de beperkte omvang van deze bijdrage is het niet mogelijk om beide wetten uitvoerig te vergelijken. Het loont wel de moeite om vanuit een Duits perspectief stil te staan bij de centrale Awb-begrippen: bestuursorgaan, belanghebbende en besluit.

4.1 Bestuursorgaan en Behörde

De Awb opent prominent met het begrip bestuursorgaan. Ook het VwVfG regelt in § 1 organisatierechtelijke aspecten, maar wat minder systematisch.⁴⁰ Verstoep treft men in § 1 IV VwVfG een definitie aan van het begrip ‘Behörde’ (letterlijk: overheidsorgaan, autoriteit; men spreekt ook wel over ‘Verwaltungsbehörde’,

39 Deze werkt in beginsel *ex tunc*. De *Aufhebung* (§ 113 I VwVGO) stelt echter de subjectieve rechtsinbreuk als voorwaarde, terwijl een Verwaltungsakt in voorkomende gevallen ook slechts van zijn werking wordt beroofd *voor zover* er sprake is van rechtsinbreuk. Zie uitvoerig over deze problematiek F.O. Kopp & W-R. Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*. Kommentar, 15. Auflage, München: Verlag C.H. Beck 2007, p. 1307 e.v.

40 Hiermee is niet gezegd dat het Nederlandse bestuursorgaanbegrip een toonbeeld is van systematiek. Het gaat hier om een opmerking in rechtsvergelijkend perspectief.

‘Amt’ of ‘Dienststelle’). De Duitse wet bepaalt: ‘Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.’ Het behartigen van publieke taken is dus maatgevend.

Het begrip Behörde wordt naar Duits recht onderscheiden van het begrip *Verwaltungsträger*. Dit onderscheid lijkt op het Nederlandse onderscheid tussen bestuursorgaan en rechtspersoon. Toch valt het hier, wat de uitwerking betreft, niet mee samen. De Verwaltungsträger is de organisatorische eenheid die verantwoordelijk is voor (bepaalde) publieke taken en die – óók bestuursrechtelijk – fungeert als toerekeningssubject. Deze Verwaltungsträger is de rechtsbevoegde drager van bestuursrechtelijke rechten en plichten. Hier zijn ook de ambtenaren aangesteld. Daarnaast kan de Verwaltungsträger deelnemen aan het privaatrechtelijke verkeer. Het betreft in de regel een rechtspersoon ingesteld krachtens publiekrecht.⁴¹ Te denken valt aan de staat (bond, landen), de lagere publiekrechtelijke rechtsgemeenschappen (m.n. gemeenten), de stichtingen naar publiekrecht en de ‘*rechtsfähige Anstalt*’.⁴²

Het Organ of de Behörde is naar buiten toe publiekrechtelijk handelingsbevoegd. Een Behörde heeft geen rechtspersoonlijkheid. Zo bezien handelt de Behörde enerzijds zelfstandig, anderzijds wordt de algemene bevoegdheid van zijn Verwaltungsträger waargenomen. Een Behörde beschikt meestal – maar niet altijd – over bestuursbevoegdheid.

De literatuur benadert het begrip Behörde *organisatorisch* (bijv. ieder uitvoeringsorgaan van een Verwaltungsträger) en *functioneel-materieel*. De aangehaalde definitie van het VwVfG sluit aan bij deze laatste benadering. De wet hanteert een ruim bestuursorgaanbegrip. Bepalend is het onder eigen verantwoordelijkheid in het externe rechtsverkeer behartigen van publieke taken.

Veel invloed heeft deze ruime omschrijving intussen niet. Maurer⁴³ wijst er op dat de ruime definitie weer te niet wordt gedaan door de systematiek van het VwVfG. Zoals bleek (zie onder 3.4) is ‘besturen’ in de zin van deze wet immers beperkt tot het tot stand brengen van Verwaltungsakte en het sluiten van publiekrechtelijke overeenkomsten. Een Behörde die publieke taken door middel van feitelijke handelingen (Realakte) behartigt valt hooguit formeel onder de werkingssfeer van het VwVfG. Het normerende kader van de wet heeft echter niet – en in ieder geval

41 Een Verwaltungsträger kan ook een privaatrechtelijke persoon zijn. Twee hoofdvormen kunnen worden onderscheiden. Zo kan het ‘echte’ bestuur een rechtspersoon naar privaatrecht in het leven roepen en deze belasten met het behartigen van publieke taken (bijv. het exploiteren van busdiensten). Daarnaast kan aan een bestaande of nog op te richten privaatrechtelijke rechtspersoon (of aan een natuurlijke persoon) op basis van een wettelijke grondslag de bevoegdheid worden overgedragen om daden van openbaar gezag te verrichten. Het Duitse recht spreekt dan over een *Beliehene* (zie bijv. Maurer 2009, p. 610 e.v.). Een Beliehene wordt door de bevoegdheidsoverdracht Verwaltungsträger en handelt als Behörde. Het betreft een traditioneel rechtsinstituut dat aan betekenis verliest. Denk bijv. aan jachtopzieners en publieke schoorsteenvegers.

42 Dit betreft een bij of krachtens de wet ingestelde ‘Verwaltungsträger’ die als zelfstandige bestuurlijke organisatie door middel van toebedeelde middelen (personeel, gebouwen etc.) duurzaam een publiek doel nastreeft. Te denken valt aan een publieke radiozender of aan een gemeentelijke spaarbank.

43 Maurer 2009, p. 532.

niet rechtstreeks – betrekking op dit soort bestuursorganen.⁴⁴ Hier tekent zich een verschil af met het Nederlandse bestuursrecht. De Awb onderwerpt het ‘a-orgaan’ (art. 1:1 aanhef onder a Awb) dat géén openbaar gezag uitoefent wél aan de normering van deze wet.

4.2 Belanghebbende versus Kläger en Beteiligte

In de Awb speelt het begrip belanghebbende (art. 1:2 Awb) een belangrijke rol. Dit geldt zowel voor het besluitvormingsrecht als voor het rechtsbeschermingsrecht. Het Duitse bestuurs- en bestuursprocesrecht kent geen vergelijkbaar uniform begrip. Er is sprake van een scherpe scheiding tussen besluitvorming en rechtsbescherming. Dit blijkt al uit het feit dat er in Duitsland twee afzonderlijke wettelijke regelingen bestaan (het *VwVfG* en de *VwGO*). In de Awb – een ‘ongedeelde’ codificatie – is het procesrecht juist opgebouwd rond begrippen die ook centraal staan in het besluitvormingsrecht (besluit, belanghebbende).

In het Duitse bestuursprocesrecht ligt dit anders. Hier staat in de ‘beroepsfase’ de gedachte van *individuele rechtsbescherming* centraal. Een *Kläger* initieert de procedure. Het betreft de persoon die een *Klage* (d.w.z. een gespecificeerd verzoek) tot de bestuursrechter richt. De *Kläger* moet – wanneer het gaat om het bestrijden van een *Verwaltungsakt* of de weigering daarvan – al bij de ontvankelijkheidsbeoordeling aannemelijk maken dat diens rechten (mogelijkerwijs) zijn geschonden (§ 42 II *VwGO*⁴⁵). De *Aufhebung* van een *Verwaltungsakt* is vervolgens gekoppeld aan het vaststellen van de schending van een individueel subjectief recht (§ 113 I *VwGO*). Voor een ruim, feitelijk belanghebbendebegrip is in het Duitse bestuursprocesrecht geen plaats.

Het Duitse besluitvormingsrecht vaart zijn eigen koers. De belanghebbende verschijnt hier niet als *Kläger* maar als *Beteiligte* (§ 13 *VwVfG*). Als de wet niet anders bepaalt is de aanvrager van een *Verwaltungsakt* van rechtswege *Beteiligte*. Dit geldt ook voor degene die zich tegen een *Verwaltungsakt* keert, de persoon tot wie het bestuur een *Verwaltungsakt* wil richten of heeft gericht, alsmede voor personen die met het bestuur een publiekrechtelijke overeenkomst willen sluiten of hebben gesloten.

Daarnaast kan de *Behörde* een derde ambtshalve of op verzoek aanmerken als *Beteiligte* ‘*deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können*’ (§ 13 II *VwVfG*⁴⁶). Een verplichting hiertoe bestaat zodra duidelijk is dat de uitkomst van de procedure concrete rechtsgevolgen voor een derde heeft in die zin dat zijn rechten worden vastgesteld, beperkt of veranderd. De derde moet om participatie verzoeken.

De beslissing van een bestuursorgaan inzake ‘Hinzuziehen’ van een persoon (letterlijk: erbij halen) is constitutief van aard. Wordt een derde ondanks een daartoe strekkend verzoek niet in een procedure betrokken dan kan hij (na *Widerspruch*)

44 Hooguit kan hier sprake zijn van analoge toepassingen.

45 Het betreft hier de *Anfechtungsklage* en de *Verpflichtungsklage*.

46 Vgl. de verwante regeling in het bestuursprocesrecht met betrekking tot het toelaten van derden tot de procedure (§ 65 *VwVGO*).

proberen toelating af te dwingen door middel van het instellen van een Verplichtungsklage.⁴⁷

De belangrijkste voorwaarde die het bestuursorgaan in acht moet nemen bij het afbakenen van de kring van Beteiligten is het vereiste dat door de uitkomst van de procedure *rechtliche Interessen* van derden kunnen worden geraakt. Ook hier gaat het niet om een feitelijk belangbegrip. Bepalend is of belangen door publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtsnormen worden beschermd. In zoverre ligt er een relatie met de bekende (contentieuze) Schutznormleer, maar de eisen lijken in de besluitvormingsfase wat soepeler. Louter ideële of economische belangen volstaan echter niet. Bovendien moet er sprake zijn van een voldoende rechtstreeks verband tussen de (mogelijke) uitkomst van een procedure en de betrokken belangen.

4.3 Het besluitbegrip en Verwaltungsakt

Het derde dragende begrip van de Awb is het besluitbegrip. Beschikkingen en verschillende soorten besluiten van algemene strekking (waaronder besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften) worden erdoor gedekt. Zoals bleek (zie onder 3.4) hanteert het VwVfG geen ruim besluitbegrip. De Duitse beschikking (Verwaltungsakt; § 35 VwVfG) staat centraal. Het VwVfG regelt de Verwaltungsakt nauwkeurig. Men treft er ook bepalingen aan die in de Awb ontbreken. Te noemen is de algemene regeling (§ 36 VwVfG) betreffende de toelaatbaarheid van aan een beschikking te verbinden voorschriften en voorwaarden (Nebestimmungen).

De beschikking heeft in Duitsland geen wezenlijk andere inhoud dan in Nederland. Er moet sprake zijn van een publiekrechtelijk rechtsgevolg in concreto met externe werking. Toch is het Duitse begrip ruimer dan het Nederlandse. Dat het begrip 'Verwaltungsakt' ruimer is dan het Nederlandse beschikkingsbegrip blijkt uit de figuur van de *Allgemeinverfügung*.⁴⁸ Deze wordt door de wet aangemerkt als beschikking. De normering is goeddeels – maar niet helemaal⁴⁹ – gelijk aan die van andere beschikkingen.

De *Allgemeinverfügung* betreft een besluit dat is gericht tot een algemene, objectief bepaalbare kring van personen (waarvan het aantal niet vaststaat, maar de feitelijke situatie specifiek is) of dat – kort gezegd – betrekking heeft op de publiekrechtelijke eigenschappen of het gebruik van een zaak. Het is een rechtsfiguur – zo onderschrijft de Duitse literatuur – die soms lastig is te onderscheiden van het algemeen verbindend voorschrift. Dit geldt vooral voor de *personenbezogene Allgemeinverfügung*.

Onder het begrip *Allgemeinverfügung* vallen – vertaald naar Nederlandse begrippen – onder meer de zaaksbeschikking (te onderscheiden van de persoonsgerichte

47 Kopp/Ramsauer 2008, p. 250. § 44a VwVO verzet zich daar niet tegen. Dit voorschrift beoogt afzonderlijke gerechtelijke procedures tegen procedurele (tussen)beslissingen van het bestuur te voorkomen.

48 Zie over deze figuur bijv. Maurer 2009, p. 206 e.v.

49 Zie bijv. § 28 II VwVfG uit welke bepaling volgt dat van horen kan worden afgezien. Ook de bekendmaking kan anders verlopen. Zie § 41 III VwVfG.

beschikking met zakelijke werking⁵⁰) en (bepaalde) concretiserende besluiten van algemene strekking. Op deze plaats wordt volstaan met enkele voorbeelden: de juridische openstelling en sluiting van straten, de aanwijzing van een bushalte, diverse verkeersbesluiten, het vaststellen van een militair gebied ten behoeve van laagvliegen, de sluiting van een openbare begraafplaats, de splitsing van een school en de verandering van een straatnaam. Het aardige aan de Duitse discussie is dat deze weer een ander licht werpt op de wat stroeve discussie in Nederland over het concretiserend besluit van algemene strekking.⁵¹

5 De regeling betreffende intrekking van beschikkingen: paradepaardje van het VwVfG?

Het VwVfG en de Awb zijn op veel punten verwant. Soms worden natuurlijk andere accenten gelegd. Daarnaast kent het VwVfG enkele regelingen die in de Awb ontbreken (en omgekeerd). Zo vallen – naast de regeling van de publiekrechtelijke overeenkomst – vooral de bepalingen met betrekking tot het intrekken van beschikkingen op (§ 48 VwVfG en § 49 VwVfG).

De Duitse regeling inzake de gehele of gedeeltelijke intrekking van (onaantastbare) beschikkingen (Verwaltungsakte) is voor het Nederlandse bestuursrecht om verschillende redenen interessant. Op de eerste plaats is niet omstreden dat de Awb over een vergelijkbare regeling zou moeten beschikken. Op de tweede plaats heeft de Duitse wetgever het blijkbaar al vele jaren geleden aangedurfd om de intrekking in het algemeen te regelen. Op de derde plaats betreft het een gedetailleerde regeling waarin *veel variabelen* zijn verdisconteerd en die zich al vele jaren in de rechtspraak heeft bewezen. Van belang is dat de oudere Duitse regeling, óók wat betreft de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, voldoende flexibel lijkt met het oog op de actuele eisen van het Europese recht. De bestuursrecht-spraak differentieert en modificeert.⁵² Alle reden dus om, ter afsluiting, het VwVfG ook op dit punt kort te bezien.

Het VwVfG maakt een scherp onderscheid tussen de intrekking (*ex tunc* en *ex nunc*) van de *onrechtmatige* Verwaltungsakt (Rücknahme; § 48 VwVfG) en de intrekking *ex nunc* (opzegging) – en in specifieke gevallen *ex tunc* – van de *rechtmatige* Verwaltungsakt (Widerruf; § 49 VwVfG). Rücknahme en Widerruf⁵³ zijn in beginsel *discretionaire* beschikkingen die worden gezien als bestuurlijke Aufhebungsakte buiten rechte.⁵⁴

50 Ook deze kent het Duitse recht (de Verwaltungsakt is dan ‘dinglich’).

51 Zie het debat naar aanleiding van R. Kooper, ‘De mythe van de concrete norm’, *NJB* 2009, 9, p. 553 e.v.; F. van Ommeren, ‘Aan de slag met concretiserende besluiten van algemene strekking’, *NJB* 2009, 22, p. 1283-1284, met reactie R. Kooper, p. 1284; R. Kooper, ‘Opnieuw de concrete norm. Over havenatlassen en lijsten tweede woningen’, *Gst.* 7319 (2009), p. 297 e.v., met reactie S.A.J. Munneke, p. 300-301.

52 Zie bijv. Ipsen 2009, p. 178-179.

53 In deze bijdrage beide aangeduid als ‘intrekking’ omdat Nederlandse begrippen als ‘herroepen’ en ‘terugnemen’ in dit verband wat minder gangbaar zijn.

54 Ipsen 2009, p. 173.

5.1 De intrekking van een onrechtmatige Verwaltungsakt

In beginsel is Rücknahme van een onrechtmatige Verwaltungsakt steeds mogelijk. Onrechtmatige beschikkingen moeten immers in het belang van de wetmatigheid van bestuur uit de rechtsorde kunnen worden verwijderd. Deze overtuiging is diep in het Duitse rechtsgevoel geworteld. Maar de rechtsstaat eist tevens dat gerechtvaardigde belangen van burgers worden ontzien.

Voor de *begunstigende* Verwaltungsakt⁵⁵ wordt de bevoegdheid tot intrekking daarom begrensd door de rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel (Vertrauensschutz). Is er sprake van een gerechtvaardigd en beschermenswaardig vertrouwen (dit zijn cumulatieve eisen) dan dient het bestuursorgaan in geval van intrekking op verzoek van de fidens diens nadeel overeenkomstig § 48 III VwVfG te vergoeden. De rechtszekerheid brengt verder met zich dat intrekking, behoudens in geval van (arglistige) misleiding, bedrog en omkoping, slechts mogelijk is binnen een jaar nadat het bestuursorgaan kennis heeft genomen van de feiten die deze intrekking rechtvaardigen (§ 48 IV VwVfG).

Voor bepaalde begunstigende beschikkingen geldt zelfs een *verzwaard regime*. Het betreft beschikkingen inhoudende een (eenmalige) prestatie van de overheid in geld of natura (of die als voorwaarde hiervoor fungeert). Voorbeelden zijn de subsidie of de toewijzing van een dienstwoning. Intrekking is hier uitgesloten wanneer de begunstigde gerechtvaardigd op de Verwaltungsakt heeft vertrouwd en dit vertrouwen na afweging met de betrokken publieke belangen ook beschermenswaardig⁵⁶ is. De wet bepaalt echter dat een beroep op gewekt vertrouwen niet mogelijk is in geval van (arglistige) misleiding, bedreiging, omkoping of in geval van het verkrijgen van een Verwaltungsakt door het op wezenlijke punten verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens. Een succesvol beroep op het vertrouwensbeginsel is ten slotte uitgesloten als de fidens op de hoogte was van de onrechtmatigheid van een beschikking of de onrechtmatigheid ten gevolge van grote onachtzaamheid niet kende.

5.2 De intrekking van een rechtmatige Verwaltungsakt

De intrekking van een rechtmatige Verwaltungsakt is uitvoerig in § 49 VwVfG geregeld. Het is geen eenvoudige regeling. De regeling ziet op verschillende vormen van beleidsmatige intrekking *ex nunc*. Te denken valt tevens aan varianten van de intrekking bij wijze van (herstel)sanctie (bijv. wegens het niet naleven van (verplichtende) beschikkingsvoorschriften). Voor beschikkingen inhoudende een (eenmalige) prestatie van de overheid in geld of een doelgebonden toekenning in natura (of die als voorwaarde hiervoor fungeert) is bovendien voorzien in een strikt geclausuleerde intrekkingbevoegdheid *ex tunc* (widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit).

55 Wettelijk gedefinieerd als een Verwaltungsakt die een subjectief recht vestigt of die leidt tot een aanmerkelijk rechtens relevant voordeel.

56 Waarbij de wet aangeeft dat er in de regel sprake is van een beschermenswaardig vertrouwen als de fidens heeft *gedisponeerd*.

Het spanningsveld dat aan § 49 VwVfG ten grondslag ligt betreft niet primair de spanning tussen wetmatigheid van bestuur en vertrouwen. Het gaat om de spanning tussen overige aspecten van het algemeen belang en vertrouwen. Zo brengen gewijzigde omstandigheden soms met zich dat een verouderde rechtmatige vergunning in het algemeen belang moet worden ingetrokken ook al heeft de vergunninghouder jarenlang vertrouwen opgebouwd.

De wetgever heeft bij het tot stand brengen van de regeling verschillende situaties onder ogen gezien. Hierbij is al in abstracto een afweging gemaakt tussen het algemeen belang en de rechtszekerheid van betrokkenen. Dit heeft geleid tot nauwekeurige gronden voor intrekking (zie hierna).

De wettelijke regeling maakt ook hier een onderscheid tussen belastende en begunstigende Verwaltungsakte. Is een rechtmatige beschikking belastend dan is intrekking *ex nunc* (widerruf mit Wirkung für die Zukunft) mogelijk op basis van een belangenafweging, tenzij (rechtens) duidelijk is dat alsnog een beschikking met dezelfde inhoud tot stand *moet* worden gebracht.⁵⁷ Widerruf kan ook op andere gronden ontoelaatbaar zijn (denk bijv. aan de aard van een beschikking of aan een bijzondere wettelijke regeling).

De beleidsmatige intrekking van een *rechtmatige begunstigende beschikking* is strikt genormeerd. Intrekking is hier alleen toelaatbaar op basis van vijf wettelijke gronden (§ 49 II VwVfG). De wettelijke opsomming van gronden is limitatief. Intrekking is toelaatbaar:⁵⁸

1. indien deze is toegestaan bij wettelijk voorschrift dan wel is geregeld in de beschikking;
2. indien de beschikking is voorzien van een (verplichtende) voorwaarde en de begunstigde deze niet of niet binnen een gestelde termijn heeft vervuld;
3. indien het bestuursorgaan op basis van (feitelijke) nova (*ex nunc*) bevoegd zou zijn om de beschikking te weigeren op voorwaarde dat bij niet-intrekking het openbaar belang in gevaar zou komen;
4. indien het bestuursorgaan op grond van gewijzigde wettelijke voorschriften bevoegd zou zijn de beschikking te weigeren, mits de belanghebbende nog geen gebruik heeft gemaakt van de begunstigende beschikking dan wel op grond van deze beschikking nog geen prestaties heeft ontvangen op voorwaarde dat bij niet-intrekking het openbaar belang in gevaar zou komen;
5. alsmede om ernstige benadeling van de gemeenschap⁵⁹ te voorkomen of op te heffen.

In § 49 III is vervolgens nog een regeling opgenomen ten behoeve van de intrekking *ex nunc* en *ex tunc* van de hiervoor bedoelde ‘financiële’ beschikkingen. Intrekking is hier toelaatbaar indien:

57 Doet deze situatie zich voor dan zou de (beleidsmatige) intrekking van een rechtmatige beschikking leiden tot een onrechtmatige toestand. Dit is strijdig met de ratio van de intrekkingregeling zodat intrekking achterwege behoort te blijven. Vgl Kopp/Ramsauer 2008, p. 985.

58 De vertaling van de gronden voor intrekking is van mijn hand.

59 De wettekst spreekt hier over ‘Gemeinwohl’. Dit kan ook worden vertaald als ‘algemeen belang’.

1. de geleverde geldelijke prestatie niet, dan wel niet voldoende spoedig of niet overeenkomstig het doel van de beschikking wordt aangewend;
2. de beschikking is voorzien van een (verplichtende) voorwaarde en de begunstigde deze niet of niet binnen een gestelde termijn heeft vervuld.

Ten aanzien van de intrekking van de rechtmatige begunstigende Verwaltungsakt is het bepaalde in § 48 IV VwVfG van overeenkomstige toepassing. Het bevoegde bestuursorgaan moet overgaan tot intrekking binnen een jaar nadat relevante feiten bekend zijn geworden. Ten slotte geeft § 49 VI VwVfG nog een regeling voor financiële compensatie van de fidens.

Alles overziend is de Duitse regeling doorwrocht. Hiermee is niet gezegd dat de regeling geen tekortkomingen vertoont. Zo zou het onderscheid tussen de intrekking van de rechtmatige beschikking bij wijze van (herstel)sanctie en andere modaliteiten van intrekking beter uit de verf mogen komen. Ook over de zeer scherpe scheiding tussen de intrekking van de onrechtmatige en rechtmatige beschikking is discussie mogelijk. Maar de regeling in het VwVfG is, hoe dan ook, verdienstelijk. Zij levert nuttige informatie en inspiratie.

6 Tot besluit: verwachtingen, lessen en inspiratie...

De Awb en het VwVfG zijn verwante codificaties. Hieraan doet niet af dat de Awb ruim 15 jaar later tot stand is gekomen dan de Duitse algemene wet. Het verschil in rechtscultuur in beide landen – het Duitse bestuursrecht is constitutioneel bijv. steviger gefundeerd⁶⁰ – heeft niet geleid tot wetten die fundamenteel verschillen. Op uitwerkingsniveau zijn de verschillen groot, maar beide ‘algemene’ bestuurswetten zien op ‘besturen’, ‘bestuurshandelingen’ en op de normering daarvan. Zowel in de Awb als in het VwVfG neemt het algemeen besluitvormingsrecht (met inbegrip van de codificatie van de beginselen van behoorlijk bestuur) bijgevolg een centrale positie in.

Wat echter direct opvalt, is dat de Awb omvangrijker, complexer (denk bijv. aan de gelaagde structuur) en op punten beduidend ambitieuzer is dan het VwVfG. De Awb is bovendien een wet die, anders dan de Duitse codificatie, betrekking heeft op bestuursrechtspraak. Zij codificeert immers ook het bestuursprocesrecht. Het Nederlandse besluitvormings- en rechtsbeschermingsrecht zijn bijgevolg minder strikt gescheiden dan in Duitsland. Het besluitbegrip domineert in het Nederlandse bestuursrecht nog steeds de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Wat dit laatste betreft valt overigens te verwachten dat de *monochromie* die kenmerkend is voor de Awb (algemene begrippen hebben in deze wet in beginsel dezelfde betekenis) in de toekomst steeds verder onder druk zal komen te staan. Een opwaardering van de rechtsbeschermingsfunctie van het procesrecht, het introduceren van verschillende soorten acties en het bijstellen van het besluitmodel kan hier aan bijdragen. Een meer geprofileerde tweedeling die kenmerkend is voor het

⁶⁰ Met het ‘constitutioneel’ doordenken en verantwoorden van het bestuurs- en bestuursprocesrecht kan men ook te ver doorschieten. Zoals bekend, hebben de oosterburen hier een reputatie hoog te houden...

Duitse bestuurs(proces)recht dient zich dan ook in ons land aan. Het spreekt voor zich dat het Nederlandse bestuursrecht met het oog op deze gestage ontwikkeling inspiratie kan putten uit het Verwaltungsverfahrensrecht. Te wijzen valt onder meer op de bekende Schutznormleer en op het Duitse stelsel van Klagen (met onder meer ge- en verbodsacties en het declaratoir).

Het is overigens de vraag of het Nederlandse bestuursrecht, waarvan de ambitieuze Awb de spil vormt, ook anderszins nog iets kan opsteken van het VwVfG. Een les lijkt in ieder geval dat het verstandig is rond een codificatie rust te creëren. Te veel vernieuwingsdrang is zelden goed voor een algemene systeemwet. Een centrale bestuursrechtelijke codificatie heeft primair tot doel het bestuursrecht rechtsstatelijk en dogmatisch te verankeren. Tegen deze achtergrond is de aanhoudende rechtspolitieke turbulentie rond de Awb een punt van zorg.⁶¹ Het VwVfG straalt in ieder geval meer rust uit dan de Awb. Maar ook de Duitse wet heeft sinds de totstandkoming vanzelfsprekend aanpassingen ondergaan. Deze wijzigingen waren echter relatief bescheiden.

Dit beeld is intussen wat vertekend. De Nederlandse vernieuwingsdrang ziet immers in belangrijke mate op het bestuursprocesrecht en daar ziet het VwVfG nu juist niet op. Toch kan het geen kwaad als de Nederlandse wetgever zich de komende jaren bezint. Heeft de Nederlandse fixatie op het bestrijden van juridisering en het bevorderen van finaliteit, snelheid en doelmatigheid door een indrukwekkend scala aan *wetgevende* maatregelen in het bestuurs(proces)recht het gewenste effect? In het Duitse bestuurs- en bestuursprocesrecht spelen zeker vergelijkbare juridiseringsproblemen. Deze worden ook daar al geruime tijd onderkend en bestreden. Toch lijkt men spaarzamer met het voortdurend, fragmentarisch wijzigen van de algemene bestuurswetgeving. Misschien zou de Nederlandse wetgever zich er meer van bewust moeten zijn dat het maken van werkelijk principiële keuzen (bijv. ten aanzien van het besluitmodel en de invulling van het begrip 'rechtsbescherming') uiteindelijk meer kan opleveren dan veelvuldige 'rechtspolitieke' verbouwingen en reparaties aan het huidige stelsel.⁶² Aan de horizon begint het gelukkig te schemeren.⁶³

De tijd is rijp om de oorspronkelijke doelstellingen van het Awb-project meer aandacht te geven. Vooral de vereenvoudiging en codificatie van het algemeen bestuursrecht schoten er de afgelopen jaren bij in. Ook de relatie tussen de Awb en het bijzonder deel mag zeker niet uit het oog worden verloren. Een groot gevaar voor algemene bestuursrechtelijke codificaties is – zo leert met name ook het Duitse recht – gelegen in te veel wettelijke afwijkingen. Vooral de in Nederland en Duitsland populaire '*bespoedigingswetgeving*' moet kritisch worden gezien. Zij kan het stelsel van zorgvuldige algemene besluitvormingsprocedures ondermijnen en

61 Zie meer uitvoerig R.J.N. Schlössels, 'Elefantiasis en de Awb. Een alsmaar uitdijende wet en alomtegenwoordige beleidsridders...', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschooten & M.A.D. de Jong, *De staat van wetgeving. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2009, p. 357 e.v.

62 Vgl. bijv. J.M.H.F. Teunissen, 'Kurieren am Symptom. Over de herzieningen van het bestuursprocesrecht', in: M.A. Heldeweg, B.M.J. van der Meulen & J.M.H.F. Teunissen, *Publiekrecht in de Leer. Opstellen aangeboden aan prof. mr. A.Q.C. (Twan) Tak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 307 e.v.

63 Vgl. Kamerstukken II 2009/10, 31 731, nr. 3. Het 'besluitmodel' staat ter discussie.

ondanks alle goede bedoelingen een averechts effect hebben op het bestrijden van juridisering. Vaak wordt het bestuursrecht er juist complexer door.

Aan het Duitse VwVfG en de daarop gebaseerde rechtspraak kan veel inspiratie worden ontleend voor de vervolmaking van het algemeen besluitvormingsrecht. Het beschikkingenrecht is in de Duitse codificatie op punten verder uitgewerkt dan in de Awb. Te wijzen valt op de regeling inzake beschikkingsvoorschriften en -voorwaarden. Ook de uitvoerige regeling van de intrekking van beschikkingen valt op. Deze regeling heeft het Nederlandse bestuursrecht bovendien het nodige te bieden met het oog op het leerstuk van het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Het wordt tijd dat de Nederlandse wetgever deze belangrijke, maar weerbarstige materie – mede gelet op het Europese recht – nader regelt.

Het VwVfG biedt ten slotte op verschillende punten genoeg stof voor het Nederlandse dogmatische debat. Te wijzen valt op het onderscheid tussen de nietigheid en vernietigbaarheid van beschikkingen. Een ander voorbeeld betreft de figuur van de *Allgemeinverfügung*. Deze kan wellicht nieuw licht doen schijnen over de Nederlandse discussie over het concretiserend besluit van algemene strekking.