

Dritter Beratungsgegenstand

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

1. Referat von Professorin Dr. *Elke Gurlit*, Mainz*

Inhalt

	Seite
I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts	229
II. Funktionen von Verwaltungungsverfahren	234
1. Dienende Funktion versus Eigenwert – ein sprachliches Missverständnis	234
2. Bezugspunkte von Funktionsaussagen	235
a) Normative Zuschreibung und reale Wirksamkeit	235
b) Der Verwaltungsauftrag als Maßstab	236
3. Funktionen entscheidungsbezogener Verwaltungungsverfahren	238
a) Richtigkeitsgewähr durch Verfahren	238
b) Rechtswahrung und (Grund-)Rechtsschutz	240
c) Demokratische Funktionen: Legitimation – Partizipation – Transparenz	242
d) Entscheidungsakzeptanz durch Verfahren	244
III. Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung	246
1. Entscheidungsorientierung von Verwaltungsverfahren	246
2. Exemplarische Verfahrenstypen	248
a) Schlichtes Handeln: Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge	248
b) Wissenserzeugung: Zulassung von Stoffen und Produkten	250
c) Verteilung knapper Güter: Vergabe öffentlicher Aufträge	253

* Für kritische Lektüre, hilfreiche Anregungen, rabiante Kürzungsvorschläge und aufmunternde Worte danke ich Barbara Remmert, Matthias Cornils, Hanno Kube und Michael Stolleis. Für Rechercheunterstützung und Materialbeschaffung geht mein Dank an das Lehrstuhlteam: Anna Kucharczyk, Matthias Weiden, Sebastian Zander, Ali Günes und Silvia Scheuer.

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Entscheidung	255
a) Die regulatorische Herausforderung	255
b) Exemplarische Anwendungsfelder	255
IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts.	259
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	259
2. Fehlerkorrektur im Verwaltungsverfahren	260
3. Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung .	263
4. Gerichtliche Kontrolle	265
a) Subjektive Verfahrensrechte	267
b) Aufhebung der Sachentscheidung	268
V. Ausblick	272

Der Bewirkungs- und Schutzauftrag des Verwaltungsrechts ist ohne Verfahren nicht erfüllbar.¹ Die offenkundige Unverzichtbarkeit des Verfahrens lässt zweifeln, weshalb es einer Darlegung seines Eigenwerts bedarf. Der Sprung auf die Tagungsagenda verdankt sich wohl der Kontrastformel² von der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens(rechts) als normativ zementierter „Philosophie“ des deutschen Verfahrensrechts.³ Mit Zement haben Verfahrenskonzepte gemein, dass sie inneren und äußeren Erosionsprozessen ausgesetzt sind. Bröckelt also ein zentrales Leitmotiv des Verfahrensrechts? Ich möchte mich der Frage in einer kurzen *tour d'horizon*⁴ durch die Entwicklung des verfahrensrechtlichen Denkens nähern.

I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts

In der Bundesrepublik entfaltete sich der Kodifikationsdiskurs um ein Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes, auf das ich mich im folgenden beschränke, unter kompetenziellen Vorzeichen.⁵ Das Ziel einer weit reichenden bundesrechtlichen Vereinheitlichung führte zu einer

¹ Zum Bewirkungs- und Schutzauftrag *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 30; zu dem Doppelauftrag als Verfahrensfunktion *F. Schoch* DV 25 (1992) 21 (27); s.a. BT-Drs. 7/910, S. 29: Das VwVfG dient der Verwirklichung staatlicher Aufgaben und soll die Rechtsstellung des Bürgers stärken; ausführlicher unter II.2.

² Zum Begriffsverständnis von Eigenwert und dienender Funktion s. unten II.1.

³ *Ch. Quabeck* Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, 9 ff.

⁴ Der Überblick weist weder Originalität noch den methodischen Anspruch auf, den *A.-B. Kaiser* Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, der Entfaltung der „Kommunikationsmuster“ der Verwaltung zugrunde legt, profitiert aber von ihrer leistungswerten Darstellung der verwaltungsrechtlichen Diskurse.

⁵ *A. Köttgen* DÖV 1952, 422, *K. A. Bettermann* Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17 (1959) 118 (154 ff., 157 f.) und *D. Haas* AöR 80 (1955/56) 81 (86 ff.) entnahmen die Regelungszuständigkeit einer Annexkompetenz zu Art. 70 ff. GG; in heutiger Zeit dezidiert für die Maßgeblichkeit von Art. 70 ff. GG *G. Hermes* in: Dreier (Hrsg.) GG III, 2. Aufl. 2008, Art. 83 Rn. 23 f.; iS einer Annexkompetenz BVerfGE 22, 180 (211); 77, 288 (298); für konstitutive Kompetenzbegründung durch Art. 84, 85 GG hingegen *P. Lerche* in: Maunz/Dürig (Hrsg.) GG, Art. 84 (1985) Rn. 14; *B. Pieroth* in: Jarass/Pieroth GG, 11. Aufl. 2011, Art. 83 Rn. 2, Art. 84 Rn. 2. Der Entwurf des 4. VwVfÄndG, BT-Drs. 16/10493, 13 führt beide Begründungswege nebeneinander an.

Verengung des Verfahrensbegriffs,⁶ die ihren kodifikatorischen Endpunkt in § 9 VwVfG fand.⁷ Verfassungsrechtliche Erwägungen führten zwar zur Anerkennung subjektiver Beteiligungsrechte,⁸ deren Relativierung zugunsten der Verfahrens- und Prozessökonomie wurde aber gleich mitgedacht. Die Annahme einer dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht fand normativen Ausdruck in § 46 VwVfG.⁹

Trotz des beschränkten Regelungsanspruchs wurde das VwVfG als „Markstein“ begrüßt.¹⁰ Als Auslöser einer wahren Verfahrenseuphorie

⁶ *Schmidt-Aßmann* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. II, 2008, § 27 Rn. 9ff.; *Bettermann* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 5), 121 ff. hatte einen weiten konzeptionellen Begriff des Verwaltungsverfahrens zugrunde gelegt, der die Rechtsetzung, verwaltungsinterne Verfahren, Tathandeln, behördliche Vorverfahren und auch die privatrechtsförmige Verwaltung umfasste, aus kompetenzrechtlichen Gründen hingegen für eine Beschränkung auf rechtsförmige Einzelfallentscheidungen mit Außenwirkung plädiert.

⁷ Es ist heute *common sense*, dass der Bundesgesetzgeber mit dem VwVfG seine Kompetenz für das Verwaltungsverfahrensrecht nicht ausgeschöpft hat. Zur bundesrechtlichen Kompetenz für die Regelung interner Verfahren BVerfGE 37, 363 (385, 390); 55, 274 (320f.); 75, 108 (152); 114, 196 (224); *Lerche* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 84 (1985) Rn. 36; *Hermes* in: Dreier (Fn. 5), Art. 83 Rn. 32. Vielfach wird auch der Verordnungserlass auf Grundlage einer bundesgesetzlichen Ermächtigung dem Verwaltungsverfahrensrecht zugerechnet, *Ch. Heitsch* Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, 156; *Lerche* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 84 (1985) Rn. 36. *Hermes* in: Dreier (Fn. 5), Art. 83 Rn. 32 plädiert zudem für die Einbeziehung privatrechtsförmiger Verfahren.

⁸ Sehr instruktiv *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4), 76ff., mit einer Schilderung der verschiedenen Phasen und Strömungen des Kodifikationsdiskurses. Protagonisten eines rechtsstaatlichen Gestaltungsauftrag waren vor allem *Carl Hermann Ule* und *Franz Becker*, s. *Ule* DVBl. 1957, 597; *ders.* DVBl. 1960, 609; *Becker* Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, 1960; *Ule/Becker* Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964. Sie erfuhren Unterstützung von der österreichischen Schule, maßgeblich *Hans Spanner*, s. dessen Gutachten zum 43. DJT, Bd. 1, Heft A, 1962; *ders.* JZ 1970, 671; s. a. *W. Antonioli*, Diskussionsbeitrag in VVDStRL 17 (1959) 234ff. Die Beteiligtenrechte wurden mit dem Entwurf BT-Drs. 7/910 gegenüber dem Musterentwurf deutlich gestärkt. Die Habilitationsschrift von *F. Kopp* Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 1971, hatte für einen Konstitutionalisierungsschub gesorgt, der vom Gesetzgeber aufgegriffen wurde, BT-Drs. 7/910, 29: „Darüber hinaus bedeutet der Erlass eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des vorgelegten Inhalts in gewissem Umfange die Konkretisierung bestehenden Verfassungsrechts“.

⁹ BT-Drs. 7/910, 65; der Begriff wird *O. Groschupf* DVBl. 1962, 627 (630) zugeschrieben.

¹⁰ *H. Maurer* JuS 1976, 485 (496); *P. Häberle* FS Boorberg Verlag, 1977, 47 (49): „Grundgesetz der zweiten Gewalt“; krit. aber *W. Schmitt Glaeser* ebd., 1 (5ff.); drastisch zur Fehlerfolgenregelung *H.-U. Erichsen* DVBl. 1978, 569 (577): „Selbstmordversuch des Gesetzes“.

gilt aber vor allem der *Mülheim-Kärlich*-Beschluss des BVerfG.¹¹ Mit dem Diktum, materieller Grundrechtsschutz sei maßgeblich auch durch die Ausgestaltung des Verfahrens zu bewirken,¹² erhielt die Verfahrensteilnahme grundrechtliche Weihen.¹³ Der im Sondervotum geäußerte Gedanke, das atomrechtliche Genehmigungsverfahren fungiere angesichts lückenhaften Wissens als Medium der Erzeugung sachrichtiger Entscheidungen,¹⁴ schloss zudem an die rechtswissenschaftliche Rezeption verwaltungswissenschaftlicher Entscheidungstheorien an.¹⁵ Seither wird das Verwaltungsverfahren als Wissensgenerierungs-, Informationsverarbeitungs-, Kommunikations- und Entscheidungsprozess entfaltet.¹⁶

¹¹ BVerfGE 53, 30.

¹² BVerfGE 53, 30 (65); während das Mehrheitsvotum vor allem die Funktion des Verfahrens als vorverlagerter Rechtsschutz betonte (60), bezog das Sondervotum auch die legitimierende und akzeptanzstiftende Funktion des Verwaltungsverfahrens ein (81 f.). Schon BVerfGE 45, 297 (333, 335) *Hamburger U-Bahn* betonte die grundgesetzliche Notwendigkeit des „Gesprächs zwischen Verwaltung und Bürger“.

¹³ Prägend war vor allem *Häberle* Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 43 (52, 86 ff., 121 ff.) mit der Entwicklung des *status activus processualis*; s.a. K. Hesse EuGRZ 1978, 427; Kopp Verfassungsrecht (Fn. 8), 148 ff. hatte grundrechtlich bei Art. 19 Abs. 4 GG angesetzt. Die grundrechtliche Reformulierung politischer und sozialphilosophischer Partizipationsforderungen brachte eine Fülle von Untersuchungen zur grundrechtlichen Gebotenheit von Verfahren hervor. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: K. Redeker NJW 1980, 1593; H. Goerlich Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; F. Ossenbühl DÖV 1981, 1; ders. NVwZ 1982, 465; W. Blümel in: ders. (Hrsg.) Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, 1982, 23; H.-W. Laubinger VerwArch 73 (1982) 60; H. Bethge NJW 1982, 1; K.-P. Dolde NVwZ 1982, 65; J. Held Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984; D. Grimm NVwZ 1985, 865.

¹⁴ BVerfGE 53, 30 (69, 76 f.) unter Bezugnahme auf die Kalkar-Entscheidung, BVerfGE 49, 89 (133 ff., 142 f.).

¹⁵ W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972) 245 (253 ff., 289 ff.); s.a. J. Schwarze Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, 44 ff.; Schmitt Glaeser Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31 (1973) 179 (193 ff.). Leitend war vor allem das entscheidungstheoretische Konzept der *bounded rationality*, entwickelt von Herbert A. Simon Administrative Behaviour. A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organisations, 1947, 4. Aufl. 1997; zu pauschal die Einschätzung von A. Voßkuhle in: M. Burgi/K. Schönenbroicher (Hrsg.) Die Zukunft des Verwaltungsverfahrenrechts, 2010, 13 (17), die Rechtswissenschaft habe sich mit Entscheidungstheorien nicht auseinander gesetzt.

¹⁶ Siehe nur Schmidt-Aßmann in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 1; H. Hill Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986; R. Pitschas Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990; F. Hufen Fehler im Verwaltungsverfahren

Der Prozeduralisierungsdiskurs hatte kaum richtig Fahrt aufgenommen, als ihm der Gesetzgeber mit dem Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz¹⁷ einen erheblichen Dämpfer versetzte. Mit der Erweiterung von Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften wurde die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr in Frage gestellt,¹⁸ während Präklusionsvorschriften – gleichsam im Wege der Nachteilskombination – die Bedeutung des materiellen Rechts schwächten.¹⁹ Als Kollateralschaden gilt die Zersplitterung des Verfahrensrechts durch die fachgesetzliche Verfahrensgesetzgebung des Bundes. Sie ist wesentlicher Auslöser der jüngeren Rekodifikationsdiskussion.²⁰

ren, 4. Aufl. 2002; aus der jüngeren Literatur, die das Verfahren insbesondere als Wissensgenerierungs- und Kommunikationsprozess analysiert, s. *B. Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2007; *I. Spiecker genannt Döhmann/P. Collin* (Hrsg.) Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008; *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung im Verfahren, 2009; *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4); *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 91 ff.; *T. Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, 28 ff., 44 ff. Seinen Kulminationspunkt findet der verfahrensrechtliche Diskurs in rechtstheoretischen Modellen eines prozeduralen Rechts: Versuch einer Synthese und Definition bei *G.-P. Calliess* Prozedurales Recht, 1999, 175 ff.; s.a. *T. Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 99 f.; zur spezifischen Rationalität des juristischen Diskurses *R. Alexy* Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 259 ff.; zum reflexiven Recht als Reaktion auf das Steuerungstrilemma *G. Teubner* ARSP 1982, 13; *G. Teubner/H. Willke* ZfRSoz 1984, 4; aus jüngerer Zeit *M. Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 74 ff.

¹⁷ Gesetz vom 12. 9. 1996, BGBl. I, 1354; Überblick zum Inhalt bei *H. J. Bonk* NVwZ 1997, 320; zu den Hintergründen, insb. zu den Vorstellungen einer „Beschleunigung“ instruktiv *Kaiser* Kommunikation (Fn. 4), 198 ff.; s.a. *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 86 ff.; zu den ökonomischen Annahmen *Vofßkuhle* DV 34 (2001) 347.

¹⁸ §§ 45 Abs. 2, 46, 75 Abs. 1a VwVfG. Diese setzen sich fort in neuerer fachgesetzlicher Verfahrensgesetzgebung: Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben v. 9. 12. 2006, BGBl. I, 2833; Gesetz zur Reduzierung und Beschleunigung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren v. 23. 10. 2007, BGBl. I, 2470; zu den kumulativen Wirkungen *W. Erbguth* DÖV 2009, 921 (929 ff.).

¹⁹ § 73 Abs. 3a und 4 S. 3 und 4 VwVfG; § 10 Abs. 3 BImSchG; § 2 Abs. 3 URG; dazu *BVerwG* NVwZ 2011, 364; zur Wirkung der Präklusionsvorschriften krit. *G. Lübke-Wolff* ZUR 1995, 57 (58 ff.); *K. Brandt* NVwZ 1997, 233; *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1080).

²⁰ Grundlegend *W. Kahl* in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 67 (72 ff.); für eine Generalkodifikation *Kahl* ebd., 127 ff., der allerdings für dieses Projekt die Notwendigkeit eines „langen Atems“ betont (127); ebenso *Pitschas* Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 100; überwiegend wird aber für bereichsspezifische Kodifikationsprojekte geworben, *Schmidt-Aßmann* HStR Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 109 Rn. 13; *H. Pünder*

Die Beschleunigungsgesetzgebung geriet indessen zügig auf Kollisionskurs zu europäischen Regelungskonzepten. Diese setzen, wie sich paradigmatisch im Vergaberecht²¹ und im Umweltrecht²² zeigt, in erheblichem Umfang auf prozedurale Steuerungsmechanismen,²³ was nicht ohne Auswirkungen auf das System subjektiver Rechte und auf gerichtliche Kontrollkonzeptionen bleibt.²⁴ Die Mobilisierung der Bürger als Sachwalter des Europarechts²⁵ setzt sich in dem europäischen Modell einer informierten Öffentlichkeit fort.²⁶

Jedenfalls auch²⁷ europarechtlich veranlasst ist als aktuelle Herausforderung die Verbindung organisations- und verfahrensrechtlicher

in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2009, § 13 Rn. 6; H. Schulze-Fielitz in: H.-H. Trute/T. Groß/H. C. Röhl/Ch. Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 135 (159f.); zum Gebot der Wahrung der Eigengesetzlichkeiten des Fachrechts schon *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 143; für eine Integration des Unionsverwaltungsrechts in das VwVfG *Kahl* in: P. Axer/B. Grzeszick/W. Kahl/U. Mager/E. Reimer (Hrsg.) Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, 2010, 39 (59ff., 82ff.); generell skeptisch gegenüber der Kodifikationsidee im Öffentlichen Recht O. Lepsius in: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.) Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 1 (36ff.); ders. in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer, ebd., 179 (198ff.).

²¹ Zu den Bieterrechten im Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge EuGH Slg. 1995, I-2301, Rn. 19ff.; s.a. die Ausführungen unter III.2.c).

²² Aus jüngerer Zeit vor allem das Recht auf Durchführung einer UVP nach § 4 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (URG) in Umsetzung von Art. 10a UVP-Richtlinie, der durch Art. 3 Nr. 7 der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG geschaffen wurde.

²³ Jüngst prägnant beschrieben von *Kahl* DV 42 (2009) 463 (472ff.); s.a. F. Ekdardt Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2010, 92ff.; K.-P. Dolde NVwZ 2006, 857 (859ff.); J. Ziekow NVwZ 2005, 263 (265ff.); M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (492ff.); allerdings gibt es auch endogene Veränderungsprozesse, richtiger Hinweis von *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 5, 173, 190.

²⁴ Siehe die Ausführungen unter IV.4.

²⁵ J. Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 175ff.; Schoch FG 50 Jahre BVerwG, 2003, 507 (517ff.); C. D. Classen VerwArch 88 (1997) 645.

²⁶ Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 145f.; zum Umgestaltungspotential auch Masing Transparente Verwaltung – Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL 63 (2004) 377 (422ff.).

²⁷ Hier wirken gleichermaßen endogene Veränderungsprozesse: So verlangen die gewandelten Organisationsformen staatlicher Aufgabenerfüllung, die Private in die Leistungserbringung einbeziehen, nach verfahrensrechtlichen Antworten; dazu M. Burgi in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 156 (179ff.); W. Kluth in: H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober/W. Kluth Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 58 Rn. 15, § 59 Rn. 55ff.; Voßkuhle Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003) 266 (308f.). – Eine „große Lösung“ der verfahrensrechtlichen

Steuerungsansätze. Dies gilt nicht nur für die Strukturen des europäischen Verwaltungsverbundes,²⁸ sondern gleichermaßen für den mitgliedstaatlichen Vollzug sekundärrechtlicher Vorgaben, was instruktiv in dem Modell eines *One-Stop Government* zum Ausdruck kommt.²⁹

II. Funktionen von Verwaltungsverfahren

1. *Dienende Funktion versus Eigenwert – ein sprachliches Missverständnis*

Werden dem Verwaltungsverfahren und dem Verfahrensrecht Funktionen zugeschrieben, bringt dies eine banale Erkenntnis zum Ausdruck: Das Verwaltungsverfahren verfolgt keinen Selbstzweck, sondern steht im Dienst externer Ziele.³⁰ Hat aber jedes Verwaltungsverfahren im Wortsinne dienende Funktion zur Erfüllung von außerhalb seiner selbst liegenden Zwecken, so kann sein Eigenwert kein Gegenbegriff sein. Der Wert des Verwaltungsverfahrens bestimmt sich vielmehr nach der Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung.³¹ Nur insoweit kann ihm – gegenüber anderen Verfahren oder anderen

Vorgaben für die Public Private Partnership (PPP) wurde befürwortet von den im Auftrag des BMI erstatteten Gutachten von J. Ziekow Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001, und G. F. Schuppert Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, 2001. Sie sprengte aber den Bezugsrahmen des VwVfG. Der im Bund/Länder-Musterentwurf 2004 vorgeschlagene § 54a VwVfG zur Normierung eines Kooperationsvertrages (abgedr. in H. Schmitz DVBl. 2005, 17) schafft in Anbetracht des Vorherrschens zivilrechtlicher Verträge keinen Systemisierungsgewinn und löst im Bezugsrahmen der §§ 54ff. VwVfG nicht das dringendere Problem der adäquaten Schutzmaßstäbe, E. Gurlit in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 29 Rn. 5, 8; Burgi Gutachten D zum 67. DJT, 2008, D 109ff.; ders. JZ 2010, 105 (107).

²⁸ Siehe aus dem unerschöpflichen Schrifttum E. Pache und T. Groß Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007) 106ff., 152ff.; G. Sydow Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004; Siegel (Fn. 16). Insb. die problematische Entwicklung des Agenturwesens fordert die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit, nachdrücklich Schmidt-Aßmann in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Fn. 20), 263 (268, 280ff.).

²⁹ Siehe dazu die Ausführungen unter III.3.

³⁰ Kopp Verfassungsrecht (Fn. 8), 201f.; Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3) 8; U. Stelkens DVBl. 2010, 1078; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 202.

³¹ Anderes Verständnis bei H. A. Wolff FS R. Scholz, 2007, 977 (978): dienend im Hinblick auf die Sachentscheidung, selbständig hinsichtlich solcher Zwecke, die über die Entscheidung hinausreichen.

Bedingungen der Zielerreichung – ein eigener Wert, also ein Eigenwert zukommen.

2. Bezugspunkte von Funktionsaussagen

a) Normative Zuschreibung und reale Wirksamkeit

Aussagen zu den Funktionen des Verwaltungsverfahrens müssen normativ unterfangen sein.³² Wenn *Eberhard Schmidt-Aßmann* Funktionszuschreibungen als „gespeicherte Erfahrungen zur Funktionseignung bestimmter verfahrensrechtlicher Arrangements“ bezeichnet,³³ geraten die *tatsächlichen* Funktionsleistungen in den Blick. Die Forderung nach der Einbeziehung des Realbereichs ist ebenso verbreitet wie die Klage, die empirische Ermittlung des gelebten Verwaltungsrechts friste ein Schattendasein.³⁴ Die Vehemenz der Klage verhält sich gelegentlich umgekehrt proportional zu der Bereitschaft, verfügbare Wirklichkeitsanalysen³⁵ zur Kenntnis zu nehmen und produktiv zu nutzen.³⁶ So wird etwa die Interpretation der Länderstudien, welche die Abschaf-

³² *Schmidt-Aßmann* FS Menger, 1985, 107; *Held* Grundrechtsbezug (Fn. 13), 29; dies schließt die Berücksichtigung verwaltungs- und sozialwissenschaftlicher Funktionsaussagen nicht aus, *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 199 ff., 208 ff.; *M. Martin* Heilung von Verfahrensfehlern im Verwaltungsverfahren, 2004, 148 ff.

³³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 56.

³⁴ Nachdrücklich *Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006, § 1 Rn. 29 f.; krit. *ders.* VerwArch 85 (1994) 567 (576) zur methodischen Beliebigkeit rechtswissenschaftlicher Annahmen über den Verwaltungsalltag; differenziert *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (40 ff.); zur Notwendigkeit gerade der Ermittlung der Funktionsleistungen des Verwaltungsverfahrens *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32 f.). Allerdings liegen durchaus Realbereichserkundungen vor: *W. Hoffmann-Riem/S. Rubbert* Atomrechtlicher Erörterungstermin und Öffentlichkeit, 1984; *D. Oppermann* Die Funktionen des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens (Widerspruchsverfahren) in Baurechtssachen aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht, 1997; *B. Remmert* Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, 111 ff.; im weit verstandenen Sinne einer Prozeduralisierung lassen sich die rechtstatsächlichen Untersuchungen zum Verwaltungsvertrag der empirischen Erkundung des Verwaltungsverfahrens zurechnen, dazu *B. Bartscher* Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis, 2005; *V. Schlette* Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, 241 ff.

³⁵ Instrument der Rekonstruktion von Ausschnitten des Realbereichs ist auch die Rechtsprechungsanalyse, nachdrücklich *Schoch* in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.) Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, 177 (203 ff.); *Burgi* JZ 2010, 105 (106); s. a. *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (56 ff.); skeptisch wegen der „pathologieorientierten“ Untersuchungsmethode *Voßkuhle* VerwArch 85 (1994) 567 (578).

³⁶ Das rechtswissenschaftliche Desinteresse konstatiert als generelles Phänomen *Ch. Möllers* VerwArch 93 (2002) 22 (42).

fung des Widerspruchsverfahrens³⁷ begleitet haben,³⁸ weitgehend der Verwaltungspraxis überlassen.³⁹

b) Der Verwaltungsauftrag als Maßstab

Gegenständlicher Bezugspunkt für Funktionsaussagen ist der Gestaltungsauftrag der Verwaltung.⁴⁰ Mit der Charakterisierung des Verfah-

³⁷ Gestützt auf die durch das 6. VwGOÄndG vom 1. 11. 1996, BGBl. I, 1626 als Bestandteil der Beschleunigungsgesetzgebung erweiterte Öffnungsklausel des § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO; Überblick zu den Länderregeln bei *H. Biermann* DÖV 2008, 395 (396 ff.). Die bevorstehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens (Berufung) in Österreich steht im Zusammenhang mit einem grundlegenden Systemwechsel. Einerseits soll die Fixierung des Rechtsschutzes auf den Verwaltungsakt (Bescheid) überwunden werden. Erst durch die Schaffung der Unabhängigen Verwaltungssenaten der Länder (UVS) auf Grund der B-VG-Novelle von 1988 (BGBl. 1988, 685) wurde ein administrativer, gerichtsähnlicher Rechtsschutz gegen sog. verfahrensfreie Verwaltungsakte (Realakte, Maßnahmen polizeilichen Zwangs) etabliert (Art. 129a und b B-VG, §§ 67c ff. AVG); der VwGH entscheidet aber bislang allein über Verwaltungshandeln in der Rechtsform des Bescheids. Zum anderen soll durch den Aufbau von Verwaltungsgerichten der Länder der VwGH entlastet werden soll, s. Ministerialentwurf 129/ME XXIV.GP; dazu *O. Kulhanek* Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern, Diss. 2009.

³⁸ *Bayerisches Staatsministerium des Innern* Abschlussbericht zur probeweisen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens im Regierungsbezirk Mittelfranken, 2007, www.stmi.bayern/service/gesetzentwürfe/detail/16688; *F. Müller-Rommel/H. Meyer/F. Heins* Verwaltungsmodernisierung in Niedersachsen, 2010. Inwieweit die Studien methodischen Anforderungen genügen, bedürfte der Überprüfung: Allein die niedersächsische Untersuchung wurde von externen Wissenschaftlern durchgeführt. Sie beschränkt sich zudem nicht auf eine quantitative Erhebung von Widersprüchen, Dauer des Verfahrens und Erfolgs- und Befriedigungsquoten, sondern bezieht auch qualitative Interviews mit Experten in Verwaltung und Gerichtsbarkeit ein. Die Bürger als unmittelbar Betroffene der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens wurden indes nicht befragt; s. zum Untersuchungsdesign auch *P. Cancik* DV 43 (2010) 467 (480 ff.).

³⁹ Aus der Gerichtsbarkeit *H. Geiger* BayVl. 2008, 161; *R. Hüffer* BayVBl. 2007, 619; *D. Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334; *R. Klenke* in: J. Ipsen/J. Oebbecke (Hrsg.) Verwaltungsorganisation in Flächenstaaten, 2008, 139; *H. Meyer* NdsVBl. 2009, 7; *H. van Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38; aus der (Ministerial-)Verwaltung *M. Kamp* NWVBl. 2008, 41; *K. Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144; *Ch. Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686; *J. Unterreitmeier* BayVBl. 2007, 609. Allerdings finden sich auch Stellungnahmen aus der Wissenschaft, *G. Beaucamp/P. Ringermuth* DVBl. 2008, 426; *Biermann* DÖV 2008, 395; *I. Härtel* VerwArch 98 (2007) 54; *J. F. Lindner* BayVBl. 2005, 65; *S. Vetter* Mediation und Vorverfahren, 2004; *R. Breuer* FS Steiner, 2009, 93; rechtsvergleichend *G. Sydow/S. Neidhardt* Verwaltungsinterner Rechtsschutz, 2007; jüngst ausführlich *Cancik* DV 43 (2010) 467.

⁴⁰ *R. Wahl* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983) 151 (157); *Schoch* DV 25 (1992) 21 (25); *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 56.

rens als „Verwirklichungsmodus“ des Verwaltungsrechts hat *Rainer Wahl* einprägsam auf die Verfahrensabhängigkeit des öffentlichen Rechts aufmerksam gemacht.⁴¹ Das Verfahren ist konstitutive Bedingung des *Wirksamwerdens* des Verwaltungsrechts und übernimmt damit eine unersetzbare Funktion. Das Verwaltungsrecht drängt indes auch auf *reale Wirksamkeit*.⁴² Der Bewirkungsauftrag des Rechts gebietet eine Verfahrensgestaltung, die das Erreichen der normativen Ziele befördert.⁴³ Dabei ist die aufwandbezogene Effizienz⁴⁴ Bestandteil einer wirksamen Aufgabenerfüllung.⁴⁵ Auch Effizienz kommt eine Verfahrensdimension zu.⁴⁶ Für die Standardverfahren hat das Gesetz die Verfahrenseffizienz dementsprechend zum normativen Grundsatz erhoben (§ 10 S. 2 VwVfG).

⁴¹ *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 153.

⁴² *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 32, 2. Kap. Rn. 27 ff.; *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 163 f.

⁴³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 85.

⁴⁴ Zum Effizienzbegriff *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 (17 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 64; *Pache* Mehrebenenverwaltung (Fn. 28), 115 f.; *H. C. Röhl* DVBl. 2006, 1070 (1071); *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 60 f., 66 f.; s.a. schon *J. Pietzcker* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983) 193 (196).

⁴⁵ Für eine rechtsstaatliche Fundierung maßgeblich im Verhältnismäßigkeitsgebot *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 85; *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 68; für ein Verständnis im Sinne eines verfassungsrechtlichen Optimierungsgebots nach Maßgabe einfachgesetzlicher Konkretisierung *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 23 f.; *H. Eidenmüller* Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl. 1998, 463 ff.; skeptisch gegenüber der Prägkraft verfassungsrechtlicher Ableitungen *M. Fehling* in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 461 (480 f.); *M. Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, 201 ff., 232; zu den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als allgemeinem Rechtsgebot des Verwaltungshandelns BVerwG NVwZ 2007, 475 (476).

⁴⁶ Zu den Facetten und Zielgrößen von Effizienz *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 28 ff.; *Fehling* in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 477 ff. Wegen des Gebots einer ressourcenschonenden und zügigen Aufgabenerledigung kann dem Verfahren nicht die Rolle zukommen, zur Sicherung von Zukunftsoptionen gleichsam eine Bremsfunktion zu übernehmen. Gegen diese von *B. Schlink* Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 (1990) 235 (259 ff.) dem Verwaltungsrecht zugeschriebene „katechontische“ Bedeutung nachdrücklich *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 32. Revisionsoffenheit ist vielmehr durch den Entscheidungskontext, etwa durch Befristungen, zu sichern, *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 33: „Revisionseffizienz“.

3. Funktionen entscheidungsbezogener Verwaltungsverfahren

a) Richtigkeitsgewähr durch Verfahren

Steigt man von der Hochebene des Gesamtauftrags der Verwaltung in die Niederungen konkreter entscheidungsbezogener Verwaltungsverfahren hinab, so geht es um den Beitrag des Verfahrens zur Hervorbringung sachrichtiger Entscheidungen. Der Topos der dienenden Funktion des Verwaltungsverfahrens findet im Bezugspunkt der Sachentscheidung sein heftig umkämpftes Terrain. Mit ihm verbindet sich gelegentlich die Annahme einer minderen Bedeutung des Verfahrens für das Ziel einer richtigen Sachentscheidung,⁴⁷ vor allem aber die Abwertung des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht.⁴⁸

Entscheiden der Verwaltung ist zuvörderst an der Rechtmäßigkeit orientiert. Der rechtliche Entscheidungsrahmen⁴⁹ enthält indes vielfach Öffnungen für die Berücksichtigung außerrechtlicher Zwecke wie die Zweckmäßigkeit oder die Wirtschaftlichkeit des Handelns.⁵⁰ Das entscheidungsbezogene Verfahren ermöglicht mit seiner ex ante-Perspektive erst die Konstruktion des entscheidungserheblichen Sachverhalts und ist idealiter entscheidungsoffen.⁵¹ Als Daumenregel gilt, dass die Eigenständigkeit des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr sich umgekehrt proportional zur Dichte der materiellrechtlichen Programmierung verhält, mit abnehmender Steuerung durch das mate-

⁴⁷ Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 9: „Das Verfahren hat ... Hilfsfunktion, keinen Eigenwert“. Hingegen wird im anglo-amerikanischen Rechtsdenken die Bedeutung des Verfahrens als *instrumental rationale* gerade als bedeutsam angesehen, s.a. Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 11 f.; in diesem Sinne das Verständnis der dienenden Funktion bei M. Wallerath Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 11 Rn. 2; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 589.

⁴⁸ Mit diesem begrifflichen Verständnis BVerfGE 105, 48 (60 f.); Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 9 f.; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 64; J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 1.

⁴⁹ Die Rechtsbindungen sind keiner Relativierung zugänglich, Fehling in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 476 ff.; Schoch ebd., 543 (559 ff.); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 65; Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz (Fn. 44), 34 f.; s.a. schon Pietzcker Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 196.

⁵⁰ Zu den Formen der Rezeption und Transmission außerrechtlicher Begriffe Fehling in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 471 ff.; Schoch ebd., 556 ff.; Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 4. Kap. Rn. 49.

⁵¹ Wahl Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 156, 160 f.; Ch. Degenhart DVBl. 1982, 872 (875 f.); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 50.

rielle Recht also zunimmt.⁵² Aus entscheidungsbezogener Perspektive ist dabei unerheblich, ob die dem Verfahren anvertraute Bedeutung durch die legislative Zuerkennung einer Letztentscheidungsermächtigung geadelt wird. Die für die Konkretisierung offener Rechtsbegriffe entwickelte Formel von der „einzig richtigen Entscheidung“ ist sprachwie entscheidungstheoretisch höchst problematisch,⁵³ ihre Beibehaltung ist Kompetenzfrage.⁵⁴

Eine ex ante-Situation findet das im folgenden exemplarisch betrachtete Widerspruchsverfahren nicht vor.⁵⁵ Der umfassende Kontrollmaßstab ermöglicht aber im Rahmen der Selbstkontrolle⁵⁶ die Herstellung einer entscheidungsorientierten Perspektive.⁵⁷ Eine rechtstatsächliche Untersuchung deutet an, dass die Widerspruchsbehörden diese Perspektive kaum einmal einnehmen.⁵⁸ So wird der Sachverhalt nur selten nachermittelt, und der Kontrollmaßstab der Zweckmäßigkeit spielt praktisch keine Rolle.⁵⁹ Der Blick der Widerspruchsbehörden ist gerichtsorientiert, wenn das Verfahren vor allem zum Nachholen und Ab-

⁵² Vgl. statt aller C. Franzius GVwR I (Fn. 34), § 4 Rn. 50ff.; s. dazu genauer die Ausführungen unter III.

⁵³ Diese Einsicht dürfte nahezu *common sense* sein, Ch. Möllers GVwR I (Fn. 34), § 3 Rn. 23ff., 26; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 11ff., 588; H. H. Rupp FS Bachof, 1984, 151 (164); Schoch in: Trute/Grob/Röhl/Möllers (Fn. 20), 551; K.-E. Hain FS Starck, 2007, 35 (40ff.); Pitschas Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 106; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 211; Grimm NVwZ 1985, 865 (871); Pietzcker Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 223f.; Brohm Dogmatik (Fn. 15), 277.

⁵⁴ W.-R. Schenke DÖV 1986, 305 (316); M. Gerhardt in: F. Schoch/E. Schmidt-Abmann/R. Pietzner (Hrsg.) VwGO, vor § 113 (1997) Rn. 24: „Fiktion ... die die Kompetenz der Verwaltungsgerichte definiert“; s. dazu auch IV.4.b).

⁵⁵ Anders die Lage im derzeit noch geltenden österreichischen Verfahrensrecht: Nach § 66 Abs. 4 AVG ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nicht der Ausgangsbescheid, sondern die Verwaltungssache, die den Inhalt des Ausgangsbescheids bildet; s.a. Ch. Grabenwarter Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2008, 100, 199.

⁵⁶ Zur Funktionstrias Selbstkontrolle, Rechtsschutz und Entlastung der Verwaltungsgerichte BVerwGE 26, 161 (166); 40, 25 (28f.); 51, 310 (314); zum „Eigenwert“ des Widerspruchsverfahrens nachdrücklich Breuer FS Steiner, 2009, 93 (98ff.).

⁵⁷ Die Selbstkontrolle kann überdies Rückkoppelungseffekte für künftige Verfahren zeitigen und deren Rationalität positiv beeinflussen, M.-E. Geis in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.) VwGO, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 16.

⁵⁸ D. Oppermann (Fn. 34), 227ff.; zur Schwächung der normativen Wirkungsstruktur der Selbstkontrollfunktion Vetter Mediation (Fn. 39), 100ff. Auch die Heilungsmöglichkeit nach § 45 Abs. 2 VwVfG wirkt einem behördlichen Zwang zum Überdenken entgegen, Steinbeiß-Winkelmann NVwZ 2009, 686 (688); Geis in: Sodan/Ziekow (Fn. 57), § 68 Rn. 21.

⁵⁹ D. Oppermann (Fn. 34), 227ff., allerdings auf schmäler Datengrundlage; so auch die „gefühlte Realität“ bei R. Klenke (Fn. 39), 142.

dichten unzureichender Begründungen der Ausgangsbehörde genutzt wird.⁶⁰ Gleichwohl ist die Erfolgsquote von Widersprüchen beachtlich.⁶¹

b) Rechtswahrung und (Grund-)Rechtsschutz

Der Dualismus von Bewirkungs- und Schutzauftrag des Rechts darf nicht zu der Annahme verleiten, die rechtswahrende Funktion des Verwaltungsverfahrens stehe in einem Spannungsverhältnis zum Bewirkungsauftrag. Der insoweit unteilbare Verwaltungsauftrag schützt die Interessen und Rechte der Beteiligten vielmehr unabhängig von ihrer subjektivrechtlichen Durchsetzbarkeit und unterscheidet sich hierin kategorial von der gerichtlichen Kontrollperspektive.⁶² Der *Mülheim-Kärlich*-Beschluss hat mit der Rede vom „vorgelagerten Rechtsschutz“ den Eigenwert des Verfahrens für die Rechtswahrung deshalb eher verdeckt als offengelegt.⁶³

⁶⁰ D. *Oppermann* (Fn. 34), 253 ff.; *Sydow/Neidhardt* (Fn. 39), 15: An die Stelle der Selbstkontrolle tritt die Selbstverteidigung; *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 598 spricht von „verwaltungspsychologischer Bestandskraft“.

⁶¹ Während D. *Oppermann* (Fn. 34), 260 ff. bei schmaler Datenbasis eine Erfolgsquote von 11 % ermittelte, beträgt diese laut Abschlussbericht (Fn. 38), 124 in Bayern 51 %, wobei ein Großteil der Erfolge im Abhilfeverfahren erzielt wird; deshalb auch deutlich positivere Einschätzung des Widerspruchsverfahrens bei v. *Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38 (39); *Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686; zur Frage der „disziplinierenden Wirkung“ des Widerspruchsverfahrens s. die Kontroverse zwischen W. *Hoppe* NWVBl. 2008, 384; 2009, 143 und M. *Palmen* NWVBl. 2009, 8; skeptisch zur Aussagekraft von Erfolgsquoten *Cancik* DV 43 (2010) 467 (476 ff.).

⁶² *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 160 ff.; *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (875 f.); U. *Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1079); in diesem Sinne auch schon *Kopp* Verfassungsrecht (Fn. 8), 200 ff. In der Verkennung der objektiven Rechtswahrungsfunktion liegt die spezifische Verkürzung der bekannten „je – desto“-Formel von *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 168 f. Für das Widerspruchsverfahren gilt die objektive Rechtswahrungsfunktion nur eingeschränkt. Es ist zwar nicht Element des Rechtsschutzes iSv Art. 19 Abs. 4 GG, sondern stellt in seiner Funktion als Sachurteilsvoraussetzung eine – zulässige – Erschwerung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes dar, BVerfGE 35, 65 (73); 60, 253 (290), 69, 1 (48). Mit dem die Zweckmäßigkeit umfassenden Kontrollmaßstab unterscheidet es sich auch funktional von der gerichtlichen Kontrollperspektive, *Breuer* FS Steiner, 93 (98 ff.). Indes ist es nicht objektives Beanstandungsverfahren, sondern subjektivrechtlich konzipiert.

⁶³ BVerfGE 53, 30 (60); krit. *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 161; *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (876); *Schoch* DV 25 (1992) 21 (27). In der Sache dürfte es aber dem Gericht um Vorwirkungen aus Art. 19 Abs. 4 GG gegangen sein. Für diese Sichtweise spricht die Formulierung in BVerfGE 53, 30 (66, 79), grundrechtsgeboten sei die verfahrensrechtliche Beteiligung klagebefugter Dritter; zu Vorwirkungen aus Art. 19 Abs. 4 GG BVerfGE 61, 82 (110); *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 24 ff., 248 ff.; zu Benachrichtigungspflichten bei heimlichen Informationserhebungen BVerfGE 100, 313 (364); 109, 279 (364); 120, 351 (359); zu Infor-

Bekanntermaßen hat das Gericht die Anforderungen an die Verfahrensgestaltung mit den *materiellen* Grundrechten verknüpft.⁶⁴ Die Begeisterung für die Grundrechtsdimension des Verfahrens ist der Ernüchterung gewichen. Den Grundrechten lassen sich konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Verfahrens nur selten entnehmen.⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Schutzgüter der Grundrechte nicht nur durch Verfahren, sondern auch durch das materielle Recht zu sichern sind. Der Steuerungsmix von verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen ist eine legislative Gestaltungsaufgabe.⁶⁶ Wird in mehrpoligen Grundrechtslagen auf verfahrensrechtliche Arrangements gesetzt,⁶⁷ geht es um Probleme, deren Crux *James Landis* benannt hat: „One man’s delay is another man’s due process“.⁶⁸

mationspflichten vor Zuteilungsentscheidungen BVerfG NJW 1990, 501; BKartA NJW 2000, 151 (153); zu rechtsschutzsichernden Vorkehrungen im Asylverfahren BVerfGE 94, 166 (206f.).

⁶⁴ Grundrechtsschutz durch Verfahren erfasst die Grundrechte in allen Schutzfunktionen, frühzeitig *Hesse* EuGRZ 1978, 427 (436); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 233 ff.; BVerfGE 33, 303 (341, 345f.); 94, 166 (200ff.); 111, 333 (353) – Teilhabe- und Leistungsfunktion; BVerfGE 53, 30 (57f., 65); 88, 203 (286ff.) – Schutzpflichten; BVerfGE 52, 391 (407f.); 63, 131 (143); 65, 1 (44, 48f., 58); 69, 315 (355f.); 73, 280 (294ff.); 83, 130 (152); 84, 34 (45f.); 111, 191 (217f.) – Eingriffsabwehr; zur Notwendigkeit eines Abhilfeverfahrens bei dienstlichen Beurteilungen BVerwG NVwZ 2009, 1314; dazu *U. Repkewitz/S. Waibel* NVwZ 2010, 813.

⁶⁵ Für eine rechtsstaatliche Begründung normativer Verfahrensanforderungen *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (877); *Ule* VerwArch 76 (1985) 129 (141ff.); *Laubinger* VerwArch 73 (1982) 60 (83f.); *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 39; weiterführend *M. Cornils* Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, 443 ff.; zu den Konsequenzen der grundrechtlichen Hochzonung für die fehlerhafte Anwendung des Verfahrensrechts s. unten IV.1.

⁶⁶ BVerfGE 56, 216 (236); 60, 253 (295); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 240 ff.; *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 208 f.; mit Blick auf gesetzgeberische Schutzpflichten *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 168; *Grimm* NJW 1985, 865 (867). *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 38 weist zudem auf die Unsicherheit der Wirksamkeitsbeurteilung verfahrensrechtlicher Regelungen hin. BVerfGE 111, 191 (217f.) will eine verringerte Dichte des materiellen Steuerungsprogramms bei entsprechenden organisatorischen und prozeduralen Vorkehrungen gestatten. In einer prozeduralen Steuerungsperspektive würde die Wesentlichkeitstheorie ggf. die Normierung prozeduraler Arrangements erfordern, in diese Richtung *K. Lange* VerwArch 82 (1991) 1 (12f.); *K.-H. Ladeur/T. Gostomzyk* DV 36 (2003) 141 (160ff.); *Hoffmann-Riem* AöR 130 (2005) 5 (45 ff.); für polizeiliche Konzeptpflichten MVVerfGH LKV 2000, 149.

⁶⁷ Dazu *Schmidt-Preuß* Kollidierende Privatinteressen, 1992, 495 ff.; *ders.* NVwZ 2005, 489 (490ff.).

⁶⁸ *J. Landis* Address before the Administrative Law Section, 7. August 1961, zitiert nach *M. J. Horwitz* The Transformation of American Law 1870–1960, 1992, 244. Wis-

c) *Demokratische Funktionen:*
Legitimation – Partizipation – Transparenz

Dem Verfahren kommen überdies unterstützende Funktionen für die sachlich-inhaltliche Legitimation offen programmierter Entscheidungen zu.⁶⁹ Zudem verwirklichen sich demokratische Funktionen des Verwaltungsverfahrens in einer partizipativen Verfahrensgestaltung, die selbstbestimmte Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung ermöglicht.⁷⁰ Ausgebaute Beteiligungsstrukturen finden sich vornehmlich in Verfahren, in denen multipolare Interessen zu verarbeiten sind. Zum Anlagengenehmigungs- und Planungsrecht⁷¹ treten in jüngerer Zeit zB die finalprogrammierten Verfahren der Netzregulierung hinzu.⁷²

senschaftliche Redlichkeit gebietet den Hinweis, dass *Landis* hier nicht die regulativen Schwierigkeiten eines Interessenausgleichs ansprach, sondern sich als ernüchterter Reformers des amerikanischen Verwaltungsrechts äußerte, der seine Vorstellungen einer fähigen Expertenbürokratie durch die reale Praxis von *agency capture* und Ineffizienz desavouiert sah; lesenwert zum durch den *New Deal* inspirierten verfahrensrechtlichen Diskurs und zu seinen Protagonisten *M. J. Horwitz* ebd., 213 ff.; zur deutschen Sicht des Konflikts zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 171 ff.; *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 221 ff.; *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (469 ff.); *Degenhart* DVBl. 1982, 872 (881 ff.); *R. Steinberg* DÖV 1982, 619 (620 ff.).

⁶⁹ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 111; weitergehend *Trute* GVwR I (Fn. 34), § 6 Rn. 48.

⁷⁰ Betroffenengemeinschaften sind indes keine Legitimationsquelle für staatliche Entscheidungen, BVerfGE 83, 37 (50 f.); 83, 60 (75); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 81; *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466); aA *A. Fisahn* Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 308 ff., 335 ff.; *Martin* Heilung (Fn. 32), 202 ff.; zur ergänzenden autonomen Legitimation der Träger funktionaler Selbstverwaltung BVerfGE 107, 59 (91 ff.); 111, 191 (216); *Trute* GVwR I (Fn. 34), § 6 Rn. 20, 54; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329 (383 f.). Zuvörderst wird mit der Beteiligung am Verwaltungsverfahren der Subjektstellung des Menschen Rechnung getragen, *Kopp* Verfassungsrecht (Fn. 8), 16 ff.; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 200; *Schmidt-Aßmann* Jura 1979, 505 (507).

⁷¹ § 10 Abs. 3, 6 und 10 BImSchG iVm 9. BImSchV; § 10 ROG; §§ 3, 4a BauGB; § 73 VwVfG. Das Unionsrecht verstärkt diesen Trend, insb. durch das Instrument der Umweltverträglichkeitsprüfung, §§ 2 Abs. 6, 9 UVPG; die Informationspflichten der Behörde nach § 9 UVPG wurde in Umsetzung der RL 2003/35/EG mit dem Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz v. 9. 12. 2006, BGBl. I, 2819, noch erweitert.

⁷² Die telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren sind offen für die Beteiligung „interessierter Parteien“, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 TKG; der Begriff der interessierten Partei und die weitere Verfahrensgestaltung bestimmen sich jedenfalls im Verfahren der Auferlegung von Regulierungsverpflichtungen nach §§ 134, 135 TKG, BVerwGE 131, 41 (58 f.); BVerwG NVwZ 2009, 653 (655); *Gurlit* in: F. J. Säcker (Hrsg.) Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 9 ff. Auch das Medienrecht kennt Öffnungen. So besteht nach § 11 f Abs. 5 RundfStV ein Jede-Person-Stel-

Verfahrens- und Ergebnistransparenz leisten nicht nur Beiträge zur Richtigkeit der Entscheidung und zur Rechtswahrung der Beteiligten, sondern sind ebenfalls Ausfluss der demokratischen Funktion des Verwaltungsverfahrens.⁷³ Auch das Grundrecht der Informationsfreiheit gewährt einen Anspruch auf Verwaltungsinformation, soweit Informationsfreiheitsgesetze das behördliche Wissen zur allgemein zugänglichen Informationsquelle bestimmt haben.⁷⁴ Verfahrens unabhängige Informationsrechte verbessern *im* Verfahren die Partizipationschancen, da sie weitere Informationsbestände erschließen.⁷⁵ Vor allem aber ermöglichen sie eine informatorische Gleichstellung der vom Verfahren Ausgeschlossenen. Dass die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unter der Last zahlreicher Informationsanträge nach dem IFG ächzt,⁷⁶ erklärt sich auch aus der partizipationsfeindlichen Verfahrensstruktur des Finanzmarktaufsichtsrechts.⁷⁷ Hier zeigt sich

lungnahmerecht im Drei-Stufen-Test-Verfahren zur Beurteilung der Zugehörigkeit von online-Angeboten zum Telemedienauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, dazu *D. Dörr* ZUM 2009, 897; *P. M. Huber* ZUM 2010, 201.

⁷³ Im Verwaltungsverband steht die Transparenz überdies im Dienste der Verfahrens- und Verantwortungsklarheit, *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 72 f.; *Pache* Mehrebenenverwaltung (Fn. 28), 106 (141 f.); *Röhl* DVBl. 2006, 1070 (1073).

⁷⁴ BVerfGE 103, 44 (61); die grundrechtsdogmatisch verfehlte Schutzbereichsbestimmung (*H. Bethge* in: Sachs [Hrsg.] GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 Rn. 56a; *Gurlit* DVBl. 2003, 1119 [1121]) hat wegen der gesetzgeberischen Aktivität grundrechtlich erfreuliche Konsequenzen: zu Behördenakten als allgemein zugängliche Informationsquellen iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG *Schoch* IFG-Kommentar, 2009, Einleitung Rn. 153.

⁷⁵ Instruktiv *HessVGH NVwZ* 2006, 1081 (1082); *NVwZ* 2006, 951 (952); *OVG NRW NWVBl.* 2008, 32 (33): Informationszugang wird prozessual nach § 123 VwGO gewährt, wenn die Daten für ein noch laufendes Planfeststellungsverfahren benötigt werden.

⁷⁶ Daten bei *Gurlit* WM 2009, 773 (774 mit Fn. 16); instruktiv die Schilderung in *HessVGH NVwZ* 2010, 1036 (1041); Streitigkeiten um Informationsansprüche gegenüber der BaFin haben eine beträchtliche Rechtsprechungskarriere gemacht, s. nur *VG Frankfurt NVwZ* 2008, 1384; Urt.v. 23. 1. 2008 – 7 E 1487/07 (juris); *ZIP* 2008, 2138; *NVwZ* 2009, 1182; *BeckRS* 2009, 33521; *BeckRS* 2009, 33680; *HessVGH NVwZ* 2009, 60; *NVwZ* 2010, 1036; *BeckRS* 2010, 48167. Der nachträgliche Versuch, die Finanzmarktaufsicht durch eine Bereichsausnahme aus dem Anwendungsbereich des IFG gänzlich herauszunehmen (BR-Drs. 827/08 v. 19. 12. 2008), ist gescheitert, BT-Drs. 16/12487, S. 5; dazu *U. Tolkmitt/T. Schomerus NVwZ* 2009, 568.

⁷⁷ Zu diesem Zusammenhang *Gurlit* WM 2009, 773 (780): Die fiskalisch motivierte Ausrichtung des Aufsichtsrecht allein auf die Wahrung öffentlicher Interessen (§ 4 Abs. 4 FinDAG) lässt nicht nur Amtshaftungsansprüche von geschädigten Anlegern scheitern, sondern verhindert auch ihre Beteiligung an den aufsichtsrechtlichen Verfahren.

nachdrücklich, wie das europarechtlich inspirierte⁷⁸ Modell einer informierten und kontrollwilligen Öffentlichkeit die enge individualrechtliche Zentrierung des Verwaltungsverfahrensrechts aufsprengt.⁷⁹ Die Einbeziehung der Informationszugangsrechte in den Regelungszusammenhang öffnet zugleich den Blick auf ein größeres Akteursnetz – eine *light version* des Governance-Konzepts.⁸⁰

d) *Entscheidungsakzeptanz durch Verfahren*

Wenn dem Verwaltungsverfahren schließlich die Funktion der Akzeptanzbeschaffung zugeschrieben wird, verbindet sich hiermit die Hoffnung auf die Bereitschaft zur Hinnahme des Entscheidungsergebnisses.⁸¹ Akzeptanz darf nicht gegen die Rechtsbindung der Verwaltung ausgespielt werden,⁸² kann jedoch im Rahmen von Ermessensspielräumen Berücksichtigung finden.⁸³ Als Instrumente der Akzeptanz-

⁷⁸ Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes ist unionsrechtlich nicht gefordert, steht aber nach seiner Zielrichtung in der Tradition des europäischen Modells, s. BT-Drs. 15/4493, 6.

⁷⁹ Die Informationsbegehren betreffen allerdings nur teilweise das Verhalten der BaFin, so etwa VG Frankfurt BeckRS 2009, 33680. Sie dienen vielfach zuvörderst der Ermittlung von Schadensersatzansprüchen gegen Finanzinstitute und Finanzdienstleister, s. die Konstellation in HessVGH NVwZ 2010, 1036; zu Zwecken und subjektiven Motivlagen der Geltendmachung von Informationszugangsansprüchen *Schoch* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. III, 2009, § 50 Rn. 162 ff.

⁸⁰ Zu einem institutionellen Arrangement haben sich Betroffenenpartizipation und allgemeines Informationszugangsrecht wohl noch nicht entwickelt; zum Schlüsselbegriff der Regelungsstrukturen *H.-H. Trute/W. Denkhauß/D. Kühlers* DV 37 (2004) 451 (457 ff.); *Franzius* VerwArch 97 (2006) 186; *Schuppert* DV 40 (2007) 463 (483 ff.); jüngst *L. Holtkamp* DV 43 (2010) 167 mit anwendungsorientiertem Fokus auf die Verwaltungsreform; zur Informationsfreiheit als prozedurales Konzept *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 96, 222 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 51, 73 ff.

⁸¹ Akzeptanzbegriff nach *N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1978, 33. Akzeptanz rechnet zu den Entscheidungsfolgen (*outcome*); zur steuerungstheoretischen Ausdifferenzierung *Franzius* GVwR I (Fn. 34), § 4 Rn. 67 ff.

⁸² Nachdrücklich *Schoch* DV 25 (1992) 21 (31 f.); *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 105.

⁸³ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 105; *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16), 81; noch weitergehend *T. Würtenberger* NJW 1991, 257 (260 f.): Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens; skeptisch *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32). *Luhmann* Legitimation (Fn. 81), 204 ff. verneinte, ausgehend von einem engen Bild der vollziehenden Verwaltung, die Akzeptanzfunktion von Verwaltungsverfahren. – Die häufig synonyme Verwendung von Legitimation und Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen (*Luhmann* Legitimation [Fn. 81], 28, 33; *Martin* Heilung [Fn. 32], 202 ff.) überspielt, dass das demokratische Prinzip nicht die tatsächliche Ab-

beschaffung gelten Transparenz und Partizipationsangebote, seit geraumer Zeit auch der Gebrauch von Mediationsverfahren.⁸⁴ Ihr symbolischer Einsatz kann sich zum weiterfressenden Schaden entwickeln. So hat der Umgang der hessischen Landesregierung mit dem Mediationsergebnis zur Erweiterung des Frankfurter Flughafens das Vertrauen in die Verwaltung als verlässlichen Verhandlungspartner nachhaltig erschüttert.⁸⁵

Wie ist es um die akzeptanzschaffende Wirkung des Widerspruchsverfahrens bestellt?⁸⁶ Die signifikant gestiegenen Eingangszahlen der Verwaltungsgerichte nach Abschaffung des Widerspruchsverfahrens verdeutlichen, dass die Befriedungsfunktion zuvor wirksam erfüllt wurde.⁸⁷ Die Konsequenzen des Wegfalls des Widerspruchsverfahrens werden in einigen Ländern klammheimlich begrüßt, gelten doch die Verwaltungsgerichte als kapazitätsmäßig unterversorgt.⁸⁸ Vornehmlich Niedersachsen hat sich hingegen dem Ziel verschrieben, die Akzeptanz des nunmehr nur noch einstufigen Verwaltungsverfahrens zu verbes-

nahmebereitschaft der Entscheidungsbetroffenen oder gar einen realen Konsens verlangt, *Schoch* DV 25 (1992) 21 (32); *P. Kunig* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, 1990, 43 (63); *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991) 329 (375 f.); zur Berücksichtigung von Akzeptanz bei der kommunalen Neugliederung BVerfGE 86, 90 (111).

⁸⁴ Zur Mediation im Verwaltungsverfahren *Pitschas* NVwZ 2004, 396; zur gerichtsnahen Mediation *J. v. Barga* DV 43 (2010) 405.

⁸⁵ Im Fall der Erweiterung des Frankfurter Flughafens wurde das von einer Mediationsgruppe im Jahr 2000 ausgehandelte Ergebnis – Ausbau bei gleichzeitigem Nachtflugverbot – freudig begrüßt. Es war Geschäftsgrundlage im anschließenden Regionalen Dialogforum, wurde aber durch den Planfeststellungsbeschluss vollkommen obstruiert, der eine Erhöhung der Anzahl der Nachtflüge vorsieht.

⁸⁶ Die Befriedungsquoten gelten vor allem als Ausweis für das Gelingen der Entlastungsfunktion des Widerspruchsverfahrens für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Teilweise wird dem Widerspruchsverfahren eine eigenständige Befriedungsfunktion zugesprochen, *Rüssel* NVwZ 2006, 523 (524); in diesem Sinne auch *Breuer* FS Steiner, 93 (98 ff.).

⁸⁷ Beim Modellversuch im Regierungsbezirk Mittelfranken stiegen die Klageeingänge beim VG Ansbach im ersten Jahr nach der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens um 132 %, im zweiten Jahr um 118 %, bezogen auf eine frühere Anfechtungsquote von 25 % der Widerspruchsbescheide. Eine Steigerung um 2940 % (!) ergab sich im Kommunalabgabenrecht, s. Abschlussbericht (Fn. 38), 12, 123 ff. In Niedersachsen stiegen die abschaffungsbedingten Eingangszahlen der Gerichte um ca. 150 % an und stabilisierten sich dann auf hohem Niveau, dazu *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 93 ff., 195 ff.

⁸⁸ Ursächlich sind die Reduzierung der Asylverfahren und die umfängliche Zuständigkeitsverlagerung auf die Sozialgerichtsbarkeit; zum Zusammenhang mit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens *Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686 (688); s.a. *Klenke* (Fn. 39), 145 f.

sern.⁸⁹ So sollen bürgerfreundliche Erklärungs- und Diskussionsangebote in ablehnenden Bescheiden die Adressaten vom Beschreiten des Rechtswegs abhalten, was schon deshalb gelingen könnte, weil die arglose Inanspruchnahme dieser Angebote nicht den Lauf der Klagefristen hemmt.⁹⁰

III. Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung

Aus dem ausgefächerten Funktionsspektrum ist die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr die Schlüsselfrage der gegenwärtigen Verfahrensdiskussion. Die Modi der Koppelung von Verwaltungsverfahren und Sachentscheidung sind Gegenstand meiner folgenden Überlegungen.

1. Entscheidungsorientierung von Verwaltungsverfahren

Dem Verfahrensbegriff des VwVfG ist der Entscheidungsbezug eingeschrieben. Unerheblich ist, ob tatsächlich eine Sachentscheidung ergeht. Ein Eigenwert kann dem Verfahren gerade dann zukommen, wenn schon seine Einleitung den Zweck des materiellen Rechts verwirklicht. Derartige Formen der Erledigung kennzeichnen in weitem Umfang die Aufsichtstätigkeit der BaFin. So kommen die Finanzinsti-

⁸⁹ Mit diesem Ziel wurde in Niedersachsen schon die Abschaffung des Vorverfahrens verbunden, LT-Drs. 15/1121, 15; *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 158 ff., 234 ff.; *Harald Meyer* NdsVBl. 2009, 7. Hingegen wurden Vorschläge, das Widerspruchsverfahren um Mediationselemente anzureichern, nicht aufgegriffen; dazu *R. Maaß* VerwArch 88 (1997) 701; *D. Oppermann* DV 30 (1997) 517 (538 ff.); *Vetter* Mediation (Fn. 39), 185 ff.; *S. Schiedermaier* GVwR III (Fn. 79), § 48 Rn. 34 f. *Härtel* VerwArch 98 (2007) 54 (70 ff.) sieht in einem *beauty contest* das in Rheinland-Pfalz und im Saarland weisungsfreien Ausschüssen anvertraute Widerspruchsverfahren vorn (73 ff.). Mecklenburg-Vorpommern und Bayern haben nunmehr ein fakultatIVES Vorverfahren eingeführt; zust. *Biermann* DÖV 2008, 395 (403); krit. *Dolde/Porsch* VBIBW 2008, 428 (431 f.); zur Zulässigkeit eines Optionsmodells BayVerfGH NVwZ 2009, 716.

⁹⁰ Der Hinweis auf den ungehemmten Lauf der Klagefrist wird nicht immer beigelegt. Häufig wird hingegen bewusst auf Rechtsbehelfsbelehrungen verzichtet, um Zeit für ein dialogisches Gespräch mit dem Bürger mit dem Ziel außergerichtlicher Einigung zu gewinnen. Praktiziert wird zudem die bedingte Zusicherung von Zweitbescheiden, dazu *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 175 ff., 236 f.; *Kamp* NWVBl. 2008, 41 (48); *Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334 (340); krit. *van Nieuwland* NdsVBl. 2007, 38 (40); *Cancik* DV 43 (2010) 467 (484 ff.) insbesondere auch zu den rechtsstaatlichen Kosten einer Informalisierung des Beschwerdemanagements.

tute zumeist spätestens nach einer Anhörung dem behördlichen Verlangen nach Abberufung unzuverlässiger Geschäftsleiter oder Aufsichtsorgane nach und vermeiden dadurch einen Reputationsschaden.⁹¹

Das handlungsformzentrierte VwVfG beschreibt das entscheidungsorientierte Verwaltungsverfahren nicht abschließend. Entschieden wird ebenso bei der administrativen Normsetzung, wie auch schlichtes Verwaltungshandeln ein durch Verfahren vorbereitetes Entscheiden voraussetzt.⁹² Man wird zu einem konzeptionellen Begriff des Verwaltungsverfahrens auch die inneren Verfahren der Verwaltung rechnen, die – wie zB Haushaltsverfahren oder das Neue Steuerungsmodell – nicht entscheidungsorientiert sind, sondern allein der Herstellung administrativer Rationalität dienen.⁹³ Ausgangspunkt meiner Überlegungen sind allerdings einzelfallbezogene Verfahren, die sich nach ihrem konkreten⁹⁴ Aufgabenbezug systematisieren lassen.⁹⁵

⁹¹ § 36 KWG; die Jahresberichte der BaFin weisen für das Jahr 2008 nur drei Aufsichtsmaßnahmen gegen Geschäftsleiter aus und zehn für das Jahr 2009. Die Anzahl eingeleiteter Verfahren, die durch „vorausseilenden Gehorsam“ erledigt werden, liegt weit höher.

⁹² So auch schon *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 122; s. a. *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 2; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 1, 49f.; *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 1 differenziert das schlichte Verwaltungshandeln in Tathandeln und Verwaltungsentscheidungen ohne Regelungscharakter. Zu letzteren zählt insbesondere das Informationshandeln; modifizierend hinsichtlich der Tathandlungen *Pitschas* Verwaltungsverantwortung (Fn. 16), 320f.: Handlungen findet ihre Identität im Ablauf, Entscheidungen in der Alternativenwahl. *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 53 ordnet die reale Leistungsbewirkung den sog. anlassunabhängigen, nicht entscheidungsorientierten Verwaltungsverfahren zu.

⁹³ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 51 ff., 61 f.; dies fortentwickelnd *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 92 ff., 248 ff. iS eines weiten Prozeduralisierungsbegriffs; aA *M. Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 17; *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 2; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 195, 210 ff.

⁹⁴ Ansatz auf einer mittleren Abstraktionsebene bei *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 161 ff.: Ordnungsverfahren, Gestaltungsverfahren, Verfahren der mehrstufigen Leistungsverwaltung, Vertragsverfahren.

⁹⁵ Zum Aufgabenbezug als Schlüsselkategorie *Wahl* Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 172; *Voßkuhle* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 277 (285 f.); *J.-P. Schneider* GVwR II (Fn. 6), § 28 Rn. 158 ff. Eine Typologisierung könnte auch Entscheidungen zum Bezugspunkt nehmen. Eine Anknüpfung an Entscheidungstypen – einseitig/konsensual, gebunden/administrative Ermächtigungen, Anzahl der Adressaten – ermöglicht allerdings nur relativ abstrakte Tendenzaussagen. So gilt etwa der Vertrag als Regelmodell prozeduraler Richtigkeitsgewähr. Im Verwaltungsrecht sind aber die Spielräume verfahrensmäßiger Konkretisierung von Rechten und Pflichten wiederum von den Zwecken des Aufgabenprogramms abhängig: Die Gesetzesbindung der Verwaltung (§ 54 S. 1 VwVfG) schließt erweiterte Rechtmäßigkeitsspielräume nicht aus, sofern nach dem Aufgabenzweck die

2. Exemplarische⁹⁶ Verfahrenstypen

a) Schlichtes Handeln: Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

Die polizeiliche Gefahrenabwehr ist häufig durch Ad hoc-Handeln gekennzeichnet, bei dem wegen des Gebots rechtzeitigen Einschreitens verfahrensrechtliche Anforderungen wie eine vorherige Anhörung ggf. entbehrlich sind (§ 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG).⁹⁷ Als Kompensation für die rechtswahrende Funktion von Verwaltungsverfahren stehen Eingriffe zwar vielfach unter Richtervorbehalt;⁹⁸ dieser leistet aber nur einen beschränkten Beitrag zur Entscheidungs rationalität.⁹⁹ Für informatorische Eingriffe von Polizei- und Sicherheitsbehörden hat das BVerfG die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit bereichsspezifischer Eingriffsermächtigungen hochgeschraubt.¹⁰⁰ Es setzt damit eindeutig auf eine materiellrechtliche Steuerung.

Der Wandel des Polizeirechts vom Gefahrenabwehrrecht zu einem Gefahrenvorsorge- oder Risikorecht¹⁰¹ hat indes prozedurale Instru-

fachgesetzlichen Normen ihren Steuerungsanspruch auf einseitiges Handeln beschränken, dazu *Gurlit* Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 333 ff.

⁹⁶ Auch innerhalb der Verfahrenstypen schöpft mein Beitrag die Palette nicht aus; zu den hier nicht näher untersuchten Qualitätssicherungsverfahren *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 309 ff.; monographisch *F. Reimer* Qualitätssicherung, 2010; zu den Verfahren im europäischen Verwaltungsverbund *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 48 ff.; monographisch *Sydow* Verwaltungskooperation (Fn. 28); *Siegel* Entscheidungsfindung (Fn. 16).

⁹⁷ So die Modellrekonstruktion bei *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 287.

⁹⁸ BVerfGE 103, 142 (152); 107, 299 (325); 109, 279 (359); 120, 274 (331).

⁹⁹ Dazu illustrativ *O. Backes/Ch. Gusy* Wer kontrolliert die Telefonüberwachung?, 2003.

¹⁰⁰ BVerfGE 110, 33 (57); 113, 348 (375 ff.); 115, 320 (365); 118, 168 (187); 120, 274 (315 ff.); 120, 351 (366 f.); 120, 378 (407 f.). Auch die Vorgaben zur Wahrung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung wurden so formuliert, dass sie weniger auf eine ex ante-Steuerung des behördlichen Handelns, sondern eher auf eine Vermeidung negativer Konsequenzen für den Betroffenen zielen, s. BVerfGE 120, 274 (338): Die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten muss nur insoweit unterbleiben, wie dies informations- und ermittlungstechnisch möglich ist. Sodann besteht das Gebot des Abbruchs der Überwachung, der Datenvernichtung und ein Verwertungsverbot; zur Konstruktion als nacheilender Schutz *M. Eifert* NVwZ 2008, 521 (522 f.); *U. Volkmann* DVBl. 2008, 590 (593); *Gurlit* NJW 2010, 1035 (1039); weiterführend *R. Poscher* JZ 2009, 269 (274 ff.).

¹⁰¹ Dazu *M. Albers* Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und Strafverfolgungsvorsorge, 2001; *Schoch* Der Staat 43 (2004) 347 (350 ff.); *M. Möstl* DVBl. 2007, 581; *Volkmann* NVwZ 2009, 216; *Trute* DV 42 (2009) 85.

mente in den Blick gerückt.¹⁰² Ereignis- und verdachtslose Maßnahmen wie die Schleierfahndung oder die Videoüberwachung des öffentlichen Raums bedürfen der Entwicklung polizeilicher *Konzepte* in Form statistisch belastbarer und dokumentierter Lagebeurteilungen.¹⁰³ Maßgeblich hierfür ist nicht etwa die Unbestimmtheit der Eingriffsvoraussetzungen,¹⁰⁴ sondern die Entgrenzung ihres Anwendungsbereichs: Jede Person kann zur Adressatin derartiger Maßnahmen werden. Die inneradministrative Konkretisierung zielt auf eine *Beschränkung* von Kontrollen, indem sie Verdachtsanlässe identifiziert und typisiert.¹⁰⁵ Die polizeilichen Konzepte sind weniger Medium sachrichtiger Entscheidungen, sondern Ausdruck rechtsstaatlichen Unbehagens an der den Gesetzen zugrunde liegenden Sicherheitsphilosophie.¹⁰⁶ Das BVerfG teilt offenbar diese Bedenken und führt sie mit der Anhebung der polizeilichen Eingriffsschwellen einer materiellrechtlichen Problemlösungsebene zu.¹⁰⁷ Das ist auch gut so. Die Grenzen der Entfesselung eines proaktiven, allgegenwärtigen Staates dürfen nicht in den Arenen exekutiver Konzeptbildung bestimmt werden.¹⁰⁸

¹⁰² In Anknüpfung an Entwicklungen im Umweltrecht, BVerwGE 69, 37 (44f.): Konzepte zur Durchführung des Vorsorgegebots nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG durch administrative Normsetzung; *Ossenbühl* NVwZ 1986, 161 (169); *Trute* Vorsorgestrukturen und Luftreinhaltepläne, 1989, 72ff.

¹⁰³ MVVerfGH LKV 2000, 149 (156); BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377) – Schleierfahndung; VGH BW NVwZ 2004, 498 (504ff.) – Videoüberwachung; tendenziell wohl auch BVerfGE 120, 378 (431) – Kfz-Kennzeichenerfassung.

¹⁰⁴ Insoweit hält das BVerfG an dem Grundsatz fest, dass unbestimmte Normen nicht durch Verfahrensgarantien Bestimmtheit erhalten, BVerfGE 110, 33 (68).

¹⁰⁵ Mustergültig vorgeführt in VGH BW NVwZ 2004, 498 (504ff.).

¹⁰⁶ Wohl auch *Ch. Möllers* NVwZ 2000, 383; dementsprechend thematisieren MVVerfGH LKV 2000, 149 (153ff.); VGH BW NVwZ 2004, 498 (502ff.); BayVerfGH NVwZ 2003, 1375 (1377); NVwZ 2006, 1284 (1286) die Konzeptpflichten als Frage der rechtsstaatlichen oder grundrechtlichen Verhältnismäßigkeit i.e.S.

¹⁰⁷ BVerfGE 115, 320 (360ff.) – Rasterfahndung; BVerfGE 120, 378 (428f.) – Kfz-Kennzeichenerfassung; BVerfGE 120, 274 (330f.) – Online-Durchsuchung; BVerfG NJW 2010, 833 Rn. 232ff.: Der Zugriff der Nachrichtendienste auf „vorsorglich anlasslos“ gespeicherte Telekommunikationsdaten ist an das Gebot der Abwehr konkreter Gefahren zu knüpfen.

¹⁰⁸ Hier befinde ich mich auf Kollisionskurs zu den zahlreicher werdenden Kritikern der materiellrechtlich orientierten Judikatur des BVerfG, s. *Volkmann* NVwZ 2009 (222): Die Rechtsprechung des BVerfG erwecke den Eindruck, „als stünde sie der gesamten Entwicklung verständnis-, wenn nicht sprachlos gegenüber“; s.a. *Ladeur* DÖV 2009, 45 (53ff.); zum besonders unter Beschuss geratenen Urteil zur Rasterfahndung *Volkmann* JZ 2006, 918 (919f.); *ders.* Jura 2007, 132 (136); *W. Frenz* NVwZ 2007, 631 (634); Sondervotum von *Haas*, BVerfGE 115, 320 (371, 376ff.); für eine legislativ-materiellrechtliche Steuerung wohl *Trute* DV 42 (2009) 85 (96ff.); für einen kombinatorischen Zugriff *Schoch* DV 43 (2004) 347 (366ff.).

Im Ergebnis halte ich die auf Kompensation zielenden Konzepte für ungeeignet, den materiellen und hochpolitischen Konflikt um die Grenzen des Gefahrenvorsorgestaates zu entschärfen, geschweige denn zu lösen. Konzepte können allerdings in traditionellen Feldern der Gefahrenabwehr durchaus nützlich sein. So leiten sie eine gleichheitsgemäße Ermessensausübung, wenn die Bauaufsichtsbehörde über den Abriss ganzer Siedlungen von Schwarzbauten zu entscheiden hat,¹⁰⁹ und leisten damit einen transparenten und nachprüfbaren Beitrag zur Richtigkeitsgewähr.

b) Wissenserzeugung: Zulassung von Stoffen und Produkten

Zulassungsverfahren im Produkt- und Stoffrecht werden verbreitet als Risikoverfahren¹¹⁰ und im Sinne einer typologischen Einordnung als wissensgenerierende Verfahren¹¹¹ bezeichnet. Ihr Merkmal ist die Anknüpfung des Zulassungstatbestands an offene Rechtsbegriffe, die sich nicht unter Rückgriff auf Auslegungsroutinen und Erfahrungswissen operationalisieren lassen, sondern mit einem hohen Maß an kognitiver Unsicherheit rechnen müssen.¹¹² So setzt die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels u.a. voraus, dass das Mittel „keine sonstigen nicht vertretbaren Auswirkungen, insbesondere auf den Naturhaushalt sowie auf den Hormonhaushalt von Mensch und Tier hat“ (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 lit. e PflSchG). Diese und ähnlich offene Normen etwa des GenTG oder AMG¹¹³ fordern Wissen, das anlässlich einer Entscheidung erst erzeugt werden muss.

Bei fehlender Verfügbarkeit des Wissens hilft der Amtsermittlungsgrundsatz nicht weiter.¹¹⁴ Erforderlich sind vielmehr kooperative Kom-

¹⁰⁹ NdsOVG NVwZ-RR 1994, 249; OVG Bremen ZfBR 1995, 108; ThürOVG ThürVBL 2010, 270; zu den Grenzen der Konzeptpflicht BVerwG NVwZ-RR 1992, 360; BVerwG BauR 1999, 734.

¹¹⁰ *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Fn. 20), 330 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 80: Risikobewältigungsverfahren.

¹¹¹ *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 55 ff.; *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 190 ff., die insbesondere auch das Recht der Netzregulierung zu den wissensgenerierenden Verfahren rechnen; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 24 ff., 29 mit weiteren Anwendungsgebieten; das Konzept der Wissenserzeugung im Verfahren wurde frühzeitig analysiert von *Ladeur* in: G. Winter (Hrsg.) *Grenzwerte*, 1986, 263 ff.

¹¹² Zur Strukturen des Nichtwissens *Ladeur* Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft, 1995, 69 ff.; *A. Scherzberg* Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004) 214 (220 ff.); *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 29 ff.; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 25.

¹¹³ § 16 Abs. 1 Nr. 3 GenTG; § 25 Abs. 2 AMG.

¹¹⁴ § 24 VwVfG knüpft an den konkreten Sachverhalt an, setzt aber Wissen zu seiner Bewertung voraus, *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 8 f., die Mitwir-

munikationsstrukturen der Wissenserzeugung.¹¹⁵ Dem entspricht es, dass die Stoff- und Produktzulassungsgesetze dem Antragsteller hohe Informationsbeibringungsbürden auferlegen¹¹⁶ und zudem wissenschaftlichen Sachverstand in das Verfahren einbeziehen.¹¹⁷ Der kooperative Wissenserzeugungsprozess soll Garant sachrichtiger Entscheidungen sein.

Dass diese Verfahren der Wissensgenerierung geradezu als ein Vorbild verfahrensrechtlichen Denkens gewürdigt werden,¹¹⁸ halte ich indes für eine Fehleinschätzung. Nahezu durchgängiges Merkmal des deutschen Stoff- und Produktzulassungsrechts ist seine Geringschätzung der Öffentlichkeit¹¹⁹ und seine Präferenz für ein Expertenmodell,

kung der Beteiligten nach § 26 VwVfG ist eine Obliegenheit und keine durchsetzbare Pflicht. In Verfahren der Wissensgenerierung geht es um „nachvollziehende Amtsermittlung“ bzgl. der von den Beteiligten und Sachverständigen generierten Informationen, dazu *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, 117 ff.

¹¹⁵ *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 35; *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 25, 35.

¹¹⁶ § 12 Abs. 3 PflSchG; §§ 22 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3, S. 2, 24 AMG; § 15 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 6 Abs. 1 GenTG.

¹¹⁷ § 33a Abs. 4 PflSchG verlangt die Anhörung eines Sachverständigenausschusses, dessen Zusammensetzung bislang nicht durch Rechtsverordnung (§ 33a Abs. 5 PflSchG) geregelt wurde; vor einer Freisetzungsentscheidung für gentechnisch veränderte Organismen ist eine Empfehlung der Zentralen Kommission für die Biologische Sicherheit (ZKBS) nach § 4 GenTG einzuholen, die von der Behörde zu berücksichtigen ist (§ 16 Abs. 5 iVm § 10 Abs. 7 S. 3 und 4 GenTG); zum Arzneimittelrecht § 25 Abs. 5 und 6 AMG.

¹¹⁸ So *B. Wollenschläger* Wissensgenerierung (Fn. 16), 79 ff. mit dem Gentechnikrecht als Referenzgebiet, *Quabeck* Dienende Funktion (Fn. 3), 194 ff. mit dem Arzneimittelrecht; s.a. *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 24 ff.; *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 131 ff.; *Vesting* GVwR II (Fn. 6), § 20 Rn. 36 ff.

¹¹⁹ Im Zulassungsverfahren für Pflanzenschutzmittel ist keinerlei Partizipation vorgesehen. Im Arzneimittelrecht beschränkt sich die Öffentlichkeit auf den elektronischen Informationszugang zu Daten über die *Erteilung* einer Zulassung (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und d AMG), setzt also erst nach dem primären Verfahren der Wissensgenerierung ein. Deshalb scheint es verwegen, wenn *Röhl* GVwR II (Fn. 6), § 30 Rn. 35 hierin ein taugliches Element eines offenen Kommunikationsprozesses sieht. Erst das Stufenplanverfahren im Rahmen der Nachmarktkontrolle nach §§ 62 ff. AMG sieht die Einbeziehung weiterer Kreise vor. Im Gentechnikrecht ist wegen der raumbezogenen Wirkung des Betriebs einer gentechnischen Anlage oder der Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen zwar in Umsetzung von Art. 9 der Richtlinie 2001/18/EG ein Anhörungsverfahren vorgeschrieben. Bei Freisetzungsentscheidungen wird indes ein Erörterungstermin – der eigentliche Kern einer kooperativen Kommunikationsstruktur! – ausgeschlossen, § 18 Abs. 3 S. 3 iVm Abs. 2 GenTG iVm § 10 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 6 BImSchG; s.a. § 11 GenTAnhV. Die Sitzungen der ZKBS sind

das die Hinzuziehung weiteren Sachverständs den Rekrutierungsmechanismen der schon beteiligten Experten überlässt.¹²⁰ Dass Wissen im Internetzeitalter ubiquitär ist, wird ebenso wenig zur Kenntnis genommen wie die soziale Dimension von Verfahren, in denen über die gesellschaftliche Vertretbarkeit von Risiken entschieden wird.¹²¹

Die Rückständigkeit des Wissensgenerierungsmodells der deutschen Stoffzulassungsverfahren wird vor allem im Vergleich mit dem chemikalienrechtlichen Regelungsregime REACH offenkundig.¹²² Die Verfahren der Bewertung und Zulassung von Chemikalien öffnen sich auf allen Stufen der Informationsgewinnung im Wege der *public consultation* auch für externen Sachverstand.¹²³ Sie weisen überdies sozioöko-

nicht öffentlich. Die Kommission kann zwar die Öffentlichkeit über Stellungnahmen von allgemeiner Bedeutung informieren, aber nicht vor Abschluss des jeweiligen Verfahrens, s. §§ 10, 15 Abs. 2 ZKBS-VO.

¹²⁰ In gentechnischen Verfahren entscheidet nach §§ 7, 13 ZKBS-VO die ZKBS über die Hinzuziehung weiterer Sachverständiger; zur Rolle des externen Sachverständs bei Entscheidungen nach dem GenTG U. Di Fabio Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, 128 ff.; ders. VerwArch 81 (1990) 193 zum Arzneimittelrecht; aufschlussreich B. Wollenschläger Wissensgenerierung (Fn. 16), 101 ff. zu den unterschiedlichen wissenschaftlichen Modellvorstellungen zum Begriff der „schädlichen Einwirkungen“ iSv § 1 Nr. 1 GenTG; K. F. Gärditz ZUR 2009, 413 (418 ff.); s.a. Scherzberg Risiko-steuerung (Fn. 112), 228 f. Vielfach steht für wissenschaftliche Fragen kein „unabhängiger“ Sachverstand zur Verfügung, dazu auch Ladeur GVwR II (Fn. 6), § 21 Rn. 58 ff.; zu optimistisch Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 203 ff.; dezidiert für eine stärkere normative Steuerung O. Lepsius Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht, VVDStRL 63 (2004) 264 (300 ff.); ausführlich zu Formen und Strukturen von Expertise in der Verwaltung Voßkuhle in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 637 (656 ff.).

¹²¹ Scherzberg Risikosteuerung (Fn. 112), 247; Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 338; für eine Beteiligung von Repräsentanten der Öffentlichkeit und betroffene Dritte Scherzberg VerwArch 84 (1993) 484 (506); s.a. Di Fabio VerwArch 81 (1990) 193 (215 f.); ausführlich zu den Partizipationsdefiziten im Stoffrecht Gurlit UTR 78 (2004) 125 (131 ff.).

¹²² Verordnung (EG) Nr. 1907/2006, ABIEG L 396/1 v. 30. 12. 2008, berichtigte Fassung ABIEG L 136/3 v. 29. 5. 2007, zuletzt geändert durch VO (EU) Nr. 453/2010 v. 20. 5. 2010, ABIEU L 133/1.

¹²³ Zur Vermeidung von Tierversuchen werden schon Versuchsvorschläge zur Stoffbewertung zugänglich gemacht (Art. 40 Abs. 2 REACH-VO), im Zulassungsverfahren stellt die Europäische Chemikalienagentur ECHA Informationen online, die „interessierte Kreise“ zum Hinweis auf Substitutionsstoffe motivieren sollen (Art. 64 Abs. 2 REACH-VO); zu weiteren Informationszugangsrechten der Öffentlichkeit s. Art. 109, 118, 119 REACH-VO; s. des weiteren Beschluss des ECHA-Verwaltungsrates v. 13. 2. 2008 zur Beteiligung von Interessenverbänden an den Sitzungen der Ausschüsse für Risikobeurteilung und für sozioökonomische Analyse in Ausfüllung von Art. 85 Abs. 4 UnterAbs. 4, 108 REACH-VO.

nomische Kalküle der Stoffbewertung gesondert von der ökologischen Beurteilung aus.¹²⁴

Dies bringt mich zu meiner persönlichen Solange – Formel: Solange und soweit die Beteiligungschancen externen Sachverständigen in wissensgenerierenden Verfahren defizitär sind, leidet die Richtigkeitsgewähr. Es ist Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft als *rechtsetzungs-orientierter* Handlungs- und Entscheidungswissenschaft,¹²⁵ auf diese normativen Defizite aufmerksam zu machen.¹²⁶

c) *Verteilung knapper Güter: Vergabe öffentlicher Aufträge*

Die Verfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge bilden einen Ausschnitt des Typs der Verteilungsverfahren, die in Knappheitssituationen der sachgerechten Verteilung von Gütern dienen.¹²⁷ Das Ziel einer Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot wird einem formalisierten Verfahren anvertraut,¹²⁸ das Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerbsorientierung gewährleisten soll.¹²⁹ Nicht eine kommu-

¹²⁴ Art. 64 Abs. 4 REACH-VO sieht für Zulassungsentscheidungen eine Stellungnahme des Ausschusses für sozioökonomische Analyse nach Art. 76 Abs. 1 lit. d REACH-VO vor; dazu *G. Grunwald* ZfU 2010, 285. Die ZKBS ist hingegen nach § 4 GenTG plural zusammengesetzt und schließt Vertreter aus Gewerkschaften, Landwirtschaft, Verbraucher- und Naturschutz ein; zu den Verfahren s.a. die ZKBS-Verordnung v. 5. 8. 1996, BGBl. I, 1232, zuletzt geändert durch VO v. 31. 10. 2006, BGBl. I, 2407.

¹²⁵ *Voßkuhle* GVwR I (Fn. 34), § 1 Rn. 15 ff.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 1. Kap. Rn. 46.

¹²⁶ Die weitere Entwicklung des Unionsrechts liefert hierzu Anstöße: Die neue Pflanzenschutzmittel-VO (EG) Nr. 1107/2009 v. 21. 10. 2009, ABIEG L 309/1, die ab dem 14. 6. 2011 gilt, vertraut das Verfahren der Genehmigung von einzelnen Wirkstoffen der EU-Lebensmittelbehörde an. Das Genehmigungsverfahren ist ebenso wie die Verfahren nach REACH offen für Stellungnahmen Dritter (Art. 10, 12 der VO). Für die Zulassung von Pflanzenschutzmitteln bleibt es hingegen bei der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit (Art. 28 ff. der VO).

¹²⁷ Ausführlicher zu Strukturen und Typen von Verteilungsverfahren *F. Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010, insb. 531 ff.; *D. Kupfer* Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2005; s.a. *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45).

¹²⁸ Im Anwendungsbereich des Sekundärrechts, § 100 Abs. 1 GWB iVm § 2 VgV; zu den primärrechtlichen Anforderungen für Vergabevorgänge außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien EuGH Slg. 2000, I-10745 *Telaustria*; Slg. 2005, I-8585 Rn. 47 ff. *Parking Brixen*; EuGH ZfBR 2006, 375 *Bari*. Die gegen eine Auslegungsmittelteilung der Kommission vom 1. 8. 2006 (ABIEG C 179) gerichtete Nichtigkeitsklage Deutschlands blieb erfolglos, EuG NZBau 2010, 510; dazu *M. Knauff/R. Schwensfeier* EuZW 2010, 611.

¹²⁹ Die einfachgesetzliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben im GWB erfüllt zugleich das grundrechtliche Gebot, Verteilungsverfahren legislativ vorzuordnen. Maß-

nikativ-kooperative Rechtskonkretisierung, sondern die strikte Einhaltung des Verfahrensrechts ist Garant der Sachrichtigkeit.

Mit der europarechtlich veranlassten Befreiung des Vergaberechts aus dem Korsett des Haushaltsrechts ist zudem die rechtswahrende und rechtsschützende Funktion des Vergabeverfahrens erst begründet worden.¹³⁰ Da ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann (§ 114 Abs. 2 GWB), muss das Vergabeverfahren im Hinblick auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vor allem auch einen vorgelagerten Rechtsschutz bereitstellen.¹³¹ Hierbei entsteht das Problem, dass ein auf effiziente Allokation gerichtetes Verfahren einerseits die Grundrechte aller Bieter berücksichtigen, zugleich aber das Verfahrensziel auf effizientem Weg erreichen muss. Die ausgeklügelten Prozeduren zur Lösung dieses Zielkonflikts¹³² werfen ein helles Schlaglicht auf die Grobschlächtigkeit der Beschleunigungsgesetzgebung.

geblich ist vor allem der Gleichheitssatz, *Pünder* VerwArch 95 (2004) 38; *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45), 49 ff.; zur freiheitsrechtlichen Bedeutung des Vergaberechts *Gurlit* Verwaltungsvertrag (Fn. 95); *F. Wollenschläger* (Fn. 127), 46 ff., 199 ff.; s. a. BVerfGE 116, 202 (221 ff.); zur grundrechtssichernden Bedeutung des Vergabeverfahrens und zum Gesetzesvorbehalt *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 291 ff.; *Hermes* JZ 1997, 909 (914 ff.); *Martini* Hoheitliche Verteilungslenkung (Fn. 45), 88 f.

¹³⁰ EuGH Slg. 1995, I-2303; s. § 97 Abs. 7 GWB.

¹³¹ EuGH Slg. 1999, I-7671 Rn. 27 ff.; BKartA NJW 2000, 151. Die Auffassung des BVerfG, vergaberechtliche Entscheidungen seien keine öffentliche Gewalt iSv Art. 19 Abs. 4 GG, weil der Staat als Nachfrager am Markt tätig werde und nicht auf eine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht zurückgreife (BVerfGE 116, 135, 149), verkennt die Sonderstellung, die der Staat bei der Auftragsvergabe einnimmt; krit. *J. Englich* VerwArch 98 (2007) 410 (417); zuvor schon *O. Dörr* DÖV 2001, 1014; nicht überzeugend *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 65, 65a, der nur die Vergabe von Beschaffungsverträgen oberhalb der Schwellenwerte Art. 19 Abs. 4 GG unterstellen will.

¹³² Ist ein Bieter über die Erfolglosigkeit seines Gebots informiert worden (§ 101a Abs. 1 GWB), so löst sein nicht offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Nachprüfungsantrag (§ 110 Abs. 2 GWB) vor der Vergabekammer ein Zuschlagsverbot (§ 115 Abs. 1 GWB) bis zur Entscheidung der Kammer und dem Ablauf einer zweiwöchigen Beschwerdefrist aus (§ 115 Abs. 1 iVm § 117 GWB). Die Ausnahmegründe nach § 115 Abs. 2 GWB, die im laufenden Nachprüfungsverfahren dem Auftraggeber gleichwohl eine Zuschlagserteilung gestatten, sind mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz v. 20. 4. 2009 (BGBl. I, 790) weiter gefasst worden. Macht die Vergabekammer hiervon Gebrauch, kann vom betroffenen Bieter in einem Zwischenverfahren Rechtsschutz vor dem OLG begehrt werden (§ 115 Abs. 2 S. 5 GWB); zur Neuregelung *M. Gabriel* NJW 2009, 2011 (2016).

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Entscheidung

a) Die regulatorische Herausforderung

Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation zeigt sich in jüngerer Zeit vor allem in Regelungsstrukturen, die Teile der Verfahrensführung Akteuren anvertrauen, die nicht zur Sachentscheidung befugt sind. Hier interessieren nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen derartiger Arrangements,¹³³ sondern allein ihre Wirkungen auf die dem Verfahren zugeschriebenen Funktionen: Die organisatorische Entkoppelung von Verfahren und Sachentscheidung darf weder die Richtigkeitsgewähr gefährden noch die rechtsschützenden Mechanismen des Verfahrens außer Kraft setzen. Ob sie darüber hinaus positive Effekte hat, ist – so meine These – abhängig von der *organisationsrechtlich abgesicherten Rolle*, die der verfahrensbeteiligten Stelle zukommen soll.

b) Exemplarische Anwendungsfelder

Klassisches Modell einer Entkoppelung ist die Trennung von *Anhö-rungs- und Planfeststellungsbehörde* in der Fachplanung.¹³⁴ Dem Trennungsmodell liegt die Idee der fairen Verfahrensgestaltung durch Organisation zugrunde. Die nicht durch Entscheidungspflichten belastete

¹³³ Die Überantwortung von Verfahrensteilen an Private wirft vornehmlich Fragen nach der demokratischen Legitimation und dem beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt auf, dazu *Remmert Dienstleistungen* (Fn. 34), 353 ff.; s.a. *Voßkuhle Beteiligung Privater* (Fn. 27), 291 ff.; *I. Appel GVwR II* (Fn. 6), § 32 Rn. 62 ff. Die Verfahrensführung durch nicht sachentscheidungsbefugte Behörden hat vor allem kompetenzielle Implikationen. Im Bund/Länder-Verhältnis folgt aus dem verfassungsrechtlichen Gebot eigenverantwortlicher Aufgabenerfüllung jedenfalls, dass Verfahrensanteile der einen Behörde nicht zum Übergriff in die Sachentscheidungskompetenzen der zuständigen Behörde führen dürfen. BVerfGE 119, 331 (365) formuliert noch strikter einen grundgesetzlichen Ausschluss von „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnissen“ und knüpft damit wörtlich an alte Entscheidungen zum Verbot der Mischverwaltung an (BVerfGE 41, 291, 311), deren Ratio es zunächst aufgegeben (BVerfGE 63, 1, 39), dann aber in BVerfGE 108, 169 (182) reanimiert hatte; zu den Grenzen föderaler Verwaltungskooperation nach dem Hartz IV-Urteil weiterführend *Cornils ZG* 2008, 184 (197 ff.).

¹³⁴ § 73 VwVfG; die Anhörungsbehörde handelt zwar in eigener Zuständigkeit. Sie führt aber kein selbständiges Verwaltungsverfahren durch, sondern bereitet die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde vor, die allein sachentscheidungsbefugt ist, BVerwG NVwZ 2000, 673. Kein Verstoß gegen das Verbot der Mischverwaltung soll vorliegen, wenn – wie nach § 3 Abs. 2 S. 1 BEVVG für das eisenbahnrechtliche Planfeststellungsverfahren vorgesehen –, Landesbehörden als Anhörungsbehörden für eine Planfeststellung von Bundesbehörden fungieren; BT-Drs. 7/910, 87; BVerwG DVBl. 1987, 1267 (1270 f.); BVerwG NVwZ 1991, 781 (783).

Anhörungsbehörde soll als distanzschaffende Akteurin zwischen Vorhabenträger, Dritten und Planfeststellungsbehörde vermitteln.¹³⁵ Indes ist vielfach fachgesetzlich die funktionell-organisatorische Identität von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde angeordnet.¹³⁶ Wenn dafür zu Lasten von Akzeptanzförderung und Neutralitätssicherung die Richtigkeitsgewähr in die Waagschale geworfen wird,¹³⁷ überzeugt dies nicht. Denn eine durch die Trennung drohende Abkoppelung der Planfeststellungsbehörde von den tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen lässt sich vermeiden, wenn Vertreter der Planfeststellungsbehörde am Erörterungstermin beteiligt werden.¹³⁸

Das *telekommunikationsrechtliche Marktregulierungsverfahren* nutzt mit dem Beschlusskammerv erfahren einen binnenorganisatorischen Baustein zur Aufwertung des Verwaltungsverfahrens.¹³⁹ Eine gesetzgeberische Fehlleistung ist aber die Anordnung von zwei konsekutiven

¹³⁵ H.-Ch. Kopf/E. Schönefelder/G.-J. Richter BayVBl, 1979, 393; zur rechtsstaatlich gebotenen „fachbezogenen Integrität“ BVerwGE 75, 214 (230). Für die akzeptanzfördernde Funktion spricht, dass die Anhörungsbehörde im Erörterungstermin auf eine Einigung hinwirken soll, arg. § 74 Abs. 2 S. 1 VwVfG; zur Akzeptanzverbesserung durch Zuständigkeitstrennungen Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 1), 2. Kap. Rn. 104; Hoffmann-Riem Selbstbindungen der Verwaltung VVDStRL 40 (1982) 187 (231); s.a. R. Steinberg/T. Berg/M. Wickel Fachplanung, 3. Aufl. 2000, § 2 Rn. 5.

¹³⁶ Siehe § 14 Abs. 1 S. 3 WaStrG für die Planfeststellung des Aus- und Neubaus von Bundeswasserstraßen; aus dem Landesrecht s. § 6 Abs. 7 S. 1 LStrG Rh-Pf für das landesstraßenrechtliche Planfeststellungsverfahren; zur Verfassungsmäßigkeit BVerwGE 120, 87 (99); 58, 344 (347 ff.); BVerwG NVwZ 2002, 1103 (1104); krit. Steinberg/Berg/Wickel (Fn. 135), § 2 Rn. 5 f.; Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 376.

¹³⁷ Pünder in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 4; D. Kupfer/H. Wurster DV 40 (2007) 75 (83); Fehling Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 264 ff.

¹³⁸ Ziekow VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 73 Rn. 3; Kopf/Ramsauer VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 73 Rn. 14; H. J. Bonk/W. Neumann in: H. J. Bonk/P. Stelkens/M. Sachs (Hrsg.) VwVfG-Kommentar, 7. Aufl. 2008, § 73 Rn. 127. Allerdings gestattet das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz v. 9. 12. 2006 (BGBl. I, 2833) der Anhörungsbehörde für die dort erfassten Verfahren den Verzicht auf einen Erörterungstermin, s. § 17a Nr. 5 FStrG, § 18a Nr. 5 AEG, § 14a Nr. 5 WaStrG. Der Verzicht auf Erörterung bedeutet auch einen Verzicht auf die Möglichkeit, Einwendungen abzuarbeiten, und dürfte sich deshalb kontraproduktiv zum Regelungsanliegen – Verfahrensbeschleunigung – verhalten.

¹³⁹ §§ 132 ff. TKG; zur Bedeutung einer deliberativen Verfahrensstruktur als wesentliches Element eines Regulierungsrecht Masing Gutachten D zum 66. DJT, 2006, D 89 ff.; K. Oertel Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000, 174 ff., 382 ff.; Trute FS Brohm, 2002, 169 (180 ff.). Bettermann Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 132 ff. hatte schon im Jahr 1958 – mit kompetenzrechtlichen Anschlussüberlegungen – am Beispiel von Kollegialorganen auf die Verschränkung verfahrens- und organisationsrechtlicher Problemlösungen hingewiesen.

Konsultations- und Notifizierungsverfahren für die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse einerseits und für die Auferlegung von Regulierungspflichten andererseits, wobei die erste Stufe einer sog. Präsidentenkammer, die zweite der sachlich-funktionell zuständigen Beschlusskammer anvertraut wurde.¹⁴⁰ Die Verfahrensgestaltung erscheint als organisierte Ineffizienz¹⁴¹ und wirft Rechtsschutzprobleme auf.¹⁴² Das Institut der besonderen Präsidentenkammer bringt schließlich den Präsidenten in einen Rollenkonflikt zwischen Leitungsfunktion und Mitgliedschaft in einem Kollegialorgan.¹⁴³

Dem mit der Einführung des einheitlichen Ansprechpartners ins Werk gesetzten Modell des *One-Stop Government* steht seine Bewährungsprobe noch bevor.¹⁴⁴ Das Verfahren über eine einheitliche Stelle

¹⁴⁰ Strukturell handelt es sich nicht um eine Mitwirkung der Präsidentenkammer am Verfahren der sachlich-funktionell zuständigen Beschlusskammer, sondern um zwei unterschiedliche Verfahren (arg. § 13 Abs. 1 S. 3 TKG), von denen nur das zweite mit einer Entscheidung durch Verwaltungsakt abschließt, *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 28 ff.; *Ladeur/Möllers* DVBl. 2005, 525 (529).

¹⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber wollte durch getrennte Verfahren sicherstellen, dass das der Kommission auf der ersten Stufe eingeräumte Veto (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG) nicht auf die Regulierungsentscheidung übergreift, s. BT-Drs. 15/2679, 13. Der neue Rechtsrahmen RL 2009/140/EG hat der Kommission nicht die ersehnte erweiterte Vetoposition gebracht, gewährt ihr aber Mitspracherechte bei der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen. dazu *R. Klotz/A. Brandenburg* MMR 2010, 147; *Ladeur* K&R 2010, 308. Wegen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21/EG hat die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet, s. Pressemitteilung v. 25. 6. 2009.

¹⁴² Da § 13 Abs. 3 TKG den Rechtsschutz auf die VA-förmige Regulierungsentscheidung konzentriert, werden die Ergebnisse des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens nach §§ 10, 11 TKG zur tatbestandlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Regulierungsverfügung, *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 38, 43; *Ladeur/Möllers* DVBl. 2005, 525 (530); *M. Schramm* DÖV 2010, 387 (390); dies verkennt fundamental BVerwG NVwZ 2009, 653 (654) mit der Annahme, Anfechtungsklagen gegen die Regulierungsverfügung allein wegen fehlerhafter Feststellungen nach §§ 10, 11 TKG seien unzulässig. Werden mangels marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens keine Regulierungsverpflichtungen auferlegt, können Konkurrenten nicht die diesbezüglichen Feststellungen angreifen, sondern müssen auf die Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen klagen, BVerwGE 130, 39 (44 ff.); s.a. *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 13 Rn. 48.

¹⁴³ Aus gutem Grund verzichtet das Kartellrecht auf eine präsidiale Beschlussabteilung; krit. zum Institut der Präsidentenkammer *Gurlit* in: Säcker (Fn. 72), § 132 Rn. 7, 14; *Masing* Gutachten 66. DJT, 2006, D 90f.

¹⁴⁴ Der Bundesgesetzgeber hat den unionsrechtlichen Impuls mit einem konzeptionellen Verständnis aufgenommen, indem er das Verfahren über den einheitlichen Ansprechpartner auch für nicht von der Dienstleistungsrichtlinie erfasste Sachmaterien eröffnet hat. Der Entwurf bekennt sich zudem zum Ziel der „Vermeidung von Son-

schaftt keinen eigenständigen Verfahrenstyp, sondern stellt ein für den Antragsteller disponibles Antragsverfahren bereit.¹⁴⁵ Die einheitliche Stelle wickelt als *Front Office* das Verfahren ab, die Sachentscheidungsbefugnis verbleibt bei der zuständigen Behörde als *Back Office*.¹⁴⁶ Der einheitlichen Stelle kommt die Aufgabe eines aktiven Unterstützers und Verfahrensmittlers des Antragstellers zu.¹⁴⁷ Sowohl die rechtsschützende Funktion des Verwaltungsverfahrens als auch seine Bedeutung für die Sachrichtigkeit der Entscheidung verlangen, dass jedenfalls eine mündliche Anhörung¹⁴⁸ von der für die Sachentscheidung zuständigen Behörde durchgeführt wird.¹⁴⁹

Ob dieses Verfahren sein Ziel der Verfahrensbeschleunigung bei gleichzeitiger Wahrung von Rechtssicherung und Entscheidungs rationalität erreicht, hängt maßgeblich von seiner organisationsrechtlichen Umsetzung ab. Die von den Ländern entwickelten Modelle zeigen, dass

derverfahrensrecht“, BT-Drs. 16/10493, 2; begrüßend *Kahl* in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/Reimer (Fn. 20), 77 ff.; *Burgi* JZ 2010, 105 (107); krit. zur Konstruktion der Angebotsgesetzgebung *A. Windoffer* DÖV 2008, 797 (798, 800); *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 45.

¹⁴⁵ *Schmitz/Prell* NVwZ 2009, 1 (4f.); *Windoffer* NVwZ 2007, 495 (498); *K. Ruge* NdsVBl. 2008, 305 (307); andere Einordnung bei *Ramsauer* NordÖR 2008, 417 (422): „Mittelding zwischen dem herkömmlichen singulären Verfahren und dem Verfahren mit Konzentrationswirkung“; unklar BT-Drs. 16/10493, 17f.

¹⁴⁶ Hiervon geht auch Art. 6 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG aus; zu alternativen Modellen – Internetportal, Agenturmodell, Konzentrationsmodell – *Ramsauer* NordÖR 2008, 417 (420f.); *Ch. Ernst* DVBl. 2009, 953; monographisch *S. E. Schulz* One-Stop-Government, 2007; zu kompetenziellen Fragen länderübergreifender Tätigkeit der einheitlichen Stellen *Windoffer* NVwZ 2007, 495 (498); *Ernst* DVBl. 2009, 953 (959f.); *A. Luch* in: U. Schliesky (Hrsg.) Die Umsetzung der EU-Richtlinie in der deutschen Verwaltung, 2008, 149.

¹⁴⁷ Siehe *ErwG. 48* der DLRL; *Ziekow/Windoffer* in: M. Schlachter/Ch. Ohler (Hrsg.) Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Kommentar, 2008, Art. 6 Rn. 15; BT-Drs. 16/10493, 13, 17. *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225 (229) und *Ernst* DVBl. 2009, 953 (957) sehen die einheitliche Stelle angesichts der dürren Ausgestaltung des § 71d VwVfG auf eine Botenfunktion reduziert.

¹⁴⁸ Nach richtiger Ansicht besteht das Gebot einer Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG auch vor Ablehnung eines beantragten Begünstigung, *Ule/Laubinger* VwVfG, 4. Aufl. 1995, § 24 Rn. 2; *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 14 Rn. 28; *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 57f., 333f.; aA *BVerwGE* 66, 184 (186); *Bonk/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 138), § 28 Rn. 27.

¹⁴⁹ *SächsOVG DÖD* 1999, 65 (66); *Bonk/Kallerhoff* in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 138), § 28 Rn. 46; zu Modifikationen bei schriftlichen Anhörungen *G. Britz* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 213 (241); *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 28 Rn. 12; s.a. § 71c Abs. 2 VwVfG, der die verfahrensbezogene Auskunftspflicht der sachzuständigen Behörde klarstellt.

der Wettbewerbsföderalismus in voller Blüte steht.¹⁵⁰ Organisationsrechtliche Regelungen müssen indessen auch mit den Eigenrationalitäten der Amtswalter rechnen. Die Einrichtung spezifischer Stellen, die sich mit ihrer aktiven Rolle als Verfahrenspartner des Antragstellers identifizieren, scheint mir am ehesten geeignet, Friktionen zwischen den Beteiligten zu minimieren.¹⁵¹

IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip enthält sich konkreter Aussagen zu den Folgen eines Verfahrensverstößes und verlangt nicht zwingend die Aufhebung verfahrensfehlerhaft zustande gekommener Entscheidungen.¹⁵² Auch die Steuerungskraft der Grundrechte darf nicht überschätzt werden. Denn selbst aus einer Verletzung von grundrechtsgebotenem Verfahrensrecht¹⁵³ folgt noch nicht, dass auch die Sachentscheidung den grundrechtlichen Freiheitsanspruch verletzt.¹⁵⁴ Verlangen aber die

¹⁵⁰ Die Organisationsfrage wird unter dem hässlichen Schlagwort der „Verortungsentscheidung“ geführt; Überblick zu den Ländermodellen bei *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225.

¹⁵¹ Zu den möglichen Dissonanzen zwischen Front Office und Back Office *Ernst* DVBl. 2009, 953 (957f.). Wird in den selbständigen Stellen Sachverstand aus Kommunen und Kammern gebündelt, verbindet sich hiermit auch die Hoffnung auf größere Nähe zum eigentlichen Verfahren und auf Synergieeffekte, *Luch/Schulz* GewArch 2010, 225; allerdings wird damit ein weiteres bürokratisches Monster errichtet, so die Befürchtung von *Ruge* NdsVBl. 2008, 305 (307).

¹⁵² *F. Weyreuther* FS Reimers, 1979, 379 (389); *Bettermann* FS Eichenberger, 1982, 593 (597f.); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 332 ff.; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 106, 109 mit der Forderung nach sachgerechter Differenzierung; aA *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 588. Ungeachtet des legislativen Spielraums verlangt das Gesetzmäßigkeitsprinzip indes zumindest geeignete Reaktionen, um dem Geltungsanspruch der Verfahrensnormen Rechnung zu tragen, *M. Niedobitek* DÖV 2000, 761 (767); *Martin* Heilung (Fn. 32), 177 f.

¹⁵³ Siehe zu den gesetzgeberischen Regelungsspielräumen die Ausführungen oben II.3.b).

¹⁵⁴ Die Verfahrensgarantien haben für den Grundrechtsschutz materiellakzessorische Bedeutung, BVerfG-K NVwZ-RR 2000, 487 (488); *Grimm* NVwZ 1985, 865 (870f.); *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (468, 471); *W. Krebs* DVBl. 1984, 110 (115); *Pietzcker* Verwaltungseffizienz (Fn. 44), 224 f.; *Held* Grundrechtsbezug (Fn. 13), 96 ff.; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 243; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 108; *C. Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen im französischen und deutschen Verwaltungsrecht, 1999, 239 f.; modifizierend *Schenke* DÖV 1986, 305 (314f.), der auf den *dolo*

Grundrechte nur ausnahmsweise die Aufhebung einer verfahrensfehlerhaften Entscheidung, so kann auch in der Heilung eines Verfahrensfehlers kaum der Entzug eines grundrechtlichen Aufhebungsanspruchs liegen.¹⁵⁵ Allerdings muss das Sanktionssystem abgewogen sein.¹⁵⁶ Dies erfordert nicht nur eine Einbeziehung aller Reaktionsformen der Rechtsordnung, sondern auch die Analyse ihres Zusammenwirkens.

Fehlerfolgen können zum einen an das Verfahren selbst anknüpfen. Bei entscheidungsbezogenen Verfahren steht aber auch das Schicksal der durch einen Verfahrensfehler infizierten Sachentscheidung in Frage.

2. Fehlerkorrektur im Verwaltungsverfahren

Die Heilung verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte ist in Österreich unbekannt,¹⁵⁷ in der Schweiz kommt sie unter restriktiven Voraussetzungen allein bei Gehörverletzungen in Betracht.¹⁵⁸ Die Heilung eines Verfahrensfehlers dient der Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sowie der Verfahrensökonomie.¹⁵⁹ Indes knüpft

agit-Gedanken abstellt; aA *Blümel* Frühzeitige Bürgerbeteiligung (Fn. 13), 66; *Hufen* NJW 1982, 2160 (2165); *Martin* Heilung (Fn. 32), 201 f.

¹⁵⁵ So aber *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 595 f.

¹⁵⁶ *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 106.

¹⁵⁷ Nach § 66 Abs. 4 AVG ist Gegenstand des Berufungsverfahrens nicht der Ausgangsbescheid, sondern die Verwaltungssache, die den Inhalt des Ausgangsbescheids bildet, s. *W. Antonioli/F. Kojan* Allgemeines Verwaltungsrecht, 1996, 575. Da vor dem VwGH wiederum nur die Berufungsentscheidung den Kontrollgegenstand bildet, sind Verfahrensfehler der Ausgangsbehörde hier ebenfalls unerheblich. Verfahrensfehler der Berufungsinstanz sind allein an der Unbeachtlichkeitsklausel des § 42 Abs. 2 Nr. 3 VwGG zu messen, dazu *Grabenwarter* (Fn. 55), 199 ff.; s.a. VwGH 93/07/0006.

¹⁵⁸ Eine gesetzliche Regelung gibt es nicht, wohl aber eine entsprechende Rechtsprechungspraxis. Die Heilung setzt voraus, dass keine schwerwiegende Gehörverletzung vorliegt, die Verfahrenshandlung im Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, die Rechtsmittelinstanz über dieselbe Überprüfung befugnis verfügt wie die Vorinstanz und dem Beschwerdeführer keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, was letztlich eine Interessenabwägung erfordert; das Schrifttum beurteilt Heilungsmöglichkeiten sehr kritisch, *U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann* Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 986 f. mwN.

¹⁵⁹ Zu den Funktionsleistungen der Heilung ausführlich *Martin* Heilung (Fn. 32), 179 f., 253 f.; zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der Regelung *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 58; *Schoch* Jura 2007, 28 (29); *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 356; für Verfassungswidrigkeit von § 45 Abs. 2 VwVfG hingegen *Niedobitek* DÖV 2000, 765 ff.; *Sodan* DVBl. 1999, 729 (737 f.); *C.-D. Bracher* DVBl. 1997, 534 (536 ff.); *A. Hatje* DÖV 1997, 477 (484) hinsichtlich der Nachholung einer Anhörung.

die nachgeholte Verfahrenshandlung nicht mehr an die ursprüngliche Verfahrenssituation an.¹⁶⁰ Eine Heilung kann nur gelingen, wenn die Herstellung einer der Ursprungssituation vergleichbaren Situation möglich ist. Diese entscheidungstheoretische Einsicht findet im Gebot realer Fehlerheilung ihr rechtliches Pendant.¹⁶¹

Dem wird die Praxis nicht gerecht. So lässt es die Judikatur für die Heilung eines Anhörungsfehlers¹⁶² genügen, dass der Betroffene im Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme hat,¹⁶³ was die Praxis gern in die Formel übersetzt, bereits durch den Akt der Widerspruchseinlegung werde der Verstoß geheilt.¹⁶⁴

Zu denken gibt die von Vertretern der Praxis geäußerte Hoffnung, erst die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens werde die Behörden

¹⁶⁰ *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 197; *Martin* Heilung (Fn. 32), 257f.; s.a. *Luhmann* Legitimation (Fn. 81), 45: „Verpasste Gelegenheiten kehren nicht wieder. Verspätete Proteste sind unglaublich. Nur durch besondere Kunstgriffe kann schon reduzierte Komplexität wieder geöffnet werden“.

¹⁶¹ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 599; *Schoch* Jura 2007, 28 (29); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 430f.; *Grimm* NVwZ 1985, 865 (872); BVerwG NuR 2004, 795 (798); VG Berlin NJW 2002, 1073.

¹⁶² Im Sinne des rechtlichen Gehörs umfasst die Anhörung – und damit der Anwendungsbereich von § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG – auch die Zuziehung Dritter zum Verfahren und die Gewähr von Akteneinsicht, *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 45 Rn. 24; s.a. BVerwG NVwZ 1984, 578 (579); Die Rspr. hat überdies den Rechtsgedanken des § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG angewandt auf nicht VA-förmige Handlungen, wie etwa dienstliche Beurteilungen, OVG Rh-Pf NVwZ-RR 1992, 370. Die von BVerwGE 75, 214 (227); 98, 126 (129f.) angenommene analoge Anwendbarkeit von § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG auf Planfeststellungsverfahren ist wegen des spezielleren Fehlerfolgenregimes im Fachplanungsrecht abzulehnen. Dies legen überdies die ausdrücklichen Verweise auf §§ 45, 46 VwVfG in § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG nahe; aA *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 15 Rn. 25.

¹⁶³ BVerwGE 54, 276; 66, 111 (114f.); 66, 184 (189f.).

¹⁶⁴ *Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144 (1145f.). Nach richtiger Ansicht muss der Betroffene darauf hingewiesen werden, dass das Widerspruchsverfahren der Heilung des Mangels dient, so auch *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 60; *Schoch* Jura 2007, 28 (31). Umstritten ist, ob der Widerspruchsbehörde die Nachholung der Anhörung bei Ermessensentscheidungen anvertraut werden kann, so der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE 66, 111 (114f.); BVerwG NVwZ 1984, 578 (579); ebenso *Ch. Bumke* GVwR II (Fn. 6), § 35 Rn. 181; *W. Durner* VerwArch 97 (2006) 345 (352); *Schoch* Jura 2007, 28 (30); für die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde hingegen der 3. Senat, BVerwGE 27, 295; 37, 307 (311); 66, 184 (188f.); ebenso *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 47), § 10 Rn. 39; *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 60; *Kopp/Ramsauer* (Fn. 138), § 45 Rn. 26, 40.

zur Beachtung des Verfahrensrechts veranlassen.¹⁶⁵ Ob die Hoffnung berechtigt ist, hängt vor allem von den Folgen seiner Missachtung ab: Das Unionsrecht schließt für seinen Anwendungsbereich eine Fehlerheilung nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens im Regelfall aus.¹⁶⁶ Anhörungsmängel im telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren können nicht nachträglich behoben werden.¹⁶⁷ Auch der rechtswidrige Verzicht auf eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist nicht isoliert heilbar, weil er das Planungs- oder Genehmigungsverfahren von Beginn an infiziert hat.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Kallerhoff* NWVBl. 2008, 334 (337); *Kamp* NWVBl. 2008, 41 (47f.) und *Schönenbroicher* NVwZ 2009, 1144 (1145) verweisen auf die Kostentragungspflicht nach § 155 Abs. 4 VwGO. Indes ist die Judikatur zu den Voraussetzungen des § 155 Abs. 4 VwGO restriktiv, s. BVerwG NVwZ-RR 2010, 550 (551). Die Anreizstruktur der Vorschrift ist überdies zweifelhaft, weil die Kosten nicht der säumige Amtswalter, sondern der Verwaltungsträger trägt; zu Recht entsetzt ob dieses Blicks in den Abgrund des Verwaltungsalltags *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1083). Allerdings zeigen die Erhebungen der Länder in der Tat, dass der Verwaltungsaufwand der Behörden mit der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens gestiegen ist, *Müller-Rommel/Meyer/Heins* (Fn. 38), 147 ff.

¹⁶⁶ EuGH Slg. 1991, I-5505, Rn. 16; EuGH Slg. 1996, I-3547 Rn. 67: Notifizierung nach Art. 108 Abs. 3 AEUV; EuGH Slg. 1979, 321: Anhörung; VGH BW VBIBW 2007, 109; BVerwGE 124, 243 (248f.): aufenthaltsrechtliches Vorverfahren; s.a. *M. Kment* EuR 2006, 201 (223 ff.) mwN. Diese Grundsätze gelten auch für den Vollzug nationalen Rechts, das unionsrechtlich determiniert ist, *Classen* DV 31 (1998), 307 (323 f); *Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (19 ff.); im Grundsatz auch *Sachs* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 138), § 45 Rn. 168. Allerdings verschließt sich das Unionsrecht nicht vollständig verfahrensökonomischen Erwägungen. So hat der Gerichtshof in seiner jüngeren Judikatur die Folgen von unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV bewilligten, aber materiell rechtmäßigen Beihilfen gemildert, EuGH Slg. 2008, I-409: Der Mitgliedstaat ist allein verpflichtet, die ersparten Zinsen für den Zeitraum zwischen Beihilfeauszahlung und Kommissionsentscheidung abzuschöpfen. Hierin liegt im Grundsatz die Anerkennung einer ex nunc-Heilung des Verfahrensfehlers durch die Kommissionsentscheidung; s.a. *Fehling*, in diesem Band, S. 297 ff., zu den Heilungsregeln in anderen Rechtsordnungen.

¹⁶⁷ *Gurlit* in: *Säcker* (Fn. 72), § 13 Rn. 44f., § 135 Rn. 43 ff.; zur Europarechtswidrigkeit einer Heilung im gerichtlichen Verfahren *Kahl* VerwArch 95 (2004) 1 (20f.); *Classen* DV 31 (1998) 307 (324).

¹⁶⁸ Nach § 4 Abs. 3 iVm § 4 Abs. 1 S. 2 Umweltrechtsbehelfsgesetz (URG) bleibt § 45 Abs. 2 VwVfG zwar unberührt; bei rechtswidrigem Unterlassen einer UVP müsste das Genehmigungsverfahren bis zu dem Zeitpunkt, zu dem die UVP-Anforderungen bedeutsam werden, „zurückgedreht“ werden. Dies ist nach § 3a UVPG spätestens der Beginn des Genehmigungsverfahrens. Da nur solche früheren Verfahrenshandlungen verwertet werden dürfen, die keinen Bezug zur UVP haben, läuft dies auf einen Neustart hinaus, *Ziekow* NVwZ 2007, 259 (265 f.); *Kment* NVwZ 2007, 274 (277); *Durner* VerwArch 97 (2006) 345 (377 ff.); wohl auch BVerwGE 131, 352 (360 ff.) mit Modifikationen für den Verzicht auf eine Vorprüfung; anders verhält es sich bei einer bloß fehlerhaften UVP, dazu OVG NRW NuR 2010, 583 (585).

Mit dem fortschreitenden Wegfall des Widerspruchsverfahrens stellt sich das Problem noch grundsätzlicher. Wird das Gebot realer Fehlerheilung ernst genommen,¹⁶⁹ scheidet jedenfalls bei Anhörungsmängeln eine behördliche Heilung während des gerichtlichen Verfahrens aus. Denn die Behörde ist zu diesem Zeitpunkt als Prozesspartei nicht mehr entscheidungsoffen.¹⁷⁰ Indes beraubt diese Einsicht § 45 Abs. 2 VwVfG einen Teil seines Anwendungsbereichs. Es bleibt die Forderung an den Gesetzgeber, jedenfalls die Heilung von Anhörungsmängeln zeitlich auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu beschränken.¹⁷¹

3. Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung

In den Folgen von Verfahrensfehlern für die Sachentscheidung zeigt sich die Ausdifferenziertheit der Rechtsordnung. Bei *Verwaltungsakten* begründen Verfahrensfehler nur selten die Nichtigkeit der Sachent-

¹⁶⁹ Diese Einsicht entspricht allerdings nicht der gerichtlichen Praxis. Entgegen OVG Berlin NVwZ 1993, 198; BayVGH BayVBl. 2004, 149 (150); OVG Bremen NVwZ-RR 1999, 682 heilt das *gerichtliche* Gehör nicht den *behördlichen* Anhörungsmangel; für ein Gebot behördlicher Nachholung BVerwGE 61, 50; 68, 275; BVerwG DÖV 1984, 775; *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 47), § 10 Rn. 39; *Schoch* Jura 2007, 28 (31). Die Möglichkeit einer Fehlerkorrektur nach § 45 Abs. 2 VwVfG hat die Judikatur ausgeschlagen, soweit die Voraussetzungen des § 46 VwVfG vorliegen, BayVGH NVwZ 1982, 514 ff.; zu Recht krit. gegenüber der Missachtung des Vorrangs der Heilung vor der Anwendung der Unbeachtlichkeitsvorschriften *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 63; *Martin* Heilung (Fn. 32), 271 f.

¹⁷⁰ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 620; *Schoch* Jura 2007, 28 (31); *Pünder* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 14 Rn. 61; *Redeker* NJW 2003, 2956 (2957).

¹⁷¹ So auch *Fehling*, in diesem Band, S. 326; *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 300, will offenbar an der Regelung festhalten, bleibt aber Beispiele für einen positiven Anwendungsbereich schuldig. Die von mir vertretene Auffassung trifft sich im Ergebnis mit denjenigen Stimmen, die § 45 Abs. 1 Nr. 3 iVm Abs. 2 VwVfG für verfassungswidrig halten, s. Nachweise Fn. 159. Der Anhörungsmangel ist dann an § 46 VwVfG zu messen, was mE eine „ehrlichere“ Problematisierung ermöglicht; in diesem Sinne wohl auch *S. Müller-Grune/J. Grune* BayVBl. 2007, 65 (69). Anders die Regelung in § 41 Abs. 1 Nr. 3, § 42 S. 2 SGB X, die eine Heilung bis zur letzten Tatsacheninstanz zulassen, bei einem ungeheilten Anhörungsmangel aber einen Aufhebungsanspruch gewähren. – Größere Probleme wirft das Planungsrecht auf. § 75 Abs. 1a VwVfG beschränkt zwar die gerichtliche Verweisung auf eine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren auf Abwägungsfehler, s.a. BVerwGE 128, 76 (79); § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG stellen dieses einen Aufhebungsanspruch ausschließende Instrument aber auch bei Verfahrensfehlern zur Verfügung und verweisen überdies vorsorglich auf §§ 45, 46 VwVfG. Hier sind hohe Anforderungen an das ergänzende Verfahren zu stellen; s. beispielhaft NdsOVG BauR 2010, 1556 (1559f.) zur Heilung eines verfahrensfehlerhaften Flächennutzungsplans nach § 214 Abs. 4 BauGB.

scheidung.¹⁷² Allerdings infizieren sie die Sachentscheidung. Der verfahrensfehlerhaft zustande gekommene und nicht geheilte Verwaltungsakt ist rechtswidrig.¹⁷³ Dass bei *Verwaltungsverträgen* nicht jeder Gesetzesverstoß ihre Unwirksamkeit auslöst,¹⁷⁴ ist Spiegel ihrer höheren prozeduralen Richtigkeitsgewähr. Dem entspricht es, dass gerade die Verletzung von Verfahrensgeboten, wie die unterlassene Beteiligung Dritter, den Vertrag zu Fall bringen kann.¹⁷⁵ Dieser Gedanke ist noch stärker im *Vergaberecht* ausgeprägt. Ein während des Nachprüfungsverfahrens zugeschlagener Auftrag ist nichtig,¹⁷⁶ ein ohne Vergabeverfahren oder unter Verstoß gegen den Informationsanspruch der unterlegenen Bieter erteilt Auftrag verfällt der Unwirksamkeit, wenn der Verfahrensfehler in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht

¹⁷² Gelegentlich wird das Nichtigkeitsschwert zur Vermeidung der Konsequenzen der §§ 45, 46 VwVfG geschwungen, so für das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren *H. D. Jarass* BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 10 Rn. 135, der für eine „größzügige“ Handhabung von § 44 Abs. 1 VwVfG plädiert; ähnlich *J. Dietlein* in: *Landmann/Rohmer Umweltrecht* Bd. I, § 10 (2009) Rn. 281, § 19 (2007) Rn. 44 für die fehlerhafte Wahl der Art des Genehmigungsverfahrens.

¹⁷³ *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 499; *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 102 f., 393 ff.; *Bettermann* FS Ipsen 1977, 271 (289 ff.); *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 208 f.; *H. Meyer* NVwZ 1986, 513 (516 ff.). Soweit *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 66 ff. bei nicht heilbaren Verfahrensfehlern die Rechtswidrigkeit der Sachentscheidung von der Kausalität des Verfahrensfehlers abhängig machen will, überzeugt dies nicht, s.a. *Bumke* ebd., 209.

¹⁷⁴ Während vor Inkrafttreten des VwVfG dem Verwaltungsvertrag eine Wirksamkeitsschwäche attestiert wurde (BVerwGE 49, 359, 362), sorgt das abgestufte Wirksamkeitsmodell nach §§ 54, 59 VwVfG dafür, dass nur schwerwiegende Verstöße gegen das Gesetzmäßigkeitsprinzip die Wirksamkeit beeinträchtigen, dazu *Gurlit* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 32 Rn. 19 ff. Dies relativiert auch nachdrücklich die Bedenken, welche die Verwaltung wegen § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG von Nichtigkeitsfällen umstellt sehen, so *H. Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 138), § 1 Rn. 279; *ders.* NVwZ 2000, 1238 (1241); *H. Butzer* DÖV 2002, 881 (882). Eine geltungserhaltende Reduktion oder eine Heilung, wie sie *U. Stelkens* DV 37 (2004) 193 (202 f.) oder der ME von Bund und Ländern, abgedr. in: *Schmitz* DVBl. 2005, 17 (23), vorschlagen, setzen ein fragwürdiges Signal, weil sie gerade den durch den Verstoß indizierten Machtmissbrauch der Behörde sanktionslos stellen; krit. auch *H. Grziwotz* BauR 2005, 812 (817).

¹⁷⁵ § 58 Abs. 1 VwVfG; aus § 59 Abs. 2 Nr. 2 und 3 VwVfG folgt nicht, dass ein verfahrensrechtswidriger Vertrag nicht auch nach § 59 Abs. 1 VwVfG iVm § 134 BGB nichtig sein kann. Dies kommt etwa in Betracht bei der unterlassenen Beteiligung eines Naturschutzverbandes (§ 63 BNatSchG) beim Abschluss naturschutzrechtlicher Verträge, dazu *Gurlit* Verwaltungsvertrag (Fn. 95), 421 ff.; zu Verfahrensgeboten als Verbotsgesetzen auch *M. Werner* Allgemeine Fehlerfolgenlehre für den Verwaltungsvertrag, 2008, 170 ff.

¹⁷⁶ § 115 Abs. 1 GWB ist ein Verbotsgesetz iSv § 134 BGB, BT-Drs. 13/9340, 20.

wird.¹⁷⁷ Für *schlichtes Verwaltungshandeln* gibt es keine allgemeine Fehlerfolgenlehre.¹⁷⁸ Da schlichtes Handeln unmittelbar die Wirklichkeit verändert oder zumindest darauf abzielt,¹⁷⁹ knüpft auch das Sanktionssystem an reale Zustände an.¹⁸⁰ Prozedurale Vorgaben mögen zwar primäre Abwehransprüche gegen schlichtes Handeln wie zB behördliche Warnungen stärken.¹⁸¹ Ihre Verletzung verweist den Betroffenen aber regelmäßig auf restitutorische Ansprüche.

4. Gerichtliche Kontrolle

Damit gelangen die normexternen Sanktionsmechanismen in den Blick. Die Steuerungsleistungen des Aufsichts- und Haftungsrechts für die Beachtung des Verfahrensrechts sind als gering zu veranschlagen.¹⁸²

¹⁷⁷ § 101b GWB; zur Konstruktion der „schwebenden Wirksamkeit“ *M. Dreher/J. Hoffmann* NZBau 2009, 216. Mit dem Erfordernis einer subjektiven Geltendmachung wird die Rspr. zu § 13 S. 6 VgV aF aufgegriffen, BGH NVwZ 2005, 845 (846 f.).

¹⁷⁸ Zum bisherigen Misslingen einer Systematisierung der Erscheinungsformen *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 8 ff., zu den Grundzügen einer Fehlerfolgenlehre Rn. 20 ff.

¹⁷⁹ Typologisch lassen sich unmittelbar wirksames Tathandeln und Handlungsweisen unterscheiden, die wie insb. informatorisches Handeln über ihre influenzierende Wirkung auf die Gestaltung der Wirklichkeit gerichtet ist, *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 1; *dies.* Jura 2007, 736 (737); *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 52 ff.

¹⁸⁰ *Remmert* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 36 Rn. 6; *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 100.

¹⁸¹ Zu denken ist bei Publikumsinformationen insbesondere an das Gebot einer Anhörung, dazu *R. Käß* WiVerw 2002, 197 (207); *M. Hochhuth* NVwZ 2003, 30; *Hermes* GVwR II (Fn. 6), § 39 Rn. 91; s. als einfachgesetzliche Normierungen zB § 40 Abs. 3 LFGB, § 10 Abs. 4 S. 2 GPSG.

¹⁸² Das Aufsichts- und Haftungsrecht gehört zum Kanon von Reaktionsfolgen für Verfahrensfehler, so nachdrücklich *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn 106; s.a. *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1082); *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 525 ff., 575 ff.; *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 30, 38. Allerdings dürfte dem Aufsichtsrecht nur eine marginale Bedeutung zur Gewährleistung der *Verfahrensrichtigkeit* zukommen: Die Aufsichtsbehörden müssten mit der Verfahrenskontrolle eine Aufgabe erfüllen, der sie in ihrer Rolle als Widerspruchsbehörde bislang nur höchst unvollkommen nachgekommen sind, s. oben II.3.a); generell zur Überschätzung der Steuerung durch Weisung *V. Mehde* Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 446 ff.; viel optimistischer *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1082). – Haftungsrechtliche Institute fungieren als Reparaturbetrieb unzureichender primärer Antworten auf Verfahrensverstöße. Dies zeigte sich etwa bei den – bloß – schadensersatzrechtlichen Folgen der Missachtung des Informations- und Rechtsschutzanspruchs des unterlegenen Bewerbers um ein öffentliches Amt: Seine Verletzung führte wegen des sog. Grundsatzes der Ämterstabilität nicht zur Unwirksamkeit der Ernennung des Konkurrenten, be-

Es bleibt die Frage, ob die gerichtsbezogene Kontrolliererwartung der Verwaltung¹⁸³ eine wirksame Steuerungsressource ist. Ich beschränke mich hierbei auf die subjektivrechtliche Durchsetzung des Verfahrensrechts und die gerichtliche Aufhebung verfahrensfehlerhafter Entscheidungen.¹⁸⁴

gründete aber neben dem Amtshaftungsanspruch einen quasi-vertraglichen Schadensersatzanspruch, BVerwGE 80, 123 (124f.); 107, 29 (31f.); 112, 308 (312); BGHZ 129, 226 (228ff.); s. aber zur Aufgabe dieses Grundsatzes und zu einem primären Aufhebungsanspruch nunmehr BVerwG NVwZ 2011, 358; *Schenke* NVwZ 2011, 321; v. *Roetteken* ZBR 2011, 73. Als Allzweckwaffe zur Sanktionierung von Verfahrensverstößen taugt das Haftungsrecht schon deshalb nicht, weil Verfahrensverstöße nur selten kausal für einen allfälligen Schaden sind: Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens (BGHZ 96, 157, 172ff.) erlangt vor allem bei verfahrensfehlerhaften Amtshandlungen Bedeutung. Maßgeblich ist, ob die zur Verletzung führende Handlung auch bei Vermeidung des Fehlers hätte vorgenommen werden müssen, BGHZ 36, 144 (154); 63, 319 (325); BGH NJW 1983, 2241 (2242). Amtshaftungsrechtliche Bedeutung haben Verstöße gegen Verfahrensvorschriften – entgegen anderslautenden Bekundungen (*U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 [1082]) – bislang nicht gehabt, s.a. *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 83f., 117, 211.

¹⁸³ Zur Kontrolliererwartung als Steuerungsfaktor *Ch. Möllers* GVwR I (Fn. 34), § 3 Rn. 27; zur „Präventivfunktion“ gerichtlicher Entscheidungen *Krebs* Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, 56ff.; speziell zur Verwaltungsgerichtsbarkeit *Mehde* DV 43 (2010) 379 (381ff.); *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 9; zur Breiten- und Tiefenwirkung verfassungsrechtlicher Entscheidungen *Schulze-Fielitz* FS 50 Jahre BVerfG Bd. II, 2001, 385 (395ff.). Ein Beispiel für die Wirksamkeit gerichtlicher Kontrolle als Steuerungsressource ist der Bedeutungsgewinn, den das Vergaberecht mit seiner gerichtsformigen Durchsetzbarkeit erlangt hat, zu diesem Zusammenhang *Ziekow* NVwZ 2005, 263 (264).

¹⁸⁴ § 44a VwGO (in Österreich: § 63 Abs. 2 AVG), der den Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen auf die das Verfahren abschließende Sachentscheidung konzentriert, bewirkt allein eine zeitliche Verschiebung. Entscheidend ist, dass effektiver Rechtsschutz gegen die Sachentscheidung zur Verfügung steht. Unmittelbarer Rechtsschutz gegen Verfahrenshandlungen wird gewährt, wenn schon das Verfahren selbst Rechtsbeeinträchtigungen verursacht wie zB die Offenbarung persönlicher Angaben, die durch den Angriff auf die Sachentscheidung nicht mehr beseitigt werden können, VGH BW DVBl. 1988, 359; BVerwG NVwZ-RR 1997, 663 (664); SächsOVG NVwZ-RR 1999, 209; *Kopp/Schenke* VwGO, 16. Aufl. 2009, § 44a Rn. 8. Dasselbe gilt, wenn schon mit Verfahrenshandlungen selbständige materiellrechtliche Konsequenzen verbunden sind, BVerwGE 134, 368 (376). Sofern in gestuften Verfahren mit phasenweiser Abschichtung des Entscheidungsprogramms isolierter Rechtsschutz gegen verwaltungsaktförmige Zwischenentscheidungen eingeräumt wird, kann hierin allerdings ein Danaergeschenk liegen: Anfechtungsrechte begründen auch Anfechtungslasten; s. BVerwGE 134, 368 (374ff.) zu §§ 55 Abs. 9, § 61 TKG: Anordnung eines frequenzrechtlichen Vergabeverfahrens, die Bestimmung der Vergabeart und die Festlegung der Vergabebedingungen sind jeweils isoliert anfechtbare Verwaltungsakte. Mit dieser Entscheidung hat das BVerwG das überwiegende Schrifttum verblüfft, das

a) Subjektive Verfahrensrechte

In der materiellakzessorischen Konzeption subjektiver Verfahrensrechte¹⁸⁵ spiegelt sich ergebnisbezogenes Denken. Absolute Verfahrensrechte kennt das deutsche Recht nur vereinzelt.¹⁸⁶ Aus den grundrechtlichen Verfahrensgarantien lassen sich kaum einmal absolute Verfahrensrechte gewinnen.¹⁸⁷ Modernisierungspotential offeriert einmal mehr das Europarecht. Dies zeigt sich zum einen in dem vom deutschen Gesetzgeber nur unwillig aufgenommenen Recht auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung,¹⁸⁸ das mittelbar zur Folge

den Rechtsschutz auf die Zuteilungsentscheidung konzentriert sah; zum früheren Lizenzvergaberegime nach §§ 11 ff. TKG aF Ehlers K&R 2001, 1(10); Sachs K&R 2001, 13 (20). Verwaltungsakte, die als Verfahrenshandlungen nicht isoliert angegriffen werden können, erwachsen hingegen nicht in Bestandskraft, M. Eichberger Die Einschränkung des Rechtsschutzes gegen behördliche Verfahrenshandlungen, 1986, 92 f.

¹⁸⁵ BVerwGE 61, 256 (275); 62, 243 (246 f.); 75, 285 (291); 98, 339 (361); BVerwG NVwZ 2008, 795; Analyse bei *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 356 ff.; krit. zur subjektivrechtlichen Marginalisierung des Verfahrensrechts *Quabeck* Die-nende Funktion (Fn. 3), 56 ff.; *Groß* DV 43 (2010) 349 (359 f.). Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH ist § 2 Abs. 1 Nr. 1 URG, der im Grundsatz diese Konzeption in Form der „schutznormakzessorischen“ Verbandsklage auf Verbände erstreckt, OVG NRW NVwZ 2009, 987; s.a. *J. Berkemann* NordÖR 2009, 336; *Ekardt* (Fn. 23), 213 ff.

¹⁸⁶ Am prominentesten das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB als Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, BVerwGE 22, 339 (344 f.); 122, 13 (18); BVerwG NVwZ 2008, 1347 (1348). Das Beteiligungsrecht von Naturschutzverbänden wurde vor der bundesrechtlichen Einführung der altruistischen Verbandsklage als absolutes Verfahrensrecht eingeordnet, BVerwGE 87, 62 (69 f.); 105, 348 (354). Da nunmehr von Bundesrechts wegen auch materielle Fehler gerügt werden können (§ 64 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG), besteht für diese Behelfskonstruktion kein Grund mehr, BVerwGE 121, 72 (76); *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 20), § 15 Rn. 32; *L. Michael* DV 37 (2004), 35 (45); zu einem Sonderfall OVG Hamburg NuR 2010, 500.

¹⁸⁷ Siehe dazu schon oben IV.1; die Unterscheidung von relativen und absoluten Verfahrensrechten hat das BVerfG im Mülheim-Kärlich-Beschluss nicht in Frage gestellt, vielmehr die subjektivrechtliche Beachtlichkeit von Beteiligungsvorschriften zugunsten derjenigen Betroffenen verlangt, die aufgrund ihrer materiellrechtlichen Rechtsposition klagebefugt sind, BVerfGE 53, 30 (66): „Beteiligung klagebefugter Dritter am Genehmigungsverfahren“, ähnlich auch das Sondervotum von *Simon/Heußner* (79), jeweils in Abwendung von der zuvor von einigen Gerichten vertretenen Ansicht, den Verfahrensvorschriften komme als bloßen Ordnungsvorschriften noch nicht einmal relative Bedeutung zu.

¹⁸⁸ Subjektives Recht und Aufhebungsanspruch folgen aus § 4 Abs. 1 und Abs. 3 URG; s.a. HessVGH ZUR 2009, 87; *Ziekow* NVwZ 2007, 259 (261); *Kment* NVwZ 2007, 274 (276, 279); *M. Ogorek* NVwZ 2010, 401 (402 f.); s.a. EuGH NVwZ 2009,

hat, dass auch die Wahl der richtigen Verfahrensart eingeklagt werden kann.¹⁸⁹ Der zweite Trend liegt in der „Materialisierung“ von Verfahrensrechten, wie er insbesondere im Informationszugangsrecht Prominenz erlangt hat.¹⁹⁰

b) *Aufhebung der Sachentscheidung*

Dass die Aufhebung einer Sachentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensverstößes verlangt werden kann, ist kein Spezifikum der deutschen Rechtsordnung. Der Gedanke ist auch dem österreichischen Recht¹⁹¹ und dem Europarecht¹⁹² vertraut, nicht aber dem schweizerischen Recht. § 46 VwVfG beschreibt nicht das Verhältnis von Verfahren und Sachentscheidung, sondern dasjenige von Verfahrensrecht und materiellem Recht. Die Norm setzt indes mit der Trennung von Verfahrensrecht und materiellem Recht Gewissheiten voraus, die dem Verwaltungsrecht seit geraumer Zeit abhanden kommen.¹⁹³ Dies zeigen etwa

1553 *Djurgarden*; bedenklich deshalb NdsOVG NuR 2009, 58 (60); *M. Appel* NVwZ 2010, 473 (477).

¹⁸⁹ Hierzu kommt es, weil vielfach die richtige Verfahrensart vom Erfordernis der Durchführung einer UVP abhängig ist, s. § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. c der 4. BImSchV; § 74 Abs. 6 VwVfG iVm § 17b Abs. 1 Nr. 1 FStrG; § 28 Abs. 1a Nr. 1 PBefG; § 18b Nr. 1 AEG; § 14b Nr. 1 WaStrG. Dies ist pikant, weil der fehlende Drittschutz von Genehmigungserfordernissen ein Mantra der Judikatur ist, s. nur BVerwG NVwZ 1998, 58; BVerwGE 85, 368 (372 ff.); OVG Rh-Pf UPR 2009, 265; NdsOVG NdsVBl. 2009, 44 (48); DVBl. 2010, 1039.

¹⁹⁰ Da § 3 UIG einen materiellen, verfahrensunabhängigen Informationszugangsanspruch begründet, liegt hierin auch das subjektive Recht. Auch die Voraussetzungen des § 44a VwGO liegen schon tatbestandlich nicht vor; aA wohl *Ehlers* in: ders./Schoch (Hrsg.) Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 177, der diese Konsequenz erst dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts entnimmt.

¹⁹¹ Nach § 42 Abs. 2 Nr. 3 lit. c) Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) ist der Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben, wenn Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen wurden, bei deren Einhaltung die belangte Behörde zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Nach der Rspr. reicht für eine Aufhebung aus, dass die Verletzung möglicherweise auf den Bescheidinhalt Einfluss hatte, s. VwGH 91/07/0115.

¹⁹² Zum sog. *harmless error principle* als Doktrin für den Direktvollzug EuGH Slg. 2001, I-5281 Rn. 33 ff.; zu den Anforderungen an die Offenkundigkeit fehlender Kausalität des Verfahrensfehlers *Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (24 f.); *Classen* DV 31 (1998) 307 (327 ff.); *Kment* EuR 2006, 201 (202 ff.); ausführlich zum unionsrechtlichen Fehlerfolgenregime für den direkten und indirekten Vollzug *E. Bülow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007; s.a. *Fehling*, in diesem Band, S. 293 ff.

¹⁹³ Die Abgrenzungsfrage begleitete unter kompetenziellen Vorzeichen schon die Kodifikationsgeschichte des VwVfG. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung annexer Materien war wesentlicher Gegenstand der Wiener Staatsrechts-

die Fragen um die Einordnung des Abwägungsgebots¹⁹⁴ und der Umweltverträglichkeitsprüfung.¹⁹⁵ Als weitere unsichere Kantonisten gelten administrative Konzeptpflichten.¹⁹⁶

§ 46 VwVfG ist weder auf das Phänomen der Prozeduralisierung von Entscheidungen noch überhaupt auf die Bedeutung des Verfahrensrechts für die Sachentscheidung ausgerichtet. Der Kausalitätsmaßstab, den die Norm für das Verhältnis von Verfahrensfehler und Sachentscheidung for-

lehrertagung 1958; s. *Bettermann* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 5), 121 ff., 125, 140 und die Diskussionsbeiträge von *O. Bachof* (216 f.), *H. P. Ipsen* (217 f.), *G. Küchenhoff* (218) und *C.-F. Menger* (219). Mit der Änderung von Art. 84 GG durch die Föderalismusreform stellt sich das Problem unter veränderten Vorzeichen. Erwogen wird, den Begriff des Verwaltungsverfahrens in Art. 84 Abs. 1 GG nF für Zwecke des Abweichungsrechts der Länder eng auszulegen, um insbesondere einen materiellrechtlichen Kompetenztransfer bei sog. doppelgesichtigen Normen zu verhindern, so *Pieroth* in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 5), Art. 84 Rn. 4a; aA *Hermes* in: *Dreier* (Fn. 5), Art. 84 Rn. 53.

¹⁹⁴ Das Abwägungsgebot wird als materielle Anforderung an die Bauleitplanung verstanden. In § 2 Abs. 3 BauGB wird aber ein Teil des Abwägungsvorgangs in das Verfahrensrecht verschoben und mit § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 2 BauGB als Abwägungsverfahren in die Planerhaltungsvorschriften einbezogen, dazu krit. *Erbguth* JZ 2006, 484 (489); *ders.* UPR 2010, 281 (285); s.a. *U. Stelkens* UPR 2005, 81; *Kupfer* DV 38 (2005) 493 (500 ff.); mit europarechtlichen Bedenken *Kment* AöR 130 (2005) 570 (592 ff.).

¹⁹⁵ Ein subjektives Recht auf Durchführung einer UVP wurde von der deutschen Rspr. unter Verweis auf deren bloß verfahrensrechtliche Natur verneint, BVerwGE 100, 238 (251 ff.); 104, 236 (242). Die Kritik hatte sich vor allem an der Einstufung als verfahrensrechtliches Instrument entzündet, *Erbguth* NuR 1997, 261 (265).

¹⁹⁶ Zwischen Konzepten und Konzeptpflichten ist zu unterscheiden, s.a. *Schmidt-Aßmann* *Ordnungsidee* (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 99. Konzeptpflichten sind, soweit sie normativ verankert sind, Maßstab gerichtlicher Kontrolle, hierauf beruhende Konzepte hingegen ihr Gegenstand; zu gesetzlichen Konzeptgeboten etwa § 8 Abs. 2 S. 2 GPSG; zu verfassungsgebotenen Konzeptpflichten MVVerfGH LKV 2000, 149 (154); *B. Wollenschläger* *Wissensgenerierung* (Fn. 16), 202 ff.; zu Konzepten als Kontrollgegenstand VGH BW NVwZ 2004, 498 (504 ff.). Soweit Konzepte der Erzeugung von Rationalität bei offenen Entscheidungsprogrammen dienen – maßgeblich solchen mit administrativen Letztentscheidungsermächtigungen – ist Konsequenz ihre volle gerichtliche Kontrolle mit der weiteren Folge der Aufhebung von nicht hinreichend konzeptualisierten Entscheidungen, so richtig VGH BW NVwZ 2004, 498 (504 ff.). Anderes kann allenfalls dann gelten, wenn das Konzept selbst rechtsförmlicher Art ist und zB als normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift eine spezifische, vorläufige und vorbehaltliche Bindungswirkung entfaltet, dazu BVerwGE 110, 216 (218 f.); 114, 342 (346). Hiervon ist als dritte Ebene die Frage zu unterscheiden, ob die Verwaltung ein – höherrangiges Recht entsprechendes – Konzept beachtet hat, sog. Konzepttreue, dazu *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 123.

muliert,¹⁹⁷ kann nicht die *kompetenziell* bestimmte Kontrollperspektive des Gerichts überspielen.¹⁹⁸ Im Umfang normativer Letztentscheidungs-ermächtigungen¹⁹⁹ läuft die materiellrechtliche Sachentscheidungskontrolle leer. Die beschränkte gerichtliche Kontrollkompetenz und nicht Mutmaßungen über alternative Kausalverläufe sind maßgeblich dafür, dass § 46 VwVfG einer Aufhebung von Ermessensentscheidungen und solchen mit Beurteilungsspielraum nicht entgegensteht.²⁰⁰

Die funktionellrechtliche Abgrenzung der Bereiche von Gerichten und Verwaltung ist die „regulative Idee“, die das Konzept der einzig richtigen Entscheidung am Leben hält.²⁰¹ Sie bleibt durch die Einsicht,

¹⁹⁷ Mit der Verschärfung des Maßstabs durch die Neufassung des § 46 VwVfG im Rahmen des Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetzes sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr nur auf die Alternativlosigkeit des Entscheidungsinhalts, sondern auch auf die Kausalität des Fehlers für die Sachentscheidung abgestellt werden, so BT-Drs. 13/3995, 8; krit. zur Konstruktion der „faktischen Alternativlosigkeit“ B. Schöbener DV 33 (2000) 447 (457 ff.).

¹⁹⁸ So nachdrücklich Krebs DVBl. 1984, 109 (112); ders. Kontrolle (Fn. 183), 92 ff.; Hill Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 115 ff.; Wahl Verwaltungseffizienz (Fn. 40), 176 f.; Quabeck Dienende Funktion (Fn. 3), 71. Eine Begrenzung der Kontrollkompetenz bewirkt indes auch das auf subjektive Rechtsverletzungen beschränkte Kontrollprogramm des § 113 VwGO, dazu Krebs Kontrolle (Fn. 183), 81 ff.; diese und weitere Begrenzungsmechanismen sind aber ihrerseits von der Judikatur teilweise aufge-
weicht worden, dazu Mehde DV 43 (2010) 379 (385 ff., 390 ff.).

¹⁹⁹ BVerfGE 61, 82 (111); 84, 34 (50); 88, 40 (56); 103, 142 (156 f.); 113, 273 (310). Im besten Fall entscheidet der Gesetzgeber – unter Beachtung von Art. 19 Abs. 4 GG – ausdrücklich über die Einräumung administrativer Letztentscheidungskompetenzen, s. etwa § 10 Abs. 2 TKG; im übrigen sind diese durch Gesetzesauslegung zu ermitteln, dazu Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003), Rn. 184 ff.

²⁰⁰ Die Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG auf Entscheidungen mit administrativer Letztentscheidungskompetenz ist im Wesentlichen unstreitig, Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 29; Schoch DV 25 (1992) 21 (46); Grimm NVwZ 1985, 865 (871); aus der Rspr. BVerwG NVwZ 2008, 795 (796). Das Gebot, Spruchreife herzustellen, BVerwGE 69, 198 (201); 85, 368 (379 f.), ist insoweit durch das beschränkte Prüfprogramm modifiziert, Gerhardt ebd. Rn. 8. – Allerdings verweisen § 17e Abs. 6 S. 2 FStrG, § 18e Abs. 6 S. 2 AEG, § 14e Abs. 6 S. 2 WaStrG und § 29 Abs. 3 S. 1 und 2 PBefG für den Umgang mit Verfahrensfehlern im Planfeststellungsverfahren auf § 46 VwVfG. Dem entspricht die planungsrechtliche Judikatur, die bei Verfahrensfehlern ungeachtet des Abwägungsspielraums der Behörde auf die „konkrete Möglichkeit“ einer anderen Entscheidung abstellt, BVerwGE 75, 214; 100, 238; BVerwG NVwZ 2008, 795 (796). Damit wird im Ergebnis die durch das GenBeschlG modifizierte Kausalitätsformel des § 46 VwVfG aufgenommen, krit. zu dieser Diskrepanz Schoch GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 303.

²⁰¹ Für eine Beibehaltung Alexy Juristische Argumentation (Fn. 16), 414; Schoch in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Fn. 20), 543 (551); skeptisch Hoffmann-Riem GVwR I (Fn. 34), § 10 Rn. 64; abl. Grimm NVwZ 1985, 865 (871).

dass auch Entscheidungsprogramme ohne Letztentscheidungsermächtigung in hohem Maße auf verfahrensmäßige Konkretisierung angewiesen sein können, unberührt.²⁰² Die durchaus sensiblere gerichtliche Praxis sucht ihr Heil in der Vorstellung, ein gründliches Nacharbeiten im Prozess könne für ein fehlerhaftes Verwaltungsverfahren kompensieren,²⁰³ verkennet dabei aber den funktionalen Unterschied zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlicher Kontrolle.²⁰⁴

Wechselt man von der gerichtlichen Kontrollperspektive zur Rechtsschutzperspektive des Klägers, so ist die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Verfahrens gerade dann geboten, wenn und soweit die Verwaltung eine materielle Letztentscheidungskompetenz beanspruchen

²⁰² Im Fall der gerichtlichen Letztentscheidungsbefugnis zur Konkretisierung offener Rechtsbegriffe obliegt es eben den Verwaltungsgerichten, die einzig richtige Entscheidung zu treffen, *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 116f.; *Bettermann* FS Menger, 1985, 709 (724f.); *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 28 m. Fn. 165. Zwar ist gerichtliches „Durchentscheiden“ nicht generell geboten, wie § 113 Abs. 3 VwGO erweist. Die Vorschrift ist indes Ausnahmeregelung zum Gebot der Herstellung der Spruchreife, die nur dann Platz greift, wenn die Behörde nach ihrer persönlichen und sachlichen Ausstattung eine Sachverhaltsermittlung besser durchführen kann, BVerwGE 117, 200 (207). § 113 Abs. 3 VwGO ist nicht der angemessene Hebel zur Austarierung der Funktionsbereiche, so auch *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), vor § 113 (1997) Rn. 24, § 113 Rn. 46: § 113 Abs. 3 VwGO setzt gerade die gerichtliche Entscheidungskompetenz voraus; andere Tendenz bei *Schoch* DV 25 (1992) 21 (46f.), s.a. die Überlegungen bei *Fehling*, in diesem Band, S. 302ff.

²⁰³ So *Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz (Fn. 20), 413 (420f.) mit der Erwägung, der Verwaltungsprozess denke das Gebot der Richtigkeitsgewähr fort und erfülle zudem Funktionen der Öffentlichkeit, Befriedung und Akzeptanz; ihm folgend *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²⁰⁴ Der „funktionale Zusammenhang“ von Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Rechtsschutz, entfaltet von *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 15) und von *H. Jochum* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, als normativer Konnex (§§ 68 ff. VwGO) untersucht, muss gerade auch die Eigenrationalitäten der Verfahren wahren, nachdrücklich *Voßkuhle* Das Kompensationsprinzip, 1999, 45 mwN; *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 66; *Schoch* GVwR III (Fn. 79), § 50 Rn. 356ff.; zur mangelnden Kompensationseignung des gerichtlichen Verfahrens *Krebs* DVBl. 1984, 109 (113); *Hufen* DVBl. 1988, 69 (76). Die *Gerhardtsche* Konzeption ist das Spiegelbild zu Erwägungen, unzureichende gerichtliche Kontrollen durch Verwaltungsverfahren auszugleichen, so *Brohm* Dogmatik (Fn. 15), 279. Dass das Verwaltungsverfahren keine umfassende Kompensation bietet, war wesentlicher Ertrag der Referate von *R. Scholz* Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976) 145 (154ff., 211f.) und *Schmidt-Aßmann* ebd., 221 (237f., 265f.). Die „je-desto“-Formel von *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 5), 168f. betonte zwar den funktionalen Unterschied, allerdings verbunden mit einer Geringschätzung der Leistungen des Verwaltungsverfahrens.

kann.²⁰⁵ Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG erfordert zudem eine Aufhebung der Sachentscheidung bei einem Verstoß gegen absolute Verfahrensrechte.²⁰⁶

V. Ausblick

Dem Verwaltungsverfahren kommt Eigenwert zu. Es übernimmt Aufgaben der Richtigkeitsgewähr, der Rechtswahrung und demokratische Funktionen, die im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit unersetzbar sind. Das deutsche Fehlerfolgenregime trägt der Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr nur unzureichend Rechnung; es gibt überdies keine konsistente Antwort auf die weiteren Verfahrensfunktionen.²⁰⁷ Das Europarecht wirkt zwar mit seinem Konzept subjektiver Verfahrensrechte dem allein ergebnisbezogenen Denken entgegen; allerdings kann es nicht Ziel eines Sanktionssystems sein, Ergebnis- und Verfahrenskontrollen gleichsam zu doppeln.²⁰⁸ Vor allem die Ein-

²⁰⁵ Zu den Kontrollmaßstäben bei den unterschiedlichen Formen administrativer Letztentscheidungsermächtigungen ausführlich *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003) Rn. 184 ff.

²⁰⁶ Allein Kompensationsfunktion übernimmt hingegen ein Klagerecht auf gerichtliche Feststellung einer Rechtsverletzung durch eine verfahrensfehlerhafte Entscheidung. Ein solcher Anspruch in analoger Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ist allerdings abhängig von der – umstrittenen – Lesart von § 46 VwVfG. Er steht und fällt mit dem Verständnis, dass § 46 VwVfG nicht die Rechtsverletzung, sondern allein den Aufhebungsanspruch beseitigt, so maßgeblich *Schenke* DÖV 1986, 305 (311, 317 f.); *Hill* Fehlerhaftes Verfahren (Fn. 16), 408; *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 54), § 113 (1997) Rn. 27; *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 241. Er entfällt bei dem – mich nicht überzeugenden – Lösungsvorschlag von *Sachs* GVwR II (Fn. 6), § 31 Rn. 66 ff., der bei nicht heilbaren Verfahrensfehlern das Rechtswidrigkeitsurteil davon abhängig macht, dass sie sich auf das Verfahrensergebnis ausgewirkt haben. Ebenfalls tatbestandlich orientiert ist die Annahme, § 46 VwVfG schließe vor allem wegen der bundesgesetzlichen Anordnung des § 113 Abs. 1 VwGO die Verletzung eines subjektiven Rechts aus, so maßgeblich *Krebs* DVBl. 1984, 109 (111); *Ehlers* DV 37 (2004) 255 (265); i.E. auch *Bumke* Relative Rechtswidrigkeit (Fn. 173), 210 f.

²⁰⁷ Schön herausgearbeitet von *Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen (Fn. 154), 295 ff. unter dem Gesichtspunkt der „funktionsorientierten Verfahrensfehlerfolgen-sanktionierung“. Demgegenüber greift es zu kurz, wenn *Bredemeier* Kommunikative Verfahrenshandlungen (Fn. 16), 366 ff. die fehlende Sanktionierung der externen Funktionen des Verwaltungsverfahrens mit deren fehlender Relevanz für die Sachentscheidung begründet. Denn bestimmte Verfahrensanforderungen wie etwa der Mitwirkungsausschluss nach § 20 f. VwVfG stehen auch im Dienst der externen Funktionen, wie etwa der Akzeptanz.

²⁰⁸ *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 1), 6. Kap. Rn. 149; *E. Franßen* DVBl. 1998, 413 (421); *Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1291); *Dolde* NVwZ 2006, 857 (862). Eine erhöhte

sicht in die funktionellrechtlichen Grenzen einer Kontrolle komplexer Entscheidungsprogramme²⁰⁹ setzt die Idee der einzig richtigen Entscheidung unter Druck. Eine „institutionelle Rücksichtnahme“²¹⁰ der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Rationalität administrativer Entscheidungsprozesse setzt indes Verfahrensstrukturen voraus, die das Verfahren als Medium der Richtigkeitsgewähr glaubwürdig machen.²¹¹ Sie findet ihre Grenzen dort, wo die Verfahrensrichtigkeit keine alleinige Garantin für die Sachrichtigkeit administrativen Entscheidens sein kann.²¹² Gefragt ist letztlich nach einem kohärenten System normativer Letztentscheidungsermächtigungen der Verwaltung,²¹³ in dem das Verwaltungsverfahren einen wichtigen Baustein bildet. Damit sind aber Überlegungen angesprochen, deren Vertiefung ich gern künftigen Referenten überlasse.

gerichtliche Kontrolle des behördlichen Verfahrens müsste aber Konsequenz einer reduzierten materiellrechtlichen Kontrolldichte sein, so schon *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 15), 64ff., inspiriert durch die das deutsche mit dem US-amerikanischen Kontrollmodell vergleichende Studie von *F. Scharpf* Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970.

²⁰⁹ Der ehemalige Präsident des BVerwG *Franßen* DVBl. 1998, 413 (418, 420) sieht durch das gerichtliche Beharren auf der Idee der einzig richtigen Entscheidung einen „Verschleißprozeß“ begründet.

²¹⁰ So *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 6), § 27 Rn. 68; dezidiert aA *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²¹¹ Siehe dazu meine Bedenken hinsichtlich der sog. wissensgenerierenden Verfahren des Stoff- und Produktzulassungsrechts oben III.2.b).

²¹² *Schoch* DV 25 (1992) 21 (28f.); *Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (472); *Ch. Möllers* in: *Trute/Groß/Röhl/Möllers* (Fn. 20), 489 (495ff.); s. beispielhaft die unter III.2.a) genannten bloß kompensatorischen Konzepte im Bereich der Gefahrenvorsorge, die eine materiellrechtliche Steuerung und Kontrolle gerade nicht entbehrlich machen.

²¹³ Gefordert als Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft von *Schmidt-Aßmann* in: *Maunz/Dürig* (Fn. 5), Art. 19 Abs. 4 (2003), Rn. 187. Es liegen beachtliche Arbeiten hierzu vor, s. *Pache* Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 2001; prägnant *Jestaedt* in: *Erichsen/Ehlers* (Fn. 20), § 11 Rn. 12ff. Indes lässt die gerichtliche Praxis gelegentlich Konsistenz vermissen. So hat BVerwGE 81, 12 (17) der Behörde für die Vertretbarkeitsprüfung nach § 15 PflSchG keinen Beurteilungsspielraum gewährt, wohl aber für die Entscheidung über die Prüfung der Sicherheit einer gentechnischen Anlage, BVerwG NVwZ 1999, 1232. Dasselbe soll für die Vertretbarkeitsprüfung im Rahmen der Freisetzungsentscheidung gelten, OVG Berlin NVwZ 1995, 1023. Verfahrensspezifische Gründe werden für die unterschiedliche Einordnung nicht geliefert.

Leitsätze der 1. Referentin über:

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

I. Der Verfahrensgedanke in der jüngeren Entwicklung des Verwaltungsrechts

(1) Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts bildet die Vielfalt der Verwaltungsverfahren nicht ab. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens iSd VwVfG wurde kompetenziell und nicht konzeptionell bestimmt. Der Vorrang des materiellen Rechts vor dem Verfahrensrecht (§ 46 VwVfG) ist Ausdruck ergebnisbezogenen Denkens.

(2) Insbesondere der Mülheim-Kärlich-Beschluss des BVerfG ließ Verfahren als Verheißung erscheinen. Das Verfahren erhielt grundrechtliche Weihen, zugleich wurde seine Bedeutung als Medium der Sachrichtigkeit von Entscheidungen anerkannt und fortentwickelt.

(3) Die „Beschleunigungsgesetzgebung“ hat die Bedeutung des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr in Frage gestellt. Indessen setzt das europäische Recht vielfach auf prozedurale Steuerungsmechanismen, die dem Verfahren eine wesentliche Bedeutung für das sachrichtige Entscheiden zuweisen.

(4) Aktuelle Herausforderung ist die Koppelung verfahrens- und organisationsrechtlicher Steuerungsansätze, wie sie etwa dem Modell des One-Stop Government zugrunde liegt.

II. Funktionen von Verwaltungsverfahren

(5) These I: Die Entgegensetzung von „Eigenwert“ und „dienender Funktion“ ist ein sprachliches Missverständnis. Jedes Verfahren steht im Dienst von außerhalb seiner selbst liegenden Zielen. Der Wert des Verwaltungsverfahrens bestimmt sich nach der Eigenständigkeit seines Beitrags zur Zielerreichung.

1. Bezugspunkte von Funktionsaussagen

(6) *Funktionszuweisungen müssen normativ unterfangen sein. Die Ermittlung der tatsächlichen Funktionsleistungen des Verwaltungsverfahrens ist Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft.*

(7) *Gegenständlicher Bezugspunkt von Funktionsaussagen ist der Verwaltungsauftrag, der eine effektive und effiziente Aufgabenerfüllung fordert.*

2. Funktionen entscheidungsbezogener Verfahren

(8) *These II: Das Verwaltungsverfahren leistet einen Beitrag zur Sachrichtigkeit der Entscheidung. Die Eigenständigkeit des Verfahrens als Medium der Richtigkeitsgewähr nimmt mit abnehmender Steuerung durch das materielle Recht zu. Aus entscheidungsbezogener Perspektive ist unerheblich, ob die dem Verfahren anvertraute Bedeutung durch eine normative Letztentscheidungsermächtigung abgesichert ist. Die Beibehaltung der Formel von der einzig richtigen Entscheidung ist Kompetenzfrage.*

(9) *Das Verfahren hat rechtswahrende Funktion. Es schützt die Interessen und Rechte der Beteiligten unabhängig von ihrer subjektivrechtlichen Durchsetzbarkeit. Den Grundrechten lassen sich konkrete Vorgaben für die Ausgestaltung des Verfahrens nur selten entnehmen. Der Steuerungsmix von verfahrens- und materiellrechtlichen Regelungen ist eine legislative Gestaltungsaufgabe.*

(10) *In der selbstbestimmten Mitwirkung an der Gemeinwohlkonkretisierung (Partizipation) verwirklichen sich auch demokratische Funktionen des Verwaltungsverfahrens. Transparenzgebote sind im Anwendungsbereich der Informationsfreiheitsgesetze zudem grundrechtlich fundiert. Sie sprengen die beteiligtenbezogene Zentrierung des Verwaltungsverfahrens auf.*

(11) *Die Suche nach Entscheidungsakzeptanz darf nicht gegen die Rechtsbindung ausgespielt werden, kann aber im Rahmen von Ermessensspielräumen berücksichtigt werden.*

III. Verfahren und Sachentscheidung

1. Entscheidungsorientierung von Verfahren

(12) *Das VwVfG beschreibt das entscheidungsbezogene Verwaltungsverfahren nicht abschließend. Zu einem konzeptionellen Verfahrensbegriff rechnen überdies die inneren Verfahren der Verwaltung, die auf die Herstellung administrativer Rationalität gerichtet sind.*

2. Exemplarische entscheidungsbezogene Verfahrenstypen

(13) *Der Typus des schlichten Handelns findet sich u.a. im Gefahrenabwehrrecht. Für informatorische Eingriffe setzt das BVerfG auf eine materiellrechtliche Steuerung. Prozedurale Instrumente wie insbesondere administrative Konzepte zur Konkretisierung ereignis- und verdachtsloser Maßnahmen der Gefahrenvorsorge haben allein kompensatorische Funktion. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Entfesselung eines proaktiven, allgegenwärtigen Staates dürfen nicht in den Arenen exekutiver Konzeptbildung bestimmt werden.*

(14) *These III: Der Beitrag sog. wissensgenerierender Verfahren zur Sachrichtigkeit von Entscheidungen bedarf differenzierter Analyse. Die Verfahren des Stoff- und Produktzulassungsrechts können eine Richtigkeitsgewähr solange nicht übernehmen, wie sie sich nicht für einen freien Zugang externen Sachverständs öffnen.*

(15) *Das Vergaberecht als Prototyp des Verteilungsverfahrens vertraut die Sachrichtigkeit nicht einer kommunikativ-kooperativen Rechtskonkretisierung an. Vielmehr ist die strikte Einhaltung des Verfahrensrechts Garant der Sachrichtigkeit.*

3. Organisatorische Entkoppelungen von Verfahren und Sachentscheidung

(16) *These IV: Die organisatorische Entkoppelung von Verfahren und Sachentscheidung darf weder die Richtigkeitsgewähr gefährden noch die rechtsschützenden Mechanismen des Verfahrens außer Kraft setzen. Ob sie darüber hinaus positive Effekte hat, hängt davon ab, ob die Funktion der in das Verfahren einbezogenen Stelle durch angemessene Organisation abgesichert wird.*

(17) *Die funktionell-organisatorische Trennung von Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde kann unter Wahrung der Richtigkeitsgewähr und des Rechtsschutzes akzeptanzstiftende Wirkung haben. Hingegen ist die Verfahrensstufung und organisatorische Trennung von Präsidentenkammer und sachlich zuständiger Beschlusskammer im telekommunikationsrechtlichen Marktregulierungsverfahren organisierte Ineffizienz und bringt den Präsidenten zudem in einen Rollenkonflikt. Die unionsrechtlich geforderte Rolle eines Verfahrenspartners des Antragstellers können die Einheitlichen Stellen nur übernehmen, wenn das Landesrecht hierzu Stellen bestimmt, die sich gerade mit dieser Aufgabe identifizieren.*

IV. Folgen der Missachtung des Verfahrensrechts

(18) Die Verfassung stellt bei Verfahrensverstößen einen Sanktionsrahmen bereit. Auch aus einer Verletzung von grundrechtsgebotenem Verfahrensrecht folgt noch nicht, dass auch die Sachentscheidung den grundrechtlichen Freiheitsanspruch verletzt.

(19) Die Heilung eines Verfahrensverstößes kann nur gelingen, wenn die Herstellung einer der Ursprungssituation vergleichbaren Situation möglich ist. Diese entscheidungstheoretische Einsicht findet im Gebot realer Fehlerheilung ihr rechtliches Pendant. Dem wird die Praxis nicht gerecht. Wird das Gebot realer Fehlerheilung ernst genommen, scheidet jedenfalls bei Anhörungsmängeln eine behördliche Heilung während des gerichtlichen Verfahrens aus. Der Gesetzgeber ist gefordert, insoweit die Heilungsmöglichkeit zeitlich auf den Abschluss des Verwaltungsverfahrens zu beschränken.

(20) Die Folgen verfahrensfehlerhaften Handelns für die Sachentscheidung sind vielgestaltig und vor allem handlungsformabhängig.

(21) Die Steuerungsleistungen des Aufsichts- und Haftungsrechts für die Beachtung gerade des Verfahrensrechts sind gering. Entscheidend ist deshalb die gerichtliche Kontrollerwartung der Verwaltung.

(22) In der dem deutschen Recht eigenen materiellakzessorischen Konzeption subjektiver Verfahrensrechte spiegelt sich ergebnisbezogenes Denken. Modernisierungspotential offeriert das Europarecht.

(23) These V: § 46 VwVfG ist weder auf das Phänomen der Prozeduralisierung von Entscheidungen noch überhaupt auf die Bedeutung des Verfahrensrechts für die Sachentscheidung ausgerichtet. Der Kausalitätsmaßstab, den die Norm für das Verhältnis von Verfahrensfehler und Sachentscheidung formuliert, kann nicht die kompetenziell bestimmte Kontrollperspektive des Gerichts überspielen.

(24) Ein Nacharbeiten im Prozess kann wegen des funktionalen Unterschieds zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlicher Kontrolle nicht für ein fehlerhaftes Verwaltungsverfahren kompensieren.

V. Ausblick

(25) Dem Verwaltungsverfahren kommt Eigenwert zu. Es übernimmt im Verhältnis zur Gerichtsbarkeit unersetzbare Funktionen. Das Fehlerfolgenregime trägt diesem Eigenwert wegen der „regulativen Idee“ der einzig richtigen Entscheidung nicht angemessen Rechnung. Gefragt ist nach einem kohärenten System administrativer Letztentscheidungsermächtigungen, in dem das Verwaltungsverfahren einen wichtigen Baustein bildet.