

Dritter Beratungsgegenstand:

Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

2. Referat von Professor Dr. *Michael Fehling*, Hamburg

Inhalt

	Seite
I. Einführung	280
II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren	281
1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen	281
a) Eigenwert des Verfahrens auch unabhängig vom Ergebnis (nicht instrumentelle Funktion)	282
b) Eigenwert des Verfahrens für ein rechtmäßiges und darüber hinaus sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall	284
2. Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?	286
3. Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens	287
III. Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive	289
1. Reichweite von Verfahrensgarantien	289
2. Folgen von Verfahrensfehlern	292
a) Unbeachtlichkeit	293
b) Heilungsmöglichkeiten	297
3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle	299
a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen	299
b) Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle	300
c) „Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung	302
d) Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle	304
IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht	307
1. Rechtsverteidigung	307

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung	309
3. Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte (Vergabe-)Verfahren	311
4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren	313
5. Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)	315
V. Folgerungen	317
1. Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung	317
2. Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens	317
3. Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens	318
4. Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens	319
VI. Europäische und rechtsvergleichende Impulse für eine ökonomische Perspektive	322
1. Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem	322
2. Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren	324
VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung	325

I. Einführung

Wer den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens betont, will damit das Bewusstsein dafür schärfen, dass das Verfahren einen zentralen Beitrag zur Sicherung der Rechtmäßigkeit und Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen leisten muss.¹ Häufig verbindet sich damit aber auch ein Appell zum Umsteuern weg von einer, wie es heißt, zu einseitigen Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts und hin zu einer Orientierung auf Verfahrensgerechtigkeit und Verfahrenskontrolle.²

So berechtigt das erste Anliegen ist, so fragwürdig erscheint mir das zweite. Weder die Rechtsvergleichung noch das Unionsrecht rechtfertigen das pauschale Verdikt, das deutsche Verwaltungsverfahrensrecht sei unterentwickelt. Eine Aufwertung des Verfahrensgedankens gestaltet sich bereichsspezifisch ganz unterschiedlich und kann nur in wenigen Rechtsgebieten und unter besonderen Voraussetzungen mit einem Ausbau förmlicher Verfahrensschritte bei gleichzeitiger Beschränkung der materiellen Gerichtskontrolle gleichgesetzt werden. All dies möchte ich im Folgenden näher darlegen.

* Für die kritische Durchsicht verschiedener Entwurfsfassungen und manche Anregung gebührt Gabriele Britz, Christian Bumke und Hermann Pünder besonderer Dank. Für Kommentare aus der verwaltungsgerichtlichen Praxis bin ich Achim Bostedt und Tobias Frische dankbar. Meinen Mitarbeitern Sascha Arnold, Dennis Bodenbenner, Neele Christiansen, Mirja Müller, Henning Wendt und Henning Wienstroth danke ich für fruchtbare Diskussionen und unverzichtbare Hilfe bei der Recherche.

¹ Statt vieler *H. Hill* Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, 202f.; *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 10 Rn. 100; *H. Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 13 Rn. 1 u. 11.

² Grundlegend *J. Schwarze* Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, 58 ff., allerdings vor Pauschalierungen warnend; *E. Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 4. Kap. Rn. 75; *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 103 ff.; *I. Appel* Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (274); *W. Kahl* DV 42 (2009), 463 (472 ff.); *K.-P. Dolde* NVwZ 2006, 857 (862 f.); zurückhaltender *E. Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2008, § 27 Rn. 66 ff.: Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme; im Vergleich mit den USA vgl. *F. Scharpf* Die politischen Kosten des Rechtsstaats, 1970, insbes. 41 ff.

II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren

1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen

Verwaltungsverfahren³ können kein Selbstzweck sein. Ihr Eigenwert kann sich aus einer Verbesserung der Sachentscheidung ergeben (instrumentelle Funktion), aber auch unabhängig vom Ergebnis aus anderen, entscheidungsexternen (insoweit nicht instrumentellen) Funktionen.⁴

³ Darunter werden hier über § 9 VwVfG hinaus alle diejenigen Vorgänge der Informationsgewinnung und -verarbeitung in der Verantwortung eines Trägers öffentlicher Verwaltung verstanden, welche auf Einzelmaßnahmen ausgerichtet sind. Dies schließt Verfahren nach Privatrecht oder informeller Natur mit ein, ebenso staatliche Verfahrensanteile in Strukturen regulierter Selbstregulierung. Über das Verhältnis zum Bürger hinaus (äußeres Verfahren) sind auch inner- und interadministrative (verwaltungsinterne) Verfahren mit mittelbarem Außenbezug sowie das innere Verfahren im Sinne der behördlichen Entscheidungsfindung als Gedanken-, Willens- und Argumentationsprozess erfasst. Das hier zu behandelnde Thema führt zu zwei Einschränkungen gegenüber dem verbreiteten weiteren Begriff des Verwaltungsverfahrens: Den Vorgaben des Vorstands folgend bleiben Verfahren der exekutiven Normsetzung ausgeklammert. Zuden stehen eingrenzend entscheidungsbezogene Verfahren im Vordergrund, weil sich die Frage nach dem Eigenwert des Verfahrens in erster Linie dort stellt, wo mit einer wie auch immer gearteten Maßnahme (die kein Verwaltungsakt sein muss) und dem dafür maßgeblichen materiellen Recht ein Gegenpol zum Verfahren existiert. Wegen des allgemeineren Erkenntnisinteresses ohne diese Einschränkungen zB *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 1; *H.C. Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 2.

⁴ In der Sache ähnliche Unterscheidung zB bei *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466); *H.A. Wolff* FS Scholz, 2007, 977 (978); *M. Burgi* JZ 2010, 105 (108); die Grundkategorien von „instrumentellen Verfahrensvorschriften“ und solchen „mit Selbstzweckcharakter“ finden sich auch bei *M. Morlok* Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel kommunaler Satzungen, 1988, 90 ff. u. 139 ff., der als zusätzliche Kategorien „Vorschriften reiner Verfahrensgerechtigkeit“ und „heteroteleologische Verfahrensvorschriften“ unterscheidet; diese zusätzlichen Zwecke lassen sich jedoch bei den beiden Hauptkategorien einordnen (vgl. auch die Kritik von *C. Ladenburger* Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, 296 mit dortiger Fn. 26); von einem engeren Begriff der instrumentellen Funktion, die er der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren gegenüberstellt, geht *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (24 f.) aus. Die hier zugrunde gelegte Unterscheidung hat den Vorteil, dass sie auch rechtsvergleichend anschlussfähig ist: Vor allem in England wird teilweise von einer *instrumental* bzw. *non-instrumental justification* von Verfahrensvorschriften gesprochen; s. *P. Craig* Administrative Law, 6. Aufl. 2008, Rn. 12–002, unter Hinweis auf *J. Resnick* Due Process and Procedural Justice, in: Pennock/Chapman (Hrsg.) Due Process, 1977, 217; aus der Rechtsprechung wird verwiesen auf *R v. Secretary of State for the Home Department Ex p. Doody* (1994) A.C. 531 (551), wo das Recht eines Häftlings, die Begründung für die Dauer seiner Haft bis zu einer möglichen Entlassung zu erfahren, zweifach begründet wird: zum einen mit dem „menschlichen Be-

a) *Eigenwert des Verfahrens auch unabhängig vom Ergebnis
(nicht instrumentelle Funktion)*

Für einen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens ohne Rücksicht auf das Resultat lassen sich verschiedene Gesichtspunkte anführen. Rechtsvergleichend im Vordergrund steht die Betonung der Menschenwürde durch Subjektstellung im Verfahren;⁵ in diese Richtung weist auch Häberles Figur des *status activus processualis*.⁶ Erweiterte Partizipationsrechte ersetzen zwar nicht die klassischen Formen demokratischer Legitimation, stärken aber womöglich den demokratischen Gemeinsinn der Bürger, das Bewusstsein ihrer Mitverantwortung für die öffentlichen Angelegenheiten.⁷ Dieses Ziel spiegelt sich auf europäischer Ebene nun auch in Art. 11 Abs. 1–3 EUV wider.⁸ Durch Verfahrensgerechtigkeit und Transparenz will man zudem die Akzeptanz der Entscheidung fördern, selbst bei einem für die Betroffenen nachteiligen Ergebnis.⁹ Dabei darf das Verfahren gerade nicht als ein bloßes Ritual

dürfnis“, die Gründe zu kennen (d.h. *non-instrumental*) und zum anderen mit der Hoffnung, dann Fehler in der Entscheidung aufzeigen zu können (d.h. *instrumental*). In den USA kennzeichnen manche Autoren die Linie des *Supreme Court* als *instrumental approach* und stellen dem eine *dignitary theory* gegenüber; besonders deutlich J. L. Mashaw *Due Process in the Administrative State*, 1985, 102, 104, 117, 162, 165. In Frankreich scheinen zwar entsprechende Begriffe nicht gebräuchlich, doch der Sache nach werden diese Funktionen etwa bei der *enquête publique* unterschieden; näher vergleichend Ladenburger ebd. 295 ff.

⁵ J.L. Mashaw/R.A. Merrill/P.M. Shane *Administrative Law*, 6. Aufl. 2009, 356; E. Rubin 72 Cal.L.Rev. (1984), 1044 (1109 mwN); vgl. auch Mashaw (Fn. 4), 162 ff.; G. Della Cananea 15 Columbia Journal of European Law (2009), 511 ff.; für Deutschland besonders F. Kopp *Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht*, 1971, 16 ff.; Hill (Fn. 1), 200 f. Dieser Aspekt kommt in spezifischer Form zum Tragen, wo die personelle Zuwendung das Verwaltungshandeln prägt, wie in der Beratungstätigkeit (Sozialarbeit, Kinder- und Jugendhilfe, Drogenhilfe); s. H. Schulze-Fielitz *GVwR I* (Fn. 1), § 12 Rn. 44.

⁶ P. Häberle *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.).

⁷ Pünder in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 13 Rn. 14; A. Fisahn *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002, insbes. 216 ff.; F. Ossenbühl *NVwZ* 1982, 465 (466); skeptischer W. Schmitt Glaeser *Partizipation an Verwaltungsentscheidungen*, VVDStRL 31 (1973), 179 (109 ff.); zur historischen Entwicklung des Partizipationsdiskurses A.-B. Kaiser *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009, 136 ff.

⁸ Noch deutlicher zuvor im Weißbuch „Europäisches Regieren“, KOM (2001) 428 endg.; zum Ganzen näher K. Gärditz *DÖV* 2010, 453 (456 f.); zum Weißbuch auch W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 9 (18 f.).

⁹ Hill (Fn. 1), 212 f.; T. Würtenberger *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996, 31 ff. u. 64 ff.; ders. *NJW* 1991, 257 (258 f. u. 260 f.); zum Zusammenhang mit der Unparteilichkeitssicherung M. Fehling *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Ge-*

zur Ruhigstellung der Betroffenen missverstanden werden, wie es bei *Luhmanns* Konzeption einer „Legitimation durch Verfahren“ anklingt.¹⁰ Vielmehr soll das Vertrauen der Bevölkerung in die staatlichen Institutionen auch allgemein gestärkt werden, getreu der angelsächsischen *Maxime*: „Justice should not only be done but [...] seen to be done“¹¹.

Alle diese Ziele sind erstrebenswert, lassen sich aber nur ansatzweise erreichen.¹² Denn letztlich zählt für die Betroffenen doch in allererster Linie das Ergebnis.¹³ Nicht instrumentelle Verfahrensfunktionen kön-

staltungsaufgabe, 2001, 84 ff.; für die USA z. B. *M. Asimov* 39 U.C.L.A.L. Rev. (1992), 1067 (1127 f.); *P. Verkuil* 43 U. Chi.L.Rev. (1976), 739 (740 u. 752 ff.). Die an der Akzeptanzsuche gelegentlich geäußerte Kritik betrifft weniger die Verfahrensgestaltung als die (angeblich) zu große inhaltliche Kompromissbereitschaft; übersteigernd *M. Ronellenfitsch* in: Blümel/Pitschas (Hrsg.) Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1984, 303 (305 f. u. 312 ff.); dagegen in der Diskussion zu Recht *R. Wahl* in: ebd., 334; abgewogen *R. Steinberg* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 295 (298 f.); *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (31 f.).

¹⁰ Wenn er allein auf das tatsächliche Akzeptieren von Entscheidungen im Sinne eines wertfreien Sichabfindens abstellt (*N. Luhmann* Legitimation durch Verfahren, 1978, 33 u. 40 ff.) – und auch dies nur für Gerichtsverfahren, während er Verwaltungsverfahren von Legitimations- und Akzeptanzbürden entlasten will (ebd. 210 f., zu Ausnahmen 216 f.). Zur kritischen Rezeption in der Rechtswissenschaft zuletzt *F. Wittreck* in: Stollberg-Rilinger/Krischer (Hrsg.) Herstellung und Darstellung von Entscheidungen, Beiheft 44 der Zeitschrift für historische Forschung, 2010, 65 ff., zur Abgrenzung der Konzeption *Luhmanns* von einem gerechtigkeitsorientierten Verfahrensverständnis ebd. 75 u. 82 f.

¹¹ *Lord Hewart* in *R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy*, 1924, I.K.B.259. Auch in Deutschland vielfach aufgegriffen, zB von *Kopp* (Fn. 5), 44 f.; *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 46.

¹² Zum geringen Akzeptanzerfolg des klassischen Erörterungstermins *G. Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 818 ff., gestützt auf empirische Untersuchungen von *A. Bora* Zur Notwendigkeit einer früheren Einbeziehungen der Öffentlichkeit s. unten IV. 2. mit Fn. 114.

¹³ Empirische Untersuchungen dazu scheinen zu fehlen, doch gibt es entsprechende Indizien, etwa die geringe Akzeptanz der Verfahrensformalisierung im Vergaberecht; vgl. zum Vereinfachungsziel der Vergaberechtsreform im Jahr 2009 unten V. 3. mit Fn. 155. Allgemein ähnlich *J. Pietzcker* Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193 (195): „Der Bürger sieht das Verwaltungsverfahren nur als Weg zur Verwirklichung seiner Rechte und dringt auf unbürokratische Entscheidung“, ferner ebd. 211. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass etwa personelle Zuwendung und respektvoller Umgang in der Arbeits- und Sozialverwaltung ebenfalls wichtig sind (wozu es keineswegs ausreicht, die Betroffenen als Kunden zu bezeichnen) und dass breite Partizipationsrechte in Großverfahren auch deshalb notwendig erscheinen, um einem demokratischen Engagement aushöhlenden Ohnmachtsgefühl der Bürger vorzubeugen (*H. Rossen-Stadtfeld* GVwR II [Fn. 2], § 29 Rn. 8 u. 10, spricht von der appellativen, motivierenden und aktivierenden Funktion von Öffentlichkeitsbeteiligung).

nen daher regelmäßig nicht allein stehen. Wohl aber können sie ergebnisbezogene Funktionen ergänzen – bei Partizipationsrechten etwa geht es auch um Informationsbeschaffung¹⁴ und Interessenverarbeitung – und so den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens insgesamt stärken.¹⁵

- b) *Eigenwert des Verfahrens für ein rechtmäßiges und darüber hinaus sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall*

Im Regelfall und vorrangig speist sich der Eigenwert des Verfahrens aus dessen instrumenteller Funktion als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts.¹⁶ Die produktive, die Problemlösungskapazität der Verwaltung erhöhende Rolle des Verfahrens tritt besonders hervor, wo es Entscheidungsspielräume sachgerecht auszufüllen gilt,¹⁷ wie oftmals im Umweltrecht oder bei der Regulierung der Netzwirtschaften. Dabei vermögen ausgebaute Verfahrensgarantien sogar Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolldichte zu kompensieren.¹⁸

¹⁴ Hervorgehoben von M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490).

¹⁵ Für die Fehlerfolgen behält die Unterscheidung jedoch eine auch rechtsdogmatische Bedeutung: Je weiter der nicht instrumentelle Wert von Verfahrensvorschriften reicht, um so näher liegt bei Verstößen die Einordnung als absoluter und damit in teleologischer Reduktion von § 46 VwVfG stets beachtlicher Verfahrensfehler; in diese Richtung bereits Hill (Fn. 1), 372.

¹⁶ Topos von R. Wahl Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 151 (153); aufgegriffen zB von F. Hufen Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rn. 8; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 65; F. Schoch in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 50 Rn. 298.

¹⁷ Hoffmann-Riem GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 100f. mwN.

¹⁸ Allgemein schon W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 245 (279); ferner statt vieler F. Ossenbühl NVwZ 1982, 465 (466). Insbesondere im Telekommunikationsrecht bewirkt das europäische Richtlinienrecht eine Reduzierung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte, weil es weitreichende Ermessensspielräume für die nationalen Regulierungsbehörden fordert und eine vollständige gesetzliche Programmierung teilweise verbietet, dies im scharfen Gegensatz zum klassischen deutschen Verständnis von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung als eng begrenzter Ausnahme und einem weit reichenden materiell-rechtlichen Vorbehalt des Gesetzes; korrespondierend fordert das Unionsrecht einen Ausbau der Verfahrenskontrolle, bezogen zum einen auf die gestuften Mitwirkungsstrukturen im europäischen horizontalen wie vertikalen Verfahrensverbund, zum anderen auf die Verfahrensanforderungen als Grenze von Beurteilungs- und Ermessensermächtigungen; kennzeichnend BVerwGE 131, 41 (insbes. Rn. 14 ff., 21 f., 47 ff., 63 ff.) – Anrufzustellung im Mobilfunk; vgl. auch BVerwGE 130, 39 (Rn. 28 ff. u. 31) zur Bedeutung der vorherigen Antragstellung im Verwaltungsverfahren; kritisch zur Absenkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte im Regulierungsrecht z.B. K. Gärditz NVwZ 2009, 1005 (1007 f.); abgewogen J.-P. Schnei-

Aber selbst bei gebundenen Entscheidungen muss das Verfahren das notwendige Wissen generieren,¹⁹ mit dessen Hilfe es erst möglich wird, die aus der Kontrollperspektive einzig rechtmäßige Entscheidung aufzufinden.²⁰ Wenn etwa in der Hartz-IV-Administration missverständliche Formulare, ungenügende Beratung und eine schlechte Koordination von Bundesagentur und Jobcentern zu massenhaft fehlerhaften Bescheiden führen,²¹ so zeugt dies von der Schlüsselrolle der Verfahrensgestaltung auch in weiten Bereichen der Massenverwaltung.

Die spezifische Richtigkeitsgewähr durch Verwaltungsverfahren²² verleiht diesem einen Eigenwert nicht nur gegenüber dem materiellen

der in: Fehling/Ruffert (Hrsg.) *Regulierungsrecht*, 2010, § 22 Rn. 22 ff. Im Umweltrecht grundlegend zum Grundrechtsschutz durch Verfahren BVerfGE 53, 30 (65 ff., noch deutlicher im Sondervotum 75 ff.) – Mülheim-Kärlich; die besondere Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften mit der Folge der Einschränkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte bei darauf gestützten Entscheidungen wird nicht zuletzt damit begründet, dass sie „entsprechend der Art ihres Zustandekommens“ (insbes. „Anhörung beteiligter Kreise“, § 51 BImSchG) ein hohes Maß an Sachverstand verkörpern, BVerwGE 110, 216 (219 mwN) u. BVerwG, NVwZ 1995, 994 f.; zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums im Gentechnikrecht wegen des europarechtlich vorgesehenen verfahrensrechtlichen Konfliktlösungsmechanismus unter Einschaltung der EU-Kommission s. OVG Lüneburg, NuR 2009, 566 (599). Wie BVerfGE 110, 33 (67 f.) für das Polizei- und Ordnungsrecht deutlich gemacht hat, ist eine Kompensation materiell-rechtlicher Programmierungsdefizite durch Verfahrensgarantien jedoch nicht grenzenlos möglich, weil sonst das Bestimmtheitsgebot ausgehöhlt würde; dazu R. Poscher DV 41 (2008), 345 (350 mwN).

¹⁹ Dazu statt vieler I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin (Hrsg.) *Generierung und Transfer staatlichen Wissens im Verwaltungsrecht*, 2008; M. Eifert *Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch*, VVDStRL 67 (2008), 286 (325 ff.); B. Wollenschläger *Wissensgenerierung im Verfahren*, 2009; viel früher schon Hill (Fn. 1), 211 f.

²⁰ Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollperspektive W. Schmidt *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, 1982, Rn. 97; Wahl *Verwaltungsverfahren* (Fn. 16), 160 f.; W. Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.) *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, 115 (125 ff.). Zur Gesetzesanwendung als Prozess arbeitsteiliger Rechtskonkretisierung statt vieler Schuppert (Fn. 12), 514 ff.; s. aber auch schon K.A. Bettermann *Das Verwaltungsverfahren*, VVDStRL 17 (1959), 118 (139). Der zunächst weite Korridor der Möglichkeiten wird erst im und durch Verfahren Schritt für Schritt auf eine Entscheidung hin verengt; zu diesem progressiv-sequentialistischen Charakter von Verfahren schon Morlok (Fn. 4), 99 f.; Schmitt Glaeser *Partizipation* (Fn. 7), 194 f.; vgl. auch R. Pitschas *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, 1990, insbes. 28 ff., 126 ff. u. 687 ff.

²¹ So der Sozialrichter M. Kanert im Interview, *Badische Zeitung* vom 3. 8. 2010, 5.

²² Zum über bloße Rechtmäßigkeit hinausgehenden Gehalt von Richtigkeit Hoffmann-Riem in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (26 ff.); Hoffmann-Riem *GVwR I* (Fn. 1), § 10 Rn. 67 ff. u. 101 mwN.

Recht und dessen Gerichtskontrolle, sondern auch gegenüber dem gerichtlichen Verfahren. Das Gerichtsverfahren ist der Grundkonzeption nach kein verbessertes Verwaltungsverfahren;²³ vielmehr besitzen beide ihr eigenes, unterschiedliches Potential zur Informationsverarbeitung und Konfliktlösung.²⁴

2. *Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?*

Oftmals ist von der dienenden Funktion des Verfahrens die Rede.²⁵ Damit wird – mit den Worten des Verfassungsgerichts – „im allgemeinen zum Ausdruck gebracht, dass das Verwaltungsverfahren kein ‚Wert an sich‘ sei, sondern zum Erlass materiell rechtmäßiger und zweckmäßiger Verwaltungsakte beitragen soll“.²⁶ Dienend ist aber nicht gleichzusetzen mit geringwertig oder gar bedeutungslos;²⁷ die instrumentelle Ausrichtung von Verfahrensrechten sagt nichts über deren Gewicht.²⁸ Wenn z. B. materielle Steuergerechtigkeit durch

²³ Anders tendenziell noch *Bettermann* Verwaltungsverfahren (Fn. 20), 173 ff. u. 244 f.; zum historischen Kontext der Kodifikationsdiskussion *Kaiser* (Fn. 7), 82 f.; vgl. auch BVerwGE 48, 271 (276 f.) wonach die Bestandskraft der Ablehnung eines nachträglichen Baugenehmigungsantrags nicht mit der Rechtskraft eines Gerichtsurteils gleichgesetzt werden könne, wenn und weil der Verwaltungsakt nicht in einem Verfahren ergangen sei, das „eine dem Gerichtsverfahren vergleichbare [...] Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung“ biete. Vgl. auch unter Fn. 86.

²⁴ *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 101.

²⁵ Im Ausland findet sich Vergleichbares seltener. Für Frankreich s. *Ladenburger* (Fn. 4), 183, zu Ausnahmen 445 f.; *E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer* EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (101), mit Verweis auf *Debbasch/J.-C. Ricci* Contentieux administratif, 5. Aufl. 1990, 804: „La forme n'est qu'un moyen au service d'une fin“. Im angelsächsischen Bereich spricht man eher von *instrumental justification*, s. oben Fn. 4.

²⁶ BVerfGE 105, 48 (60) – Rückwirkung im Sozialrecht.

²⁷ *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (978); *F. Wollenschläger* Verteilungsverfahren, 2010, 694; der Sache nach auch *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 19 Rn. 8. Zuzugeben ist, dass in der Rspr. die Formel von der „dienenden Funktion“ fälschlicherweise gelegentlich zur Abwertung des Verfahrensgedankens verwendet wird, s. BVerwGE 92, 258 (261), wo daraus die fehlende Klagbarkeit von Verfahrensbeitragsrechten, denen keine materielle Rechtsposition entspricht, hergeleitet wird; vgl. auch BVerwGE 105, 348 (354). Kritik an diesem in Deutschland verbreiteten abwerten den Verständnis z. B. bei *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 586 ff.; *Ladenburger* (Fn. 4), 302 f.

²⁸ Vgl. *Morlok* (Fn. 4), 92, wonach die Verdeutlichung des Bezugs verfahrensrechtlicher Vorschriften zu den materiellrechtlichen Zielen, denen diese zu dienen bestimmt sind, die Dignität des materiellen Rechts auf das Verfahren übertrage; für die Entscheidungsbegründung in rechtsvergleichender Perspektive *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (389). Zum dienenden, zweckhaften Charakter des Verfahrensrechts auch dort, wo es eine schwache materiell-rechtliche Programmierung kompensieren soll, s. *M. Pöcker* Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, 35 ff., insbes. 40 ff.

ein effektives Steuererhebungsverfahren hergestellt und so gleichheitswidrige Vollzugsdefizite abgebaut werden müssen,²⁹ so dient das Verfahren allein der Durchsetzung des zwingenden Steuerrechts, besitzt dafür aber einen erheblichen, durch nichts zu ersetzenden Eigenwert.

Dienende Funktion und (instrumenteller) Eigenwert des Verfahrens sind damit kein Gegensatz, sondern die zwei Seiten einer Medaille.³⁰

3. Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens

Das Wort Eigenwert ist positiv konnotiert.³¹ Doch kann das Verfahren auch eine negative Eigenständigkeit dadurch gewinnen, dass es dysfunktional instrumentalisiert wird. Viel beschworen wird die Gefahr des Missbrauchs von Verfahrensrechten zur Verzögerung und Blockade politisch kontroverser Großprojekte.³² In jüngster Zeit an Bedeutung gewinnt der Verdacht der Instrumentalisierung von Verfahren zum Ausspähen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Konkurrenten könnten namentlich in Regulierungsverfahren für Netzzugangsentgelte und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren über ihr Aktenein-

²⁹ BVerfGE 110, 94 (113 ff.) – Spekulationsgewinnbesteuerung; E 84, 239 (278 ff.) – Zinsbesteuerung; dazu J.-P. Schneider GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 164.

³⁰ Ähnlich M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490); C. Quabeck Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung, 2010, 11 ff. u. 284, der (ebd., 14) davon eine „nur dienende Funktion“ unterscheidet; Schneider GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 1; ebenso im Erstreferat E. Gurlit Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), unter II. 1. Anders freilich die vorherrschende Begriffsverwendung, die „dienend“ eben doch gleichsetzt mit rein untergeordneter, geringer Bedeutung; so mit Kritik an diesem Zustand z.B. Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 4 u. 64 f.; R. Wahl DVBl. 2003, 1285 (1287).

³¹ Dementsprechend ist vom Eigenwert des Verwaltungsverfahrens durchweg nur die Rede, wenn dessen für die Rechtsordnung wichtige legitimatorische (im weitesten Sinne), produktive oder kompensatorische Funktionen betont werden sollen.

³² Besonders drastisch Ronellenfisch in: Blümel/Pitschas (Fn. 9), 303 (311); abgewogener Rossen-Stadtfeld GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 71. Allerdings wird man dabei über die Grenze zwischen produktiver, der Wissensgenerierung förderlicher Interessenartikulation und dysfunktionaler Verzögerung oft streiten können. Gewiss können Verzögerungen auch einmal zu besserer wissenschaftlicher oder politischer Einsicht führen, doch darf dies nicht als „katechontische Wirkung“ des Verfahrens (B. Schlink Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL 48 [1990], 235 [259]) überhöht werden, Verzögerung an und für sich ist nicht sinnvoll; s. H. Schulze-Fielitz in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 139 (149); Schmidt-Aßmann Ordnungsidee (Fn. 2), 1. Kap. Rn. 32.

sichtsrecht Einblick in die betriebliche Kalkulation des Netzbetreibers bzw. siegreichen Bieters erlangen.³³

Bei der Suche nach einem angemessenen Verfahrensdesign muss auch dieses Missbrauchspotential elaborierter Verfahren einbezogen werden. Einer Verzögerungsstrategie in Großverfahren lässt sich mit Präklusionsvorschriften entgegenwirken, ohne den produktiven Eigenwert des Verfahrens zu verkürzen.³⁴ Schwieriger gestaltet sich dies beim Risiko eines Ausspähsens von Geheimnissen. Während bei Gericht das In-Camera-Verfahren einen Ausweg bietet,³⁵ bleibt im Verwaltungsverfahren nur das Schwärzen entsprechender Passagen in den Akten (vgl. § 29 Abs. 2, § 30 VwVfG) und Ersetzung durch eine Zusammenfassung,³⁶ was jedoch die Rechtsverteidigung Drittbetroffener spürbar beeinträchtigen kann.³⁷

³³ Für das Regulierungsrecht *M. Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 21 Rn. 124; *D. Hausberg* Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das Akteneinsichtsrecht der Beteiligten in Entgeltgenehmigungsverfahren nach dem Telekommunikationsgesetz und dem Postgesetz, 2004, 73 ff. Für das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren *M. Fehling* in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovationsfördernde Regulierung, 2009, 139 (138 ff.). Partiiell verallgemeinerungsfähig *K. Schmidt* Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren, 1992, 83 ff. – Erfahrungen in den USA wecken zudem die Befürchtung, die neuen allgemeinen Informationszugangsrechte könnten nicht zuletzt von Unternehmen mit dem Ziel genutzt werden, die Konkurrenz auszuspähen; allgemein: *M. Asimow/R.M. Levin* State and Federal Administrative Law, 3. Aufl. 2009, 479: „Many requests appear to involve efforts by one business to obtain information about another business for private gain“; *A. Theuer* NVwZ 1996, 326 (333) berichtet unter Verweis auf *E. Gurlit* in: Winter (Hrsg.) Öffentlichkeit von Umweltinformationen, 1990, 521, dass in den USA ca. 80 % aller Informationsgesuche unmittelbar oder mittelbar von konkurrierenden Unternehmen gestellt werden. In Frankreich seien es hingegen vor allem Private, die Umweltinformationen nach dem französischen Äquivalent zum UIG erfragten, hierzu *A. Turiaux* Umweltinformationsgesetz, 1995, § 8 Rn. 72.

³⁴ Zur entsprechenden Mitwirkungslast als Korrelat des Mitwirkungsrechts *W. Schmitt Glaeser* in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, 35 (66 ff.); Überblick mwN bei *Schneider* GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 80 f.; kritischer *Rossen-Stadtfeld* GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 21.

³⁵ BVerwGE 118, 352 ff.; BVerfGE 115, 205 ff.; BVerwGE 127, 282 ff.; vgl. auch EuGH, Slg. 2008, I-581 Rn. 55 – Varec SA/Belgien; EuGH, Slg. 2006, I-6675 Rn. 38 ff. – Mobistar/IBPT.

³⁶ Eine entsprechende Regelung findet sich zwar nur in den Informationsfreiheitsgesetzen (z.B. § 1 Abs. 2 IFG; § 3 Abs. 2 UIG; § 5 Abs. 1 VIG), doch sollte dies als Anforderung an die behördliche Ermessensausübung auf § 29 Abs. 2 VwVfG übertragen werden.

³⁷ Etwas anders stellt sich die Lage im Vergaberecht dar: Die Vergabekammer hat nach § 111 Abs. 2 GWB die Einsicht in die Unterlagen zu verweigern, soweit dies zur

III. Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive

Als Prüfsteine für den Eigenwert, den eine Rechtsordnung dem Verwaltungsverfahren im Vergleich zum materiellen Recht beimisst, dienen traditionell die Verfahrensgarantien und besonders die Folgen von Verfahrensfehlern sowie die stärker prozedurale oder ergebnisorientierte Ausrichtung des gerichtlichen Rechtsschutzes. Hier werden dem deutschen VwVfG-Normalverfahren oftmals erhebliche Defizite im Vergleich zu ausländischen Rechtsordnungen und zum Unionsrecht nachgesagt.

Eine genauere Betrachtung vermag dies jedoch für nur wenige Aspekte zu bestätigen. Man darf dabei nicht isoliert auf die Verfahrensfehlerfolgen blicken, sondern muss diese im Kontext der jeweiligen Rechtsordnung betrachten: Je schwächer Verfahrensgarantien ausgeprägt sind, desto geringer ist der Problemdruck in Richtung einer Abmilderung der Fehlerfolgen.³⁸ Je großzügiger Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt werden, desto weniger dürfen Verfahrensfehler folgenlos bleiben.

I. Reichweite von Verfahrensgarantien

Klammert man (wie hier insgesamt) die administrative Normsetzung aus und betrachtet nur Einzelfallentscheidungen,³⁹ so erweisen sich die VwVfG-Verfahrensgarantien im Normalverfahren als vergleichsweise weitreichend. Namentlich das Anhörungsrecht ist in Frankreich und sogar in England und den USA im Normalfall des nichtförmlichen Verfahrens⁴⁰ keineswegs weiter als in Deutschland. Auch im Ausland exis-

Geheimniswahrung geboten ist; ob der Kammer dabei ein Abwägungsspielraum zusteht, ist umstritten (dafür die hM, zB *J. Gröning*, NZBau 2000, 366 [368]; aA *M. Dreher* in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.] GWB-Kommentar, 4. Aufl. 2007, § 111 Rn. 16). Unterlagen, in die die Einsicht verweigert wurde, dürfen von der Vergabekammer bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden (*Dreher* ebd., § 111 Rn. 18), was den Rechtsschutz wahrt, aber die Entscheidungsrichtigkeit gefährdet.

³⁸ Vgl. für Frankreich *Ladenburger* (Fn. 4), 321 f.

³⁹ Zum entsprechenden, hier zugrunde gelegten Begriff des Verwaltungsverfahrens oben Fn. 3.

⁴⁰ Als Gegenbeispiel für sehr weit reichende Anhörungs- und sonstige Verfahrensrechte dienen oft die USA; grundlegend *Scharpf* (Fn. 2), insbes. 17 ff.; zuletzt *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 14 Rn. 57 iVm § 13 Rn. 27; für die Entscheidungsbeurteilung auch *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (390). Dies liegt jedoch an der Fixierung auf das auch dort seltene justizähnliche förmliche Verfahren (*formal adjudication*, §§ 554, 556, 557 Federal Administrative Procedure Act – APA; dazu im

tieren Lücken für Drittbetroffene und bei der Ablehnung von Leistungsbegehren, ja selbst in bipolaren Eingriffskonstellationen ist nicht durchweg eine Anhörung garantiert.⁴¹ Im Unionsrecht setzt die Anhö-

Einzelnen *Assimov/Levin* [Fn. 33], §§ 4.1.–4.3.; *F. Erath* Förmliche Verwaltungsverfahren und gerichtliche Kontrolle, 1995, 62 ff.; mit besonderem Fokus auf die Unparteilichkeitssicherungen *Fehling* Unparteilichkeit [Fn. 9], 100 ff.). Selbst wenn man etwas häufigere hybride spezialgesetzliche Verfahren (sofern das Fachgesetz nur ein *hearing* vorschreibt, ist damit keine *formal adjudication* vorgeschrieben, dafür muss es vielmehr zusätzlich die Formulierung *on the record* enthalten; dazu *R. Pierce* Administrative Law Treatise, Bd. 1, 2010, § 8.2.) mit berücksichtigt (zur Verfahrensvielfalt und mit Verweis auf weitere empirische Studien *M. Asimov* 56 Admin. L. Rev. [2004], 1003), werden doch die allermeisten (wohl über 90 %) Verwaltungsverfahren für Einzelmaßnahmen als *informal adjudication* abgewickelt; so *R.J. Pierce, Jr./S.A. Shapiro/P.R. Verkuil* Administrative Law and Process, 5. Aufl. 2009, 365, auch zur Diskrepanz zwischen akademischem Fokus und praktischer Relevanz; *G.J. Edles* 55 Admin L. Rev. (2003), 787 (791); vgl. auch *W. Brugger* Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, 240.

⁴¹ In den USA besteht im nichtförmlichen Normalverfahren mangels gesetzlicher Regelung im *Federal Administrative Procedure Act* (APA) ein Anhörungsrecht nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen *due process*-Garantie, welche auf Eingriffe in *life, liberty and property* beschränkt ist. Diese Begriffe werden vom *Supreme Court* zwar seit den 1970er Jahren etwas weiter verstanden, insbesondere ist die klassische Beschränkung auf *rights* im Gegensatz zu *privileges* (iSv staatlich gewährten Rechten wie zB eine Anstellung im öffentlichen Dienst, hierzu *Mashaw/Merrill/Shane* Administrative Law [Fn. 5], 376 ff.) weggefallen; grundlegend *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 262 (1970). Doch die Gerichte legen diese Begriffe immer noch so restriktiv aus, dass nicht einmal bei adressatenbezogenen Eingriffsakten ein lückenloses Anhörungsrecht existiert; der Vorschlag, *liberty* über die persönliche (Bewegungs-)Freiheit hinaus weit zu verstehen als individuelle Freiheit, von einer unzulässigen Verwaltungsentscheidung verschont zu bleiben (hierzu *Pierce/Shapiro/Verkuil* [Fn. 40], 257 ff., *W.W. Van Alstyne* 62 Cornell L. Rev. [1977], 445 [487]), hat sich nicht durchgesetzt; detaillierte Rechtssprechungsanalyse bei *Pierce* (Fn. 40), § 9.3. Inwieweit Drittbetroffene *due process*-Rechte genießen, bleibt unklar; Überblick bei *Mashaw/Merrill/Shane* ebd., 417 ff. Schutzpflichten und daraus folgende Verfahrensrechte werden kaum anerkannt: ein drastisches Beispiel bildet *Town of Little Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748 (2005). Bei der Versagung von Leistungen liegt regelmäßig nur dann ein Eingriff (*deprivation*) in *property rights* vor, wenn zuvor gewährte (Sozial-)Leistungen, auf die – wie nur selten – ein gesetzlicher Anspruch besteht (*entitlement*), nicht verlängert oder widerrufen werden; Überblick bei *Pierce* ebd., 775 ff.; vgl. insbes. – dort freilich im Zusammenhang mit funktionaler Privatisierung – *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan*, 526 U.S. 40 (1999); zusammenfassend zur regelmäßigen Ablehnung eines Anhörungsrechts für Drittbetroffene und bei Leistungsbegehren *J. L. Mashaw* 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (120).

In England ist die allgemeine Garantie der Verfahrensfairness des Common Law (*duty to act fairly*) Grundlage des Anhörungsrechts, heute auch über justizähnliche Verwaltung hinaus und nicht auf Verwaltungsakte im deutschen Sinne beschränkt; grundlegend *Ridge v. Baldwin* (1964) AC 40. Schon ein Eingriff in schutzwürdige In-

rung ebenfalls grundsätzlich eine drohende Sanktion oder jedenfalls nachteilige Maßnahme voraus (vgl. Art. 41 Abs. 2 lit. c GrCh);⁴² Drittbetroffene sind nur anzuhören, soweit spezialgesetzlich angeordnet.⁴³

Interessen oder aus der bisherigen Verwaltungspraxis gespeiste legitime Erwartungen reicht aus; dazu näher *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–013 ff.; von einer Ausdehnung von *rights* auf teilweise auch *privileges* sprechen *H. Woolf/J. Jowell/A. Le Sueur* *De Smith's Judicial Review*, 6. Aufl. 2007, Rn. 6–046. Dadurch ist das rechtliche Gehör tendenziell etwas weiter als nach § 28 VwVfG, doch bleibt ein erheblicher Wertungs- und Abwägungsspielraum im Einzelfall. Drittbetroffene müssen auch hier nur selten angehört werden, vor allem bei der Konkurrenz um knappe Vergünstigungen und Genehmigungen; näher: *Woolf/Jowell/Le Sueur* ebd., Rn. 7–024 ff. In einer Verpflichtungssituation (*mandatory order*) wird eine Anhörung verbreitet dann gefordert, wenn der Antrag aus Erwägungen abgelehnt werden soll, die dem Antragsteller ersichtlich noch nicht bekannt sind; vgl. *W. Wade/C.F. Forsyth* *Administrative Law*, 10. Aufl. 2009, 459 f. Teilweise wird abgestuft zwischen der Entziehung einer Genehmigung (wozu es eines *full hearing* bedarf), der verweigerten Verlängerung einer Genehmigung sowie dem bloßen Antrag auf Genehmigung; dazu mit Plädoyer für eine Betrachtung des Einzelfalls *Craig* ebd., Rn. 12–022; näher *Woolf/Jowell/Le Sueur* ebd., Rn. 7–005 ff.

In Frankreich wurden ein Anhörungs- und damit eng verbunden auch ein Akteneinsichtsrecht zunächst von der Rechtsprechung äußerst restriktiv nur für eng verstandene Maßnahmen mit Sanktionscharakter gewährt; zur Entwicklung *Ladenburger* (Fn. 4), 36 ff. Durch gesetzliche Kataloge sind diese Verteidigungsrechte mittlerweile aber spürbar erweitert worden; näher *ders.* ebd., 44 ff.; zur Erweiterung über den Zentralstaat hinaus s. Art. 24 de la loi n° 2000–321 du 12 avril 2000 i.V.m. Art. 1 und Art. 2 de la loi n° 79–587 du 11 juillet 1979; *T. v. Danwitz* *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 56 ff. Doch noch immer werden nicht einmal alle adressatenbezogenen Eingriffsmaßnahmen erfasst (vergleichend, *Ladenburger* ebd., 121 f.), erst recht nicht drittbelastende Maßnahmen (*M. Fromont* *Droit administratif des États européens*, 2006, 217; *Ladenburger* ebd., 45 f.) und die Ablehnung von Begünstigungen (*Fromont* *Droit administratif* ebd., 217); so auch *E. Eisenberg* *Die Anhörung des Bürgers im Verwaltungsverfahren und die Begründungspflicht für Verwaltungsakte*, 1999, zusammenfassend 236 f.

⁴² Vgl. EuGH, Slg. 1974, 1063 Rn. 15 – Transocean Marine Paint; EuGH, Slg. 1991, I-3187 Rn. 15 – Al-Jubail Fertilizer. Dem Charakter als Verteidigungsrecht entsprechend besteht der Anhörungsanspruch zunächst für den (potentiellen) Adressaten eines Beschlusses; s. *J. Schwarze* *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2005, 1276 f.; *P. Craig* *EU Administrative Law*, 2006, 314.

⁴³ Wie verbreitet auf Antrag im Kartell-, Fusionskontroll- und Antidumpingrecht, näher mit Auflistung von Vorschriften *M. Fehling* in: Terhechte (Hrsg.) *Europäisches Verwaltungsrecht* (im Erscheinen), § 12 Rn. 34; mit Tendenz zur Verallgemeinerung (als „einfache“ im Gegensatz zur „förmlichen“ Anhörung) *Danwitz* (Fn. 41), 425 f.; demgegenüber im Unionsrecht erhebliche Lücken des Anhörungsrechts für Drittbetroffene konstatierend *G. Britz* *FS Fachbereich Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen*, 2007, 115 (122 ff.); daraus schließend, dass „das EG-Recht keineswegs von puristischer Verfahrensfreundlichkeit gekennzeichnet“ sei, *W. Kahl* *VerwArch* 95 (2004), 1 (30 f.). Außerhalb solcher spezieller Verbürgungen besteht keine Pflicht, Dritte anzuhören; etwa EuG, Slg. 1998,

Eine allgemeine Begründungspflicht für Verwaltungsentscheidungen ist sowohl Frankreich als auch England und den USA unbekannt.⁴⁴ Sie findet sich nur in § 39 VwVfG und im Unionsrecht (Art. 296 AEUV, Art. 41 Abs. 2 lit. c GrCh). Somit sind die Verfahrensgarantien, was die Begründung anbelangt, im Ausland sogar schwächer ausgeprägt als in Deutschland. Insoweit ist dann auch der Problemdruck in Richtung einer Abmilderung der Fehlerfolgen geringer.

2. Folgen von Verfahrensfehlern

Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen für Verfahrens- und Formfehler sind keine deutsche Eigenheit. In allen hier untersuchten

II-2405 Rn. 59f. – British Airways; K. Pfeffer Das Recht auf eine gute Verwaltung, 2006, 142 ff. mwN; zum Beihilfenaufsichtsverfahren H.P. Nehl Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, 300 ff.; für das Recht auf gute Verwaltung am Beispiel des mitgliedstaatlichen Vollzugs der KartellVO Britz ebd., 115 (124).

⁴⁴ In Frankreich betrachtete der Staatsrat die knappe gesetzliche Auflistung von begründungspflichtigen Entscheidungen grundsätzlich als abschließend, dazu G. Braibant/B. Stirn Le droit administratif français, 7. Aufl. 2005, 295 f.; R. Chapus Droit administratif général, Bd. 1, 15. Aufl. 2001, Rn. 1323; Ladenburger (Fn. 4), 29 unter Verweis auf C.E. vom 9. 12. 1983, Vladescu, Rec. S. 497. Immerhin sind die meisten Eingriffsakte im zweiseitigen Rechtsverhältnis erfasst, Danwitz (Fn. 41), 55. Nicht einbezogen sind jedoch Drittbelastungen und die Versagung von Leistungen bei den – in Frankreich häufigen – Fällen einer Genehmigung mit Ermessen; s. Art. 1 de la loi n° 79–587 du 11 juillet 1979; näher Ladenburger ebd., 29 ff.

Das Common Law und damit England sieht traditionell im Fairnessgebot keine allgemeine formelle Begründungspflicht garantiert. Allerdings bewegt sich die Rechtsprechung, in Anbetracht vieler fachgesetzlicher Regelungen und unter dem Einfluss des Unionsrechts, langsam in Richtung eines allgemeinen Grundsatzes; zum Ganzen Craig (Fn. 4), Rn. 12–034; Woolf/Jowell/Le Sueur (Fn. 41), Rn. 7–091; ähnlich Danwitz (Fn. 41), 38; G. Kleve/B. Schirmer in: Schneider (Hrsg.) Verwaltungsrecht in Europa, Bd. 1, 2007, 35 (109). Im Übrigen kann sich aus Rechtsschutzerwägungen indirekt eine Begründungspflicht ergeben, weil sonst der Rechtsschutz erschwert ist, eine Ermessensausübung tendenziell willkürlich erscheint und die Verwaltung ihrer Beweislast kaum genügen kann, auch legitime Erwartungen können eine Begründungspflicht hervorrufen; dazu Craig (Fn. 4), Rn. 12–033.

Sogar in den USA findet sich eine gesetzliche Begründungspflicht im Verfahren der *informal adjudication* nur in Randbereichen, nämlich bei der Ablehnung eines schriftlichen Antrags einer interessierten Person gemäß § 555(e) APA, nicht aber bei sonstigen belastenden Einzelmaßnahmen (die erweiternde Auslegung in Heckler v. Chaney, 470 U.S. 821, 841 f. [1985] [Marshall, J. concurring] hat sich nicht durchgesetzt); zum Ganzen näher Pierce (Fn. 40), § 8.5, insbes. 719; zur Herleitung eines Begründungserfordernisses zur Effektivierung eines *hearing-Rechts* s. J. L. Mashaw 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (106f.). Zum möglichen Erfordernis einer Begründung zur Rechtfertigung der Ermessensausübung s. unten III. 3. b).

Rechtsordnungen finden sich, mehr oder minder ausgeprägt, funktionale Äquivalente.

a) Unbeachtlichkeit

Auch in England und Frankreich und sogar im Unionsrecht zeigt sich die Tendenz, bei rechtlicher Alternativlosigkeit eine Verwaltungsentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben. Diese Konstellation hat dort aber eine ungleich geringere Bedeutung als bei § 46 VwVfG, weil gebundene Entscheidungen in diesen anderen Rechtsordnungen selten sind.⁴⁵

Selbst bei Ermessensentscheidungen sind keineswegs alle Verfahrensfehler beachtlich.⁴⁶ In den USA gilt die *harmless error doctrine* (§ 706 Federal Administrative Procedure Act – APA: „rule of prejudicial error“).⁴⁷ Danach wird je nach vertretener Auffassung entweder

⁴⁵ Für Frankreich vgl. *G. Lebreton Droit administratif général*, 4. Aufl. 2007, Rn. 54; *Ladenburger* (Fn. 4), 170, vergleichend 307; *J. Pietzcker FS Maurer*, 2001, 695 (699); zu den weiterreichenden Ermessensspielräumen gerade auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen s. unten Fn. 55 sowie III. 3. d) mit Fn. 92; im Übrigen wird ein Aufhebungsinteresse schon dann angenommen, wenn die schwierige Einschätzung eines streitigen Sachverhalts (*appréciation de faits litigieux*) erforderlich ist (*Chapus Droit administratif* [Fn. 44], Rn. 1255; *Ladenburger* ebd., 184 ff.), denn es besteht grundsätzlich, keine Pflicht der Gerichte zur selbstständigen Sachverhaltsaufklärung, vgl. unten Fn. 61.

Für England vgl. *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 424; aus der Rechtsprechung als seltenes Gegenbeispiel *R. v. Ealing Magistrates Court ex P Fanneran* (1996) 8 Admin. LR 351, 356 (Staugham).

Für das Unionsrecht *B. Bredemeier Kommunikative Verfahrenshandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, 2007, 479 f.; vgl. EuGH, Slg. 1983, 2191 Rn. 7 – Jean-Jacques Geist/Kommission; EuGH, Slg. 1987, 2229 Rn. 20 – Theano Souna/Kommission; EuG, Urteil vom 31. 1. 2008, T-95/06 Rn. 126; vgl. EuG, Slg. 1996, II-195 Rn. 37 ff. – Frederick Farrugia/Kommission.

Im Vergleich zusammenfassend zuletzt *U. Stelkens DVBl.* 2010, 1078 (1084 f.).

⁴⁶ Pointiert *R. Wahl DVBl.* 2003, 1285 (1292): „Keine Rechtsordnung der Welt hält alle und jeden Verfahrensfehler für beachtlich“; aufgegriffen von *M. Kment EuR* 2006, 201 (204 ff.).

⁴⁷ Nach *Shinseki v. Sanders*, 129 S. Ct. 1696, 1704 ff. (2009) ergibt sich aus § 706 APA a.E., dass im Verwaltungsrecht die gleichen *harmless error*-Grundsätze Anwendung finden wie im Zivilprozessrecht; hierzu auch *C.R. Luthman* 16 Fed. Cir. B.J. 2006/2007, 509 (515 f.). Folgende Kriterien sind maßgeblich: (1) Die Wahrscheinlichkeit, dass das Resultat ohne den Fehler anders ausgefallen wäre. (2) Die Frage, welcher Spruchkörper (Jury, Untergericht, Verwaltungsbehörde) entscheidungsbefugt war. (3) Die wahrscheinlichen Auswirkungen des Irrtums auf die Wahrnehmung der Entscheidung als fair sowie auf die Integrität und das öffentliche Ansehen des in Rede stehenden (Verwaltungs-)Handelns. Diese Kriterien müssen einzelfallbezogen flexibel gehandhabt werden, doch sind empirisch gestützte Verallgemeinerungen nicht ausgeschlossen. Zusammenfassend *R. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (3 ff.).

darauf abgestellt, ob der Verfahrensfehler den maßgeblichen Sachverhalt als Grundlage der Entscheidung (*record*) oder – vereinzelt – ob er das Ergebnis beeinflussen konnte.⁴⁸ In Frankreich sieht man nach der *théorie des moyens inopérants* bei unbedeutenden Verstößen und unwesentlichen Förmlichkeiten ausnahmsweise von einer Aufhebung der Entscheidung ab.⁴⁹ Vergleichsweise streng scheint zunächst das englische Recht. Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Entscheidung wird nur in Ausnahmefällen gefordert; bei Verstößen gegen das Anhörungserfordernis als *principle of natural justice* besteht sogar die Tendenz, die Entscheidung durchweg für nichtig zu erklären.⁵⁰ Doch haben die Gerichte bei der Gewährung von Rechtsschutz, bei der Bestimmung der genauen Reichweite der Verfahrensrechte und bei der Auswahl der Sanktionen jeweils einen gewissen Spielraum, den sie auch dazu nutzen, von einer im Einzelfall unangemessenen Aufhebung der

⁴⁸ *Record-based-standard* mit Beweislast beim Kläger zB in Gerber v. Norton, 294 F.3d 173 (D.C. Cir. 20020); der Behörde wird die Beweislast anscheinend eher in Fällen des *informal rulemaking* aufgebürdet, zB Shell Oil Co. v. EPA, 950 F.2d 741, 752 (D.C. Cir. 1991). Der *outcome-based standard* wurde zugrunde gelegt zB in Kurzon v. United States Postal Service, 539 F.2d 788 (1st Cir. 1976). Eingehend zum Ganzen mit kritischer Analyse der wenig systematischen Rechtsprechung (die sich im Übrigen auf die verschiedensten, förmliche wie nichtförmliche, Verfahrenstypen bezieht, ohne insoweit zu differenzieren) C. Smith 96 Virginia L.Rev. (2010), 1727 (1737 ff.).

⁴⁹ Chapus Droit administratif (Fn. 44), Rn. 1251; Lebreton Droit administratif (Fn. 45), Rn. 53; Ladenburger (Fn. 4), 157 f.; Schmidt-Aßmann GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 19; vgl. auch schon ders./H. Krämer EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (116). Erfasst werden entweder Verstöße gegen Vorschriften, die weniger bedeutsam sind und keine Verfahrensgarantien für den Betroffenen darstellen, oder Fälle, bei denen im Einzelfall der Verstoß keine Relevanz für das Ergebnis besitzt und deshalb weniger wichtig erscheint; zu beiden Deutungen Ladenburger ebd., 160 f. Dass die konkrete Ergebnisrelevanz eines Fehlers ausgeschlossen sei, wird kaum einmal bejaht, ders., ebd., 310.

⁵⁰ Besonders strikt Wade/Forsyth (Fn. 41), 422 ff.; nur sehr vorsichtig Ausnahmen anerkennen wollen Woolf/Jowell/Le Sueur (Fn. 41), Rn. 8–047 ff.; Craig (Fn. 4), Rn. 12–024, mit dem Argument, dass Gerichte nicht dazu ausgerüstet seien zu berechnen, ob eine Anhörung einen Unterschied gemacht hätte oder nicht. Zusammenfassend E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (116 f.); Danwitz (Fn. 41), 38 f. Unklar bleibt, wie weit der Kreis der in der *natural justice* verwurzelten Verfahrenshandlungen über die Anhörung hinaus zu ziehen ist. Bei fehlender Offenlegung der behördlichen Erkenntnisse gegenüber dem Betroffenen spricht zumindest sehr viel für eine bedingungslose Aufhebung der Entscheidung, Woolf/Jowell/Le Sueur ebd., Rn. 7–058 mwN Gleiches gilt für die Mitwirkung eines befangenen Amtsträgers, Wade/Forsyth ebd., 401. Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und bloßer Vernichtbarkeit der Entscheidung im Überblick Kleve/Schirmer in: Schneider (Fn. 44), 35 (112 u. 134 f.).

Entscheidung abzusehen.⁵¹ Der EuGH-Rechtsprechung schließlich lässt sich in deutlicher Parallele zum deutschen Gesetzeswortlaut (vor allem⁵² § 46 VwVfG⁵³) die Tendenz entnehmen, dass Verfahrens- und Formfehler der Unionsorgane nur dann wesentlich (Art. 263 Abs. 2 AEUV) sind und zur Aufhebung des Rechtsakts führen, wenn ein Ein-

⁵¹ In diesem Zusammenhang betont von *Woolf/Jowell/Le Sueur* (Fn. 41), Rn. 7–042; *Pietzcker FS Maurer* (Fn. 45), 695 (700). Für etwas weniger gefährlich als die Argumentation, die Einhaltung der Verfahrensanforderungen hätte auch keinen Unterschied gemacht, halten diesen prozessualen Weg *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 425. *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–024, unterscheidet drei Fallgruppen: Erstens kann die Wahrscheinlichkeit, dass eine Anhörung gar keinen Unterschied machen wird, in Extremfällen schon dazu führen, dass das Fairnessgebot gar keine Anhörung erfordert (zB *Cinnamon v. British Airport Authority* [1980] 1 W.L.R. 582); zweitens kann die Wahrscheinlichkeit, dass eine Anhörung einen Unterschied gemacht hätte, das gerichtliche Ermessen bei der Aufhebung beeinflussen (zB *Glynn v. Keele University* [1971] 1 W.L.R. 487; R. [on the application of *Ghadami*] v *Harlow DC* [2004] EWHC 1883; zu dieser Fallgruppe auch *Woolf/Jowell/Le Sueur* [Fn. 41], Rn. 8–044); drittens kann in einem weit verstandenen Fairness-Konzept eine Gesamtbetrachtung angestellt werden, ob die Entscheidung trotzdem noch fair zustande gekommen war. Die Notwendigkeit einer wertenden Einzelfallbetrachtung betonen auch *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (161).

⁵² Für andere Handlungsformen als den Verwaltungsakt gelten meist ähnliche Grundsätze: Ein Kausalitätserfordernis findet sich oft auch für verwaltungsinterne Akte, insbes. für Gemeinderatsbeschlüsse; teilweise existieren dafür besondere Vorschriften, teilweise wird dies aus dem allgemein Grundsatz der dienenden Rolle des Verfahrens hergeleitet; *M. Sachs* GVwR II (Fn. 2), § 13 Rn. 79f.; *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 121 f. Bei Bauleitplänen sind Fehler bei der Ermittlung oder Bewertung von abwägungserheblichen Belangen nach § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB nur beachtlich, wenn die konkrete Möglichkeit bestand, dass ohne den Fehler anders geplant worden wäre; BVerwGE 131, 100 (Rn. 22). Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags wird, ungeachtet des Anspruchs auf die Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 7 GWB), wegen eines Verfahrensfehlers nach § 107 Abs. 2 GWB nur aufgehoben, wenn – ähnlich wie bei § 46 VwVfG – der Rechtsschutzsuchende ohnehin von vorneherein den Zuschlag nicht hätte erhalten können, etwa mangels Eignung; s. *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 27), 268, zusammenfassend 692f. Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag sind Verfahrensfehler nach § 59 Abs. 1 u. Abs. 2 Nr. 2 u. 3 VwVfG in noch weiterem Umfang unbeachtlich; im Überblick *Sachs* ebd., § 31 Rn. 71ff.; näher *E. Gurlit* Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 421ff., die bei § 59 Abs. 1 VwVfG iVm § 134 BGB primär auf die Grundrechtsrelevanz der Verfahrensanforderungen abstellt.

⁵³ Zur Grundsatzkritik, in § 46 VwVfG werde die dienende Funktion des Verfahrens überbetont, statt vieler *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 4; eingehend *Quabeck* (Fn. 30), 69ff. Die Kritik sollte sich jedoch stärker gegen die teilweise extensive Handhabung der Vorschrift richten; zur Notwendigkeit, die Beweislastverteilung im Gesetzeswortlaut ernst zu nehmen, unten VII. mit Fn. 192.

fluss des Fehlers auf die Sachentscheidung zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.⁵⁴

Wenn in einer Gesamtschau Verfahrensfehler im Unionsrecht und in diesen anderen Staaten seltener unbeachtlich sind als in Deutschland, so liegt dies weniger an rechtsdogmatischen Unterschieden im Fehlerfolgenregime als an den dort weit größeren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung.⁵⁵ Das Verfahren muss dort in seiner instrumentellen

⁵⁴ So besonders deutlich EuGöD, Urteil vom 11. 9. 2008, Rs. F-51/07, Rn 81 mwN; ebenso auch überwiegend die Deutung im Schrifttum, zB *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 42), 1374; *S. Magiera* in: Meyer (Hrsg.) Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 41 Rn. 12 vor allem zur Anhörung; *Danwitz* (Fn. 41), 391 f.; vgl. *R. Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1292); *Quabeck* (Fn. 30), 140 ff.; zusammenfassend *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 84. Allerdings ist der EuGH mangels eigener Sachverhaltsaufklärung, allein mit den spezifischen Mitteln einer rechtlichen Kontrolle, seltener in der Lage festzustellen, dass sich ein Verfahrensfehler tatsächlich nicht auf die Entscheidung auswirken konnte; dies betonen *C.D. Classen* DV 31 (1998), 306 (327 ff., insbes. 329); *W. Kahl* VerwArch 95 (2004), 1 (22 ff.); *M. Kment* EuR 2006, 201 (207 ff.). Eine unzureichende Akteneinsicht und Anhörung macht die Sachentscheidung nur dann rechtswidrig, wenn gegen das entsprechende Verwertungsverbot verstoßen, die Entscheidung also auf Tatsachen gestützt worden ist, zu denen der Betroffene wegen des Verfahrensverstößes nicht substantiiert Stellung nehmen konnte; vgl. EuGH, Slg. 1970, 661 Rn. 41/42, 56/57 – ACF Chemiefarma; EuGH, Slg. 1983, I-1825 Rn. 16f., 128 – *Musique Diffusion Française*. Bei anderen Verfahrensrechten und namentlich bei der Begründungspflicht steht der Aufhebungsanspruch unter einem gewissen Vorbehalt der zusätzlichen abwägenden Interessen- und Beachtlichkeitsprüfung, deren genaue Reichweite freilich unklar bleibt; vgl. EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 107 f. – *Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss*; EuG, Slg. 1998, II-1989 Rn. 278 f. – *Mo Och Domsjö*. Ein Kausalitätserfordernis dergestalt, dass sich der Begründungsfehler auf den Entscheidungsinhalt ausgewirkt haben müsste, lässt sich im Unionsrecht allerdings nicht durchgängig nachweisen; s. *Bredemeier* (Fn. 45) 2007, 465; ausführliche Analyse bei *E. Bülow* Die Relativierung von Verfahrensfehlern im Europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG, 2007, 304 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. EuGH, Slg. 1985, 947 Rn. 22 – *Giovanni De Santis/Rechnungshof der Europäischen Gemeinschaften*; EuGH, Slg. 1990, I-225 Rn. 16 – *Annibale Culin/Kommission*. Insgesamt wäre der Unterschied zur deutschen Rechtslage jedoch gering, wenn man dem Wortlaut des § 46 VwVfG entsprechend die Beweislast dafür, dass sich der Verfahrensfehler nicht auf die Sachentscheidung ausgewirkt hat, der Behörde aufbürden würde; dazu unten VII.

⁵⁵ Je weiter das Ermessen in der Sache ist, umso weniger wird man die konkrete Ergebnisrelevanz von Verfahrensfehlern ausschließen können. Für das Unionsrecht besonders deutlich *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1085); *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 85, vgl. auch *C. Bumke* GVwR II (Fn. 2), § 35 Rn. 202 f. Für Frankreich ebenfalls in diese Richtung *Eisenberg* (Fn. 41), 215 f.; zum dortigen weiteren Ermessen gerade auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen vgl. *E. Riedel* Rechtliche Optimierungsgelbote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999),

Funktion über die richtige Rechtsanwendung hinaus in weit größerem Umfang auch eine sachgerechte Ermessensausübung gewährleisten. Diese zusätzliche Verfahrensfunktion verbietet großzügigere Unbeachtlichkeitsregelungen.

b) Heilungsmöglichkeiten

Heilungsmöglichkeiten bestehen ebenfalls in fast allen betrachteten Rechtsordnungen.⁵⁶ Eine gewisse Ausnahme bildet Frankreich,⁵⁷ doch trägt man dort dem Effizienzbedürfnis schon vorgelagert durch etwas schwächer ausgeprägte Verfahrensgarantien Rechnung.⁵⁸

Im scharfen Gegensatz zu Deutschland (vor allem⁵⁹ § 45 Abs. 2 VwVfG) ist eine Heilung noch während des Gerichtsverfahrens freilich nach Unionsrecht – und grundsätzlich wohl auch in England – ausgeschlossen.⁶⁰ Dies gründet in der berechtigten Sorge vor einer Entwertung der Verfahrensgarantien, hängt aber auch damit zusammen, dass

180 (190); *Ladenburger* (Fn. 4), 174; eine Ermessenreduzierung wird dort kaum angenommen, *des. ebd.*, 177. Für England vgl. *Danwitz* (Fn. 41), 45 ff.; *Riedel ebd.*, 180 (199 ff., vergleichend zusammenfassend 210 f.).

⁵⁶ In den USA werden als *harmless error* auch Konstellationen erfasst, die der Heilung angenähert sind; vgl. *Tourus Records v. DEA*, 259 F.3d 731 (D.C. Cir. 2001); *Pierce* (Fn. 40), § 8.5., insbes. 725; s. ferner unten Fn. 65; auf die Begründung bezogen betont *J. Saurer* *VerwArch* 100 (2009), 354 (379), dass es sich dabei um Ausnahmen handelt. In England wird in weitem Umfang ein *rehearing* bei der Ausgangsbehörde zugelassen; *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 445; zur Nachholbarkeit bei *appeal* in einem *Tribunal*-Verfahren s. unten Fn. 64. Für das Unionsrecht Nw. unten in Fn. 62.

⁵⁷ *J.-M. Auby/R. Drago* *Traité des recours en matière administrative*, 1992, Rn. 264; *G. Isaac* *La procédure administrative non contentieuse*, 1968, Rn. 285; *Ladenburger* (Fn. 4), 13 ff.

⁵⁸ Die richterrechtlichen Spielräume bei der Bestimmung der Reichweite der Verfahrenspflichten werden teilweise dazu genutzt, um abwägend bereits einen Verfahrensfehler zu verneinen; zusammen mit „biegsamen“ und einzelfallbezogenen Regeln verringert dies den Problemdruck, Verfahrensfehler aus Effizienzgründen für unbeachtlich zu erklären; s. mit Beispielen *Ladenburger* (Fn. 4), 150 u. 321 f.

⁵⁹ Im Planungsrecht ist eine Heilung von (verfahrensrechtlichen) Abwägungsmängeln durch ergänzendes Verfahren auch rückwirkend möglich (vgl. § 214 Abs. 4 BauGB; § 75 Abs. 1a S. 2 VwVfG).

⁶⁰ Für die Begründung EuGH, Slg. 2004, I-1073 Rn. 32 – Mattila; EuG, Slg. 1996, II-1827 Rn. 45 – Rendo u. a.; EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 105 – Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss; vgl. EuGH, Slg. 1993, I-6549 Rn. 23 – Parlament/Cornelis Volger; *M. Kment* *EuR* 2006, 201 (224 f.); zusammenfassend zum Ganzen *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 81. Dies lässt sich wohl auf den indirekten Vollzug des Unionsrechts übertragen; jedenfalls bei Anhörung und Begründung verbietet der Effektivitätsgrundsatz entgegen § 45 Abs. 2 VwVfG eine Heilung nach Klagerhebung; so auch *Danwitz* (Fn. 41), 542; *Bredemeier* (Fn. 45), 564 ff.; *Schoch* *GVwR* III (Fn. 16), § 50 Rn. 310; *W. Kahl* *VerwArch* 95 (2004), 1 (insbes. 20 f.).

die Unionsgerichte und die englischen Gerichte ähnlich einer bloßen Revisionsinstanz regelmäßig keine eigene Aufklärung des Sachverhalts vornehmen.⁶¹

Demgegenüber ist eine Heilung vor Klageerhebung sogar im Unionsrecht grundsätzlich möglich.⁶² Die praktische Bedeutung ist jedoch geringer als in Deutschland, weil im direkten Vollzug ein Vorverfahren, das Anstoß zur „Reparatur“ geben könnte, nur in wenigen Bereichen vorgesehen ist.⁶³ In England besitzt das justizähnliche *Tribunal*-Verfahren in manchen Bereichen die Funktion eines Widerspruchsverfahrens; im Einzelfall wird geprüft, ob eine dortige Nachholung der Verfahrenshandlung noch ihren Zweck erfüllen und das Verfahren dadurch in einer Gesamtwürdigung als fair eingestuft werden kann.⁶⁴ Ähnlich ver-

⁶¹ Diesen Zusammenhang betonen *Bredemeier* (Fn. 45), 475; *Danwitz* (Fn. 41), 394; *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 310.

⁶² Mit ausführlicher Rechtsprechungsanalyse *Bülow* (Fn. 54), 239 ff., zusammenfassend 436 f.; *Bredemeier* (Fn. 45), 457 ff., insbes. 460; *Danwitz* (Fn. 41), 393 f.; zur Nachholbarkeit der Anhörung EuGH, Slg. 1985, 893 Rn. 16 – Mariette Turner/Kommission; für die Begründung zumindest angedeutet in EuG, Slg. 1996, II-1827 Rn. 45 – Rendo u. a.; EuG, Slg. 1995, II-665 Rn. 105 – Petros Kotzonis/Wirtschafts- und Sozialausschuss; deshalb nicht überzeugend die aA bei *M. Lais* ZEus 2002, 447, 469 f.; *C. Calliess* in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.) EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 253 EGV, Rn. 11; *Pfeffer* (Fn. 43), 172; wohl richtig nur auf die Unzulässigkeit der Nachholung nach Klageerhebung bezogen *M. Kment* EuR 2006, 201 (227 ff., vgl. auch 234 f.). – Beim mitgliedstaatlichen Vollzug eines Beihilfen-Rückforderungsbeschlusses der Kommission kann der Effektivitätsgrundsatz sogar die Reparatur von Verfahrens- und Formfehlern des Rückforderungsbescheids gebieten, damit die bereits zurückgezahlte Beihilfe nicht erneut ausbezahlt werden muss; s. EuGH, EuZW 2010, 585 (586 f.) – *Scott SA, Kimberly Clark SAS/Stadt Orléans*.

⁶³ Es bleibt dann nur die wenig genutzte Möglichkeit, dass die Behörde ihren Verfahrensfehler selbst erkennt und aus eigenem Antrieb eine Heilung herbeiführt; s. *Bredemeier* (Fn. 45), 475 f.

⁶⁴ *E. Schmidt-Aßmann/H. Krämer* EuZöR, Sonderheft 1993, 99 (114); näher *Woolf/Jowell/Le Sueur* (Fn. 41), Rn. 8–024 ff. mit folgenden Kriterien: die Schwere des Verfahrensverstößes, die Wahrscheinlichkeit einer Voreingenommenheit bei der Nachholung, die Reichweite der Überprüfungsbefugnisse der höheren Stelle. Mindestvoraussetzung ist, dass das nachfolgende Überprüfungsverfahren eine vollständige Überprüfung der Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ermöglicht; *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (162); daran fehlte es wohl in der Leitentscheidung *Calvin v. Carr* (1980) A.C. 574, 593; Überblick zu den Fallgruppen bei *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–041. Insgesamt wird dabei stärker als in Deutschland darauf geachtet, ob die Nachholung der Verfahrenshandlung im konkreten Fall noch den ihr zugeordneten Zweck erfüllen kann, insbesondere bewirken kann, dass die Behörde weitgehend vorurteilsfrei noch einmal die getroffene Entscheidung überdenkt. Droht die Nachholung zur bloßen nachträglichen Rechtfertigung der bereits feststehenden Entscheidung zu führen, ist eine Heilung ausgeschlossen; wegen dieser Befürchtung kritisch gegenüber einer Heilungsmöglichkeit im *appeal*-Verfahren *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 446.

fährt man in den USA unter der *harmless-error*-Doktrin und der *due process*-Garantie.⁶⁵

Der Eindruck, das angelsächsische Recht sei bei den Heilungsmöglichkeiten strenger als das deutsche, relativiert sich bei Blick auf die Entscheidungsbegründung. In England und den USA gibt es zwar keine allgemeine formelle Begründungspflicht, ohne Begründung wird eine Ermessensentscheidung aber regelmäßig als willkürlich aufgehoben.⁶⁶ Jedenfalls die US-Gerichte lassen insoweit jedoch eine Nachbesserung sogar noch im Gerichtsverfahren zu, sofern das Gericht die Überzeugung gewinnt, dass es sich um die „wahren“ und nicht bloß zur Verteidigung im Prozess nachträglich konstruierte Erwägungen handelt.⁶⁷ Selbst der deutsche Sündenfall einer Heilungsmöglichkeit bei schon laufendem Gerichtsverfahren ist also nicht ganz ohne ausländische Parallelen.

3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle

Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt auch von den prozessualen Rahmenbedingungen ab.

a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen

In Deutschland schließt § 44a VwGO Rechtsschutz aus, soweit er sich isoliert auf entscheidungsvorbereitende Verfahrenshandlungen⁶⁸ bezieht, mit engen Ausnahmen vor allem für absolute Verfahrensrechte.⁶⁹ Dies ist jedoch im Ausland und in weiten Teilen des Unions-

⁶⁵ Zur Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Gesamtbewertung im Rahmen der *harmless-error-doctrine* s. Shinseki v. Sanders, 129 S. Ct. 1696, 1704 ff. (2009), vgl. bereits oben Fn. 56. Zusätzliche Flexibilität wird bei den (Verfahrens-)Fehlerfolgen dadurch geschaffen, dass die Gerichte bei ihren Anordnungen (*remedies*) einen gewissen Ermessensspielraum besitzen, also aus Effizienzgründen auf eine Unwirksamkeitserklärung der Verwaltungsentscheidung *ex tunc* verzichten und nur die zukünftige Unwirksamkeit (*ex nunc*) oder auch nachträgliche Fehlerheilungsmaßnahmen anordnen können; vgl. *Cal. Forestry Ass'n v. U.S. Forest Serv.*, 102 F.3d 609, 613 (D.C. Cir. 1996); zusammenfassend *R.J. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (11).

⁶⁶ Für die USA sogleich Fn. 67; zusammenfassend *J. Saurer* VerwArch 100 (2009), 354 (378). Für England etwa *Craig* (Fn. 4), Rn. 12–033.

⁶⁷ *Florida Power & Light Co. v. Lorion*, 470 U.S. 729, 744 (1985); dazu *Pierce* (Fn. 40) § 8.5. insbes. 720, vgl. auch 714; zur Abgrenzung auch *Bagdonas v. Department of Treasury*, 93 F.3d 422 (7th Cir. 1996).

⁶⁸ Zum Begriff BVerwGE 134, 368 (Rn. 21).

⁶⁹ Zusammenfassend zur verbreiteten Kritik an § 44a VwGO zuletzt *Quabeck* (Fn. 30), 53 ff.; früher zB *Schmidt-Aßmann* in: Lerche/Schmidt-Aßmann/Schmitt Glaeser (Fn. 34), 3 (33 f.).

rechts kaum anders. So sind im direkten Vollzug grundsätzlich nur abschließende Beschlüsse anfechtbar, nicht aber vorbereitende Zwischenmaßnahmen.⁷⁰

Der instrumentelle Eigenwert des Verwaltungsverfahrens leidet darunter kaum, wenn der Verfahrensfehler nachträglich im Angriff auf die verfahrensabschließende Sachentscheidung uneingeschränkt geltend gemacht werden kann.⁷¹

b) Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle

Die Rügefähigkeit von Verfahrensverletzungen steht in engem Zusammenhang mit dem objektiven oder subjektiven Zuschnitt des Rechtsschutzes. Hier ist das deutsche Recht in der Tat besonders restriktiv,⁷² indem es den Gerichtsschutz in der Regel⁷³ auf eng verstandene subjektive Rechte des Klägers beschränkt. Dabei sehen die Gerichte Verfahrenspositionen oftmals nur dann als individualschützend an, wenn der Kläger zugleich in einer materiell-rechtlichen Position betroffen ist.⁷⁴ Demgegenüber verfolgen die hier betrachteten ausländi-

⁷⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1981, 2539 Rn. 10 – IBM; zusammenfassend J. Terhechte in: Fehling/Kastner (Hrsg.) Handkommentar Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 44a VwGO Rn. 9. Anders teilweise beim indirekten Vollzug; hier muss wegen des *effet utile* verhindert werden, dass gemeinschaftsrechtlich vorgegebene (absolute) Verfahrensrechte prozessual entwertet werden; dies gilt vor allem für nicht verfahrensakzesessorische Rechte wie das der Aktenöffentlichkeit; Terhechte in: ebd.; T. Dünchheim Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, 2003, 170. § 44a VwGO ist auch nicht anwendbar, wenn eine deutsche Behörde im gemischten oder gestuften Vollzug (Verfahrensverbund) die nachfolgende Tätigkeit eines Gemeinschaftsorgans präjudiziert; vgl. EuGH, Slg. 1992, I-6313, Rn. 9ff. – Borelli.

⁷¹ Ähnlich Schoch GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 299. Wo sich § 44a VwGO freilich mit §§ 45, 46 VwVfG zu einer „Abschirmungstrias“ verbindet und Rechtsschutz gegen gravierende Verfahrensverletzungen gänzlich zu vereiteln droht (die Kritik mwN zusammenfassend Quabeck [Fn. 30], 61 ff.), müssen gegebenenfalls im Wege rechtsschutzfreundlicher Auslegung – etwa durch Anerkennung absoluter Verfahrensrechte oder Ermöglichung einstweiligen Rechtsschutzes – Ausnahmen von § 44a VwGO zugelassen werden; statt vieler schon Pietzcker Verwaltungsverfahren (Fn. 13), 226f.

⁷² Zum Ganzen eingehend Quabeck (Fn. 30), 53 ff.; R. Wahl/P. Schütz in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Mai 2010, § 42 Abs. 2 Rn. 72 ff.

⁷³ Zur Ausweitung der Schutznormqualität von Verfahrensrechten und sogar der teilweisen Loslösung vom der Schutznormlehre bei der UVP s. unten IV. 2. mit Fn. 117.

⁷⁴ So vor allem der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts: BVerwGE 61, 256 (275); 75, 285 (291); 85, 360 (75); demgegenüber erkennt der 4. Senat ein subjektiv-öffentliches Recht unabhängig vom materiellen Recht an, aber nur bei restriktiv verstandenen absoluten Verfahrensrechten: BVerwG, NVwZ 1999, 876 (877); BVerwGE 41, 58 (65); 44, 235 (239f.); zusammenfassend T. Groß DV 43 (2010), 349 (359).

schen Rechtsordnungen und teilweise auch das Unionsrecht ein objektives Kontrollmodell. Der Zugang zum Gericht ist bereits bei einem schutzwürdigen Interesse eröffnet, der Umfang der Kontrolle nicht auf Rechte des Klägers beschränkt.⁷⁵ Dies ermöglicht die Sanktionierung von Verstößen grundsätzlich auch gegen Verfahrensvorschriften, die nur mittelbar dem Kläger⁷⁶ zugute kommen.⁷⁷

Diese weiterreichende Verfahrenskontrolle wird jedoch durch Ausnahmen und Einschränkungen relativiert: Bei Fällen mit europarechtlichem Bezug bewegt sich England hin zu einem *rights based approach* (vgl. Sec. 7(7) Human Rights Act).⁷⁸ Die Unionsgerichte sind bei der Klagebefugnis (Art. 263 Abs. 4 AEUV) für Drittklagen kaum großzügiger als das deutsche Recht.⁷⁹ In den USA wird für die Klagebefugnis (*standing*) bei isolierter Rüge von Verfahrensfehlern vermehrt gefordert, dass sich der Fehler möglicherweise auf das Ergebnis ausgewirkt hat (*plausability test*).⁸⁰ Dadurch verringert sich der Unterschied zwischen dem subjektiven und dem objektiven Kontrollmodell erheblich.⁸¹

⁷⁵ Für die USA zum *standing* näher *Pierce* (Fn. 40), § 9.8., insbes. 846 ff. Für England *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (147 f.); die Parallele zu Frankreich hervorhebend *Danwitz* (Fn. 41), 44. Für Frankreich *Fromont Droit administratif* (Fn. 41), 164; *Chapus Droit administratif* (Fn. 44), Rn. 999; *T. Würtenberger/S. Neidhard* in: *Schwarze* (Hrsg.) *Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, 255 (273); *Ladenburger* (Fn. 4), 329 ff., insbes. 332; unter Herausarbeitung der neueren individualrechtsschützenden Elemente *Danwitz* ebd., 60 ff. u. zur Klagebefugnis 64 f.

⁷⁶ Der gegebenenfalls sogar eine Public-Interest-Organisation sein kann.

⁷⁷ Von der „Bündelung von Einzelinteressen in aggregierten Interessen“ spricht *Schoch GVwR III* (Fn. 16), § 50 Rn. 155.

⁷⁸ Danach ist nur das „Opfer“ (*victim*) klagebefugt, was Klagen von Interessengruppen ausschließen dürfte; näher *Kleve/Schirmer* in: *Schneider* (Fn. 44), 35 (163 f.).

⁷⁹ Wie hier *M. Schmidt-Preuß NVwZ* 2005, 489 (491). Ausführlicher Überblick bei *O. Dörr/C. Lenz* *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 2006, Rn. 118 ff.; zusammenfassend *Fehling* in: *Terhechte* (Fn. 43), § 12 Rn. 96; aus der Rspr. grundlegend EuGH, Slg. 1963, 211 (238) – *Plaumann*; zur Diskrepanz zwischen dem rechtsschutzfreundlichen Gemeinschaftsverwaltungsrecht und dem restriktiver Individualrechtsschutz anerkennenden Eigenverwaltungsrecht *Danwitz* (Fn. 41), 284 f.

⁸⁰ Bejaht zB bei einer unterlassenen Anhörung (*Lujan v. Defender of Wildlife*, 504 U.S. 555, 572 [1992]), einer unterbliebenen Umweltverträglichkeitsprüfung (*Lujan*, ebd.) oder bei im förmlichen Verfahren unzulässigen *ex parte*-Kontakten (*Elec. Power Supply Ass'n v. FERC*, 391 F.3d 1255, 1262 [D.C. Cir. 2004]). Zum Ganzen eingehend *R. Pierce* 62 Admin. L.Rev. (2010), 1 (8 ff.); zusammenfassend zur prozessualen Relativierung der kommunikativen Verwaltungsverfahrenrechte durch das *standing*-Erfordernis *J. L. Mashaw* 76 Geo. Wash. L. Rev (2007), 99 (120).

⁸¹ Ähnlich, auf das Gemeinschaftsverwaltungsrecht bezogen, im Ergebnis auch *Schoch GVwR III* (Fn. 16), § 50 Rn. 161; etwas überzeichnend *K.-P. Sommermann DÖV* 2002, 133 (142); vorsichtiger gewisse Annäherungstendenzen verzeichnet

c) „Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung

Den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens zu schmälern scheint ferner die Verpflichtung der deutschen Verwaltungsgerichte, die Sache bei ungenügenden Ermittlungen im Verwaltungsverfahren grundsätzlich (Ausnahme: § 113 Abs. 3 VwGO⁸²) selbst entscheidungsreif zu machen.⁸³ Bei der Verpflichtungsklage ist allein der materiell-rechtliche Anspruch entscheidungserheblich; Verfahrensfehler werden bei Spruchreife vom Gerichtsurteil gleichsam „überholt“.⁸⁴ Dies ist im Ausland und auf europäischer Ebene aus Gründen der Gewaltenteilung anders. Dort heben die Gerichte bei ungenügender Sachverhaltsaufklärung oder sonstigen Verfahrensfehlern die Entscheidung auf und es ist dann Sache der Verwaltung, nach einem neuen Verfahren erneut zu entscheiden.⁸⁵

W. Kahl VerwArch 95 (2004), 1 (29 ff.); vgl. auch *D. Ehlers* VerwArch 84 (1993), 139 (171), der im Rechtsvergleich mit den USA und der europäischen Ebene konstatiert, dass „auch Rechtsordnungen, die auf eine objektive gerichtliche Kontrolle ausgerichtet sind, ohne weitere Zugangssperren nicht auskommen“.

⁸² Zu den hohen Voraussetzungen und der demzufolge geringen praktischen Bedeutung dieser Ausnahme BVerwGE 117, 200 (207); *S. Emmenegger* in: Fehling/Kastner (Fn. 70), § 113 VwGO Rn. 144 ff.; zur mangelnden Analogiefähigkeit bei der Verpflichtungsklage *W.-R. Schenke* VwGO-Kommentar, 16. Aufl. 2009, § 113 Rn. 166.

⁸³ Dazu mit vorsichtiger rechtspolitischer Kritik *H. A. Wolff* in: Sodan/Ziekow (Hrsg.) VwGO Großkommentar, 3. Aufl. 2010, § 113 Rn. 57 u. 60.

⁸⁴ Näher dazu mwN aus der Rspr. *M. Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Fn. 72), § 113 Rn. 67 ff.; als „sehr bürgerfreundlich“ eingeschätzt von *Pietzcker* FS Maurer (Fn. 45), 695 (706 f.); kritisch gewürdigt als Beispiel für die Geringerschätzung des Verfahrens von *Quabeck* (Fn. 30), 76 f.

⁸⁵ Frankreich kannte traditionell keine Verpflichtungsklage (vgl. *Fromont* Droit administratif [Fn. 41], 167) und die Verwaltungsgerichte sind grundsätzlich nicht zur selbstständigen Sachverhaltsaufklärung verpflichtet, s. *Braibant/Stirn* Droit administratif (Fn. 44), 586 f.; *Ladenburger* (Fn. 4), 187 f., rechtsvergleichend 342 ff.; zum Ausbau der gerichtlichen Entscheidungskompetenzen in jüngerer Zeit, auch mit einer dem Verpflichtungsurteil angenäherten Verfügungsbefugnis (*pouvoir d'injonction*) *M. Fromont* in: Fehling/Grewlich (Hrsg.) Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts, 2011, 111 (119 f.).

In England können die Gerichte im *judicial review* – anders als bislang „tribunals“ in einem teilweise daneben zulässigen *appeal* – mangels eigener Sachverhaltsaufklärung Ermittlungsfehler der Verwaltung regelmäßig nicht selbst korrigieren, sondern nur die verfahrensfehlerhafte Verwaltungsentscheidung für unwirksam erklären (*quashing order*); vgl. *Danwitz* (Fn. 41), 43; *Kleve/Schirmer* in: Schneider (Fn. 44) 35 (129 u. 133 ff.).

Das Unionsrecht kennt in der französischen Gewaltenteilungs-Tradition weder eine Verpflichtungs- noch eine allgemeine Leistungsklage, vielmehr muss die Ablehnung der Begünstigung mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden, *Dörr/Lenz* (Fn. 79), Rn. 89 u. 202; *D. Ehlers* in: ders./Schoch (Hrsg.) Rechtsschutz im Öffentlichen Recht,

Die deutsche Lösung macht insoweit den Verwaltungsprozess gleichsam zum besseren Verwaltungsverfahren.⁸⁶ Die Ermittlungstätigkeit der Verwaltung wird durch die Amtsermittlung des Gerichts nachgebessert. Dies droht die spezifische Problemlösungskapazität gerade des Verfahrens auf Verwaltungsebene zu vernachlässigen. Für komplexe Entscheidungen und Verfahren kennt jedoch auch das deutsche Recht Ausnahmen von der Pflicht zum „Durchentscheiden“.⁸⁷ Bei gebundenen Entscheidungen der alltäglichen Verwaltung erscheint dagegen die Verantwortungsverlagerung auf die Gerichte adäquat, weil ein neues Verwaltungsverfahren hier dem Kläger typischerweise keinen Mehrwert böte.⁸⁸ Um eine flexible Reaktion auf Verfahrensfehler nach den Umständen des Einzelfalls zu ermöglichen, sollte den Verwaltungsgerichten jedoch über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus bei Anfechtungs- und bei Verpflichtungsklagen Ermessen eingeräumt werden, ob sie bei behördlichen Aufklärungsmängeln selbst durchentscheiden oder aber die Sache an die Verwaltung – gegebenenfalls sogar an eine örtlich andere Behörde⁸⁹ – zurückverweisen.

2009, § 9 Rn. 1f. Eine eigenständige Aufklärung des Sachverhalts findet im Gerichtsverfahren regelmäßig nicht mehr statt, wie auch *Danwitz* ebd., 298 betont; aus der Rspr. zB EuG, Slg. 1995, II-1775 Rn. 103 – Solvay; vgl. aber zur Befugnis zu eigener Beweiserhebung gemäß Art. 45 ff. der Verfahrensordnung des Gerichtshofs EuGH, Slg. 2004, I-123 Rn. 102f. – Zement II.

⁸⁶ Zustimmend *M. Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 8), 413 (420f.); *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081). Grundlegend *K.A. Bettermann* NJW 1960, 649 ff.; *O. Groschupf* DVBl. 1962, 627 (630 f.); kritischer Überblick über die damalige Diskussion bei *Kaiser* (Fn. 7), 96f.

⁸⁷ Näher *Emmenegger* in: Fehling/Kastner (Fn. 70), § 113 VwGO Rn. 174f.; zusammenfassend BVerwGE 90, 18 (24): „etwa bei Ermessens- oder Beurteilungsspielräumen der Verwaltung; ferner, wenn eine bestimmte sachliche Prüfung besonderen Behörden übertragen ist oder wenn es zur abschließenden Aufklärung einer mit den erforderlichen Mitteln ausgerüsteten Behörde bedarf“; zum Problem des steckengebliebenen Genehmigungsverfahrens *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 72), § 113 Rn. 69.

⁸⁸ Von „Steine[n] statt Brot“ sprach insoweit *K.A. Bettermann* DVBl. 1963, 824 (826f.).

⁸⁹ Um in besonders problematischen Fällen eine psychologische Vorabfestlegung so weit wie möglich zu vermeiden (zur Unmöglichkeit, die Ergebnisoffenheit vollständig wieder herzustellen, *P. Baumeister* Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, 352; *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 [1080]). Eine gewisse Parallele findet sich im Prüfungsrecht, wo bei Korrekturmängeln ein anderer Prüfer eine Neubewertung der Arbeit vornehmen muss, wenn beim Ausgangsprüfer nun die Besorgnis der Vorabfestlegung (Befangenheit) besteht; s. BVerwG, NVwZ 1993, 686 (688); *W. Zimmerling/R. Brehm* Der Prüfungsprozess, 2004, Rn. 284. Der gleiche Rechtsgedanke findet sich im Revisionsrecht in § 354 Abs. 2 S. 1 StPO (Zurückverweisung an ein anderes Gericht gleicher Ordnung desselben Bundeslands

d) *Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle*

Rechtsvergleichend ist viel vom funktionalen Zusammenhang zwischen Verfahrensgarantien auf Verwaltungsebene und gerichtlicher Inhaltskontrolle die Rede.⁹⁰ Begrenzte Ressourcen verbieten es, beides gleichzeitig maximal auszubauen.⁹¹

In der Tat ist in den hier betrachteten ausländischen Rechtsordnungen die materielle Kontrolldichte angesichts größerer Entscheidungsspielräume fast durchweg geringer als in Deutschland.⁹² In der angelsächsischen Tradition bestimmen die Gerichte die Reichweite ihrer Ermessenskontrolle anscheinend ein Stück weit auch danach, wie viel verfahrensrechtliche Sorgfalt eine Behörde regelmäßig übt. An der großzügigeren Anerkennung von Ermessensspielräumen auch bei unbestimmten Rechtsbegriffen ändert dies jedoch nichts. Gleiches scheint im Unionsrecht der Fall, doch muss berücksichtigt werden, dass es dort meist um komplexe wirtschaftsrechtliche Materien geht, bei denen tendenziell auch im deutschen Recht Spielräume der Verwaltung anerkannt werden.

Der geringeren prozessualen Inhaltskontrolle stehen allerdings nur selten besonders elaborierte Verwaltungsverfahren und deren gerichtliche Überprüfung gegenüber. Vielmehr ist anderswo die Gerichtskontrolle bei der Massenverwaltung insgesamt eher schwächer ausgeprägt

möglich). Im Verwaltungsprozess kann bei Besorgnis der Vorabfestlegung nach § 144 VwGO iVm § 563 Abs. 1 S. 2 ZPO an einen anderen Senat bzw. an eine andere Kammer zurückverwiesen werden, nicht an ein anderes Gericht, dazu *M. Eichberger* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Fn. 72), § 144 Rn. 103.

⁹⁰ Grundlegend *Schwarze* Funktionaler Zusammenhang (Fn. 2); für die europäische Ebene *ders.* Europäisches Verwaltungsrecht (Fn. 42), S. LXXXIV f.; außerdem statt vieler *H. Jochum* Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht, 2004, insbes. 59 ff., 496 ff. In einem weiteren Sinne bezeichnet die Formel vom „funktionalen Zusammenhang“ sämtliche Wechselbeziehungen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren und das dabei geltende „institutionelle Rücksichtnahmegebot“; so *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 66 ff.; ebenso *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 353. Im Folgenden geht es dagegen vor allem um die eventuelle „kompensatorische Funktion“ des Verwaltungsverfahrens iSv *Hoffmann-Riem* GVwR I (Fn. 1), § 10 Rn. 100; aufgegriffen von *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 75.

⁹¹ Besonders hervorgehoben von *R. Wahl* DVBl. 2003, 1285 (1288); aufgegriffen etwa von *E. Schmidt-Aßmann* in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 90.

⁹² Zusammenfassend *Riedel*, Rechtliche Optimierungsgebote (Fn. 55), 210 f.; *Danwitz* (Fn. 41), 45 ff.; vgl. auch *S. Oeter* in: Frowein (Hrsg.) Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, 267 (277) und *C. Lerche* ebd., 249.

als in Deutschland.⁹³ Nur relativ, im Verhältnis zur geringeren Inhaltskontrolle, gewinnt so die Verfahrenskontrolle im Ausland an Gewicht,⁹⁴ obwohl die Verfahrensgarantien als solche gar nicht weiter ausgebaut sind als in Deutschland.⁹⁵

Eine (partielle) Kompensation von eingeschränkter Inhaltskontrolle durch weiterreichende Verfahrensanforderungen lässt sich fast nur für komplexere wirtschafts- und umweltrechtliche Gegenstände nachweisen. Dies gilt aber nicht nur in den anderen Rechtsordnungen,⁹⁶ son-

⁹³ In diese Richtung auch, die Verfahrenskontrolle mit einbeziehend, *Danwitz* (Fn. 41), für England 47, für Frankreich 68.

⁹⁴ Vgl. *J. Rivero/J. Waline* Droit administratif, 28. Aufl. 2006, Rn. 634. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn die Gerichte – wie namentlich in Frankreich (*Ladenburger* [Fn. 4], 337 ff.) – mit einer Verfahrenskontrolle beginnen und bei Feststellung eines Fehlers die materiell-rechtlichen Fragen als nicht mehr erheblich offenlassen.

⁹⁵ Nw. dazu, auf Anhörung und Entscheidungsbegründung im Normalverfahren bezogen, oben III. 1. mit Fn. 41 und Fn. 44.

⁹⁶ Für das Unionsrecht zum entsprechenden Kompensationsmodell grundlegend EuGH, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14 – TU München; zur Fusionskontrolle EuGH, Slg. 2005, I-987 – Tetra Laval; EuG, Slg. 2002, II-2585 – Airtours; EuG, Slg. 2002, II-4071 – Schneider Electric; zusammenfassend statt vieler *J. Schwarze* Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn. 599; *Danwitz* (Fn. 41), 262 f.; mit Analyse der neueren Rechtsprechung *J. Schwarze* FS Köck, 2009, 321 (327 ff.). Eine ähnliche Kompensationsfunktion der Verfahrenskontrolle lässt sich freilich auch im öffentlichen Dienstrecht ausmachen (dazu schon *Schwarze* Europäisches Verwaltungsrecht [Fn. 42], 308), doch ist auch dies eine Materie, bei der auch in Deutschland weite Spielräume der Verwaltung anerkannt werden.

In Frankreich kommt es besonders bei der *enquête publique*, die Ähnlichkeiten mit einer komplexen Vorhabengenehmigung oder Planfeststellung in Deutschland aufweist, zu einer ausgeprägt „prozeduralen Rationalitätskontrolle der Ermessensentscheidung durch Dokumentenprüfung“; näher *Ladenburger* (Fn. 4), 86 ff., 140 ff., 310 ff.; *Braibant/Stirn* Droit administratif (Fn. 44), 502; s. auch Art. R512–6, Art. R512–14 ff. du code de l'environnement.

Für England ist insoweit eine eindeutige Einschätzung schwierig; die Kompensationsfunktion von Verfahrensrechten dort, wo ein materiell-rechtlicher Schutz weitgehend fehlt, wird zwar allgemein betont (z.B. *Craig* [Fn. 4], Rn. 12–015, unter Verweis auf *Lord Wilberforce* in *Malloch* [1971] 1 W.L.R. 1578, 1598), doch finden sich im mitgeteilten *Case Law* auch hier auffallend viele komplexe wirtschaftsbezogene Konstellationen.

In den USA sind Verfahren der *formal adjudication* vor allem für Behörden der sektorspezifischen Wirtschaftsregulierung (*independent regulatory commissions*; zur historischen Genese *O. Lepsius* Verwaltungsrecht unter dem Common Law, 1997; ders. in: Fehling/Ruffert [Fn. 18], § 1) vorgeschrieben, nicht dagegen in der Steuer- oder Sozialverwaltung; hervorgehoben bereits von *Scharpf* (Fn. 2), 14 ff., insbes. 20. Im Übrigen hat dort die Kompensationsfunktion der Verfahrenskontrolle beim (*informal rulemaking* noch größere praktische Bedeutung als bei der *formal adjudication*.

dern zunehmend auch für deutsche Großverfahren, die oftmals ebenso wie im europäischen Ausland unionsrechtlich geprägt sind.⁹⁷

Insgesamt fällt so der Kontrast zwischen dem angeblich geringen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in der deutschen und dem scheinbar höheren in anderen Rechtsordnungen geringer aus als vielfach behauptet.⁹⁸ Die vorherrschende Fehleinschätzung beruht auf einer Aufmerksamkeitsverschiebung: Es werden nicht die gleichen Rechtsgebiete verglichen, sondern im Ausland nur besonders komplexe Verwaltungsentscheidungen betrachtet. Der Vergleich wird zusätzlich dadurch verzerrt, dass die Abgrenzung zwischen materiellem Recht und Verfahren unterschiedlich vorgenommen wird. Was in Deutschland jedenfalls bis zum EAG-Bau⁹⁹ als materiell-rechtlicher Abwägungsvorgang eingeordnet wurde,¹⁰⁰ wird in Frankreich (und wohl auch in England) zum inneren Verfahren¹⁰¹ der Verwaltung gerechnet.¹⁰²

⁹⁷ Insbes. im Umweltrecht und im Regulierungsrecht, Nw. oben Fn. 18.

⁹⁸ Vgl. E. Schmidt-Aßmann NVwZ 2007, 40 (41), wonach sich die Unterschiede durch die Einwirkungen des Unionsrechts „etwas abgeschliffen“ hätten, aber Deutschland mit der „nur dienenden Funktion des Verfahrensrechts“ immer noch eine gewisse Sonderrolle (zumindest gegenüber England) einnehme; von „noch erhebliche[m] Nachholbedarf“ des deutschen gegenüber dem englischen und französischen Recht spricht W. Hoffmann-Riem ZRP 2007, 101 (102).

⁹⁹ Im Zusammenhang mit der auf EU-Recht basierenden Umweltprüfung wurden § 2 Abs. 3 BauGB (in den Gesetzesmaterialien als neue „Verfahrensgrundnorm“ bezeichnet) u. § 214 Abs. 1 Nr. 1 BauGB in das Gesetz aufgenommen; diese neuen Bestimmungen werden verbreitet dahingehend gedeutet, dass der bislang materiell-rechtlich verstandene Abwägungsvorgang nunmehr dem inneren Verfahren zugeordnet ist; zustimmend M. Wickel/K. Bieback DV 39 (2006), 571 ff.; in diese Richtung auch, wenngleich ohne abschließende Klärung, BVerwGE 131, 100 (Rn. 18 ff.); demgegenüber für eine Beibehaltung der bisherigen Dogmatik plädierend W. Hoppe in: Hoppe/Bönker/Grotefels (Hrsg.) Öffentliches Baurecht, 4. Aufl. 2010, § 7 Rn. 2 ff. Auf die Planfeststellung hat man diese neue Dogmatik bislang nicht übertragen; sie würde dort dazu führen, dass §§ 45, 46 VwVfG auch auf Mängel im Abwägungsvorgang anwendbar wären.

¹⁰⁰ Statt vieler R. Alexy JZ 1986, 701 (706 f.); vgl. aber Hufen Fehler (Fn. 16), Rn. 241, wonach die Abwägungsrechtsprechung „nicht mehr nach Verfahren und Inhalt zu differenzierende Kriterien“ verwende.

¹⁰¹ Grundlegend dazu Hill (Fn. 1), 286 f.; zur Überlappung von innerem Verfahren und materiell-rechtlicher Abwägung ebd., 320 f.

¹⁰² Ladenburger (Fn. 4), insbes. 140.

IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht

Nimmt man abseits des VwVfG-Standardverfahrens bereichsspezifische Entwicklungen unter dem Einfluss des Unionsrechts in den Blick, so lassen sich fünf zentrale alte und neue Facetten eines Eigenwerts des Verfahrens identifizieren.

1. *Rechtsverteidigung*

Gerade im Rechtsvergleich bleibt die Rechtsverteidigung¹⁰³ eine wichtige instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens. Dies macht schon der Begriff „Verteidigungsrechte“ deutlich, unter dem im Ausland und auf europäischer Ebene zentrale Verfahrensrechte wie Anhörung und Akteneinsichtsrecht zusammengefasst werden.¹⁰⁴ Bei aller Betonung von Informationsgewinnung und Wissensgenerierung darf die doppelte Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsverfahrens nicht aus dem Blick geraten: Zum einen soll es insbesondere mit der Begründung die Voraussetzungen für eine effektive gerichtliche (Ermessen-)Kontrolle schaffen. Zum anderen besitzt das Verfahren einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag,¹⁰⁵ der aus der Steuerungs Perspektive freilich nicht mit vorverlagertem Rechtsschutz identisch ist.¹⁰⁶

All dies gilt auch für komplexe Verfahren. So wird gerade für europäische Verbundverfahren breit erörtert, auf welcher Ebene welche Verteidigungsrechte zu gewähren sind.¹⁰⁷ Bei Listing-Entscheidungen

¹⁰³ In einem engeren Sinne von „Verfahren der Rechtsverteidigung und Rechtsdurchsetzung“ spricht *Schmidt-Aßmann* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 58, der darunter kontradiktorische Verfahren mit dem Prototyp des Widerspruchsverfahrens versteht.

¹⁰⁴ *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 77.

¹⁰⁵ *F. Schoch* DV 25 (1992), 21 (27f.) und im Anschluss *M. Burgi* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 155 (171) sowie im Erstreferat *Gurlit* *Eigenwert des Verfahrens* (Fn. 30), unter II. 3. b) sprechen von der „Schutzfunktion“ in Abgrenzung zur „Bewirkungsfunktion“ des Verwaltungsverfahrens.

¹⁰⁶ Grundlegend *Wahl* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 16), 160ff.

¹⁰⁷ Allgemein tendieren die Unionsgerichte dazu, bei bloß vorbereitenden Maßnahmen nur wenige Verfahrensrechte wie namentlich das Recht auf Hinzuziehung eines Anwalts anzuerkennen, einen Anspruch auf Gehör dagegen zu verneinen, wenn die Einwände noch hinreichend im Hauptverfahren berücksichtigt werden können; vgl. EuGH, Slg. 1980, 2033 Rn. 21 – National Panasonic. Anderes gilt, wenn mit der vorbereitenden Maßnahme irreparable Belastungen verbunden sind; EuGH, Slg. 1989, 2859 Rn. 15 – Hoechst; Überblick bei *F. Wettner* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Hrsg.) *Der Europäische Verwaltungsverbund: Formen und Verfahren der*

des UN-Sicherheitsrats müssen gravierende Rechtsschutzdefizite¹⁰⁸ im Wege nacharbeitenden Grundrechtsschutzes so weit wie möglich durch Anhörungsrechte und Begründungspflichten auf europäischer Umsetzungsebene kompensiert werden.¹⁰⁹ Elaborierte Vergabeverfahren dienen nicht zuletzt dem Bieterschutz. In Planfeststellungs- und Anlagen-genehmigungsverfahren hat die Beteiligung der Öffentlichkeit für die unmittelbar rechtlich Betroffenen auch Grundrechtsschutz durch Verfahren zu gewährleisten.¹¹⁰

Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, 181 (205f.); *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 59; *Craig* EU Administrative Law (Fn. 42), 315f.; zu Schutzlücken in den europäischen Verfahrens(grund)rechten am Beispiel des Verbundverfahrens nach der KartellVO Nr. 1/2003 s. *Britz* FS Fachbereich Rechtswissenschaft (Fn. 43), 115 (117ff.).

¹⁰⁸ Der UN-Sanktionsausschuss entscheidet zwar in einem formalisierten (Verwaltungs-)Verfahren, doch sind eine Anhörung oder irgendwelche andere Verteidigungsrechte für gelistete Personen nicht vorgesehen und bis vor kurzem fehlte auch jegliche Begründungspflicht; dazu *K. Schmalenbach* JZ 2009, 35 (36); *H. Sauer* NJW 2008, 3685; zur neuerdings rudimentär verankerten Begründungspflicht vgl. SR-Resolution 1822 (2008) vom 30. 6. 2008, Ziff. 13 sowie Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work (adopted on 7 November 2002, as amended on 22 July 2010), Nr. 6 lit. k, Nr. 9 lit. a. Kleine Verbesserungen ergeben sich durch die Einspruchsmöglichkeit beim „Focal Point“ im UN-Generalsekretariat (siehe SR-Resolution 1730 [2006] vom 19. 12. 2006) sowie neuerdings bei der „Ombudsperson“ (siehe SR-Resolution 1904 [2009] vom 17. 12. 2009, Ziff. 20f.; dazu *C. Feinäugle* ZRP 2010, 188ff.); vgl. ferner Security Council Committee established pursuant to resolution 1267 (1999) concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities, ebd., Nr. 7 (Delisting), doch handelt es sich dabei nicht um unabhängigen Rechtsschutz.

¹⁰⁹ Vgl. EuGH, EuGRZ 2008, 480ff. – Kadi und Al Barakaat/Rat und Kommission; durch EuG, EuGRZ 2011, 48ff. – Kadi/Kommission wurde die nachgebesserte Verordnung erneut aufgehoben, weil die Verteidigungsrechte von Kadi „nur rein formal und dem Anschein nach ‚geachtet‘ worden“ seien. Zu diesem Konzept nacharbeitenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren näher *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 130ff., zusammenfassend Rn. 137; angedeutet bei *K. Schmalenbach* JZ 2009, 35 (40); vgl. auch *G. Della Cananea* ELR 32 (2007), 896ff.; weiterreichende Verallgemeinerung bei *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 373, vgl. auch Rn. 20f.; kritisch *J.A. Kämmerer* EuR 2009, 114 (126).

¹¹⁰ Grundlegend BVerfGE 53, 30 (59f. u. 62ff.) – Mülheim-Kärlich; *K. Hesse* EuGRZ 1978, 427 (434ff.); zum aktuellen Diskussionsstand *E. Schmidt-Aßmann* in: Merten/Papier (Fn. 91), § 45; zusammenfassend mwN *Rossen-Stadtfeld* GVwR II (Fn. 2), § 29 Rn. 39 u. 41f.

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung

Über die Rechtsverteidigung individuell Betroffener hinaus soll die Behörden- und vor allem Öffentlichkeitsbeteiligung in Großverfahren für die (Umwelt-)Auswirkungen des Projekts sensibilisieren und eine plurale Informations- und Interessenverarbeitung ermöglichen. In Deutschland betrifft dies vor allem die Bauleitplanung, die Planfeststellung von Infrastrukturprojekten sowie komplexe umweltrechtliche Genehmigungsverfahren. In Frankreich findet sich Vergleichbares bei der *enquête publique*.¹¹¹ Generell wichtiger als eine obligatorische mündliche Erörterung¹¹² ist die Beteiligung der Öffentlichkeit zu einem frühen Zeitpunkt, in dem noch möglichst wenig informelle Vorfestlegungen existieren.¹¹³ Die vorgezogene Bürgerbeteiligung bei der Bauleitplanung (§ 3 BauGB) sollte insoweit auch für die Planfeststellung als Vorbild dienen.¹¹⁴

¹¹¹ Kennzeichnend ist folgende Verfahrensgestaltung: Für ein Vorhaben wird aufgrund eines Organisationsbeschlusses des Präfekten bzw. Bürgermeisters ein unabhängiger Beauftragter bzw. eine unabhängige Kommission (*commissaire enquêteur* bzw. *commission d'enquête*) ernannt, der eine öffentliche Auslegung der Projektunterlagen einschließlich einer Begründung des Vorhabenträgers, warum er sich für die dargelegte Alternative entschieden hat, auslegt und Stellungnahmen aus der Öffentlichkeit entgegennimmt. Anhand dieser Informationen hat der Beauftragte eine begründete zustimmende oder ablehnende (ggf. auch Modifikationen empfehlende) Stellungnahme zu dem Projekt abzugeben. Siehe Art. R512–14 du code de l'environnement; näher *Ladenburger* (Fn. 4), 63 ff. Die zuständige Behörde ist daran nicht gebunden, doch ist gegen eine von der Empfehlung abweichende Zulassung des Projekts vereinfacht vorläufiger Rechtsschutz möglich, teilweise verlagert sich auch die sachliche Zuständigkeit für die Zulassung. Die *enquête publique* dient der Sachaufklärung, der Information der Öffentlichkeit mit Werben um Akzeptanz für das Projekt sowie der Partizipation (wobei die Öffentlichkeit gleichzeitig auch als Kontrollinstanz fungiert); die Wahrung subjektiver Rechte steht dagegen in Frankreich weniger im Vordergrund. Im Leitbegriff der Verwaltungstransparenz wird der *enquête publique* dabei ein beträchtlicher Eigenwert zugeschrieben; s. *ders.*, ebd., 72 ff.

¹¹² Ein mündlicher Erörterungstermin wird nach den Fachgesetzen idF des Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetzes teilweise nur noch optional durchgeführt (zB § 10 Abs. 6 BImSchG; unverändert obligatorisch dagegen nach § 73 Abs. 6 VwVfG); dazu kritisch *A. Guckelberger* DÖV 2006, 97 ff.; *P. Cancik* DÖV 2007, 107 ff. Zur grundsätzlichen Vereinbarkeit mit der Aarhus-Konvention *Schneider* GVwR II (Fn. 2), § 28 Rn. 83.

¹¹³ Allgemein für Partizipation bereits *Schmitt Glaeser* Partizipation (Fn. 7), 179 (239).

¹¹⁴ *M. Wickel* in: *Fehling/Kastner* (Fn. 70), § 73 VwVfG Rn. 106. Die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Raumplanung (§ 10 ROG bzw. § 15 Abs. 3 S. 3 ROG) kann diese Funktion einer vorgezogenen Bürgerbeteiligung wohl nur teilweise übernehmen, weil auf dieser weit abstrakteren Ebene zwar gewisse Umweltschutzfragen the-

Das Unionsrecht verleiht der Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung besondere Dynamik, auch als Gegengewicht zu einer teilweisen Verfahrensprivatisierung bei Rückzug auf eine nachvollziehende Amtsermittlung.¹¹⁵ Durch die Aarhus-Konvention gewinnt dieses Konzept der Problemsensibilisierung eine neue Qualität. Insbesondere wird der Rechtsschutz ausgeweitet, um Bürger und Verbände zur effektiven Durchsetzung der UVP zu mobilisieren.¹¹⁶ Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bleibt dabei in seiner nur halbherzigen Loslösung vom Individualrechtsschutz ambivalent, lässt sich jedoch richtlinienkonform auslegen.¹¹⁷ Das französische Recht tut sich hier

matisiert werden (im Zusammenhang mit der strategischen Umweltplanung), aber oftmals noch keine konkrete Betroffenheit von Bürgerinteressen absehbar sein wird und deshalb eine Aktivierung der potentiell betroffenen Öffentlichkeit schwierig ist.

¹¹⁵ Grundlegend *J.-P. Schneider* Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, 1991, insbes. 88 ff.; allgemeiner zur nachvollziehenden staatlichen Kontrolle bei Privatverfahren *I. Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 50.

¹¹⁶ Zum entsprechenden Konzept des Unionsrechts allgemein grundlegend *J. Masing* Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, insbes. 35 ff.; zuletzt *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 154 ff. Zur Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG bei unterbliebener UVP bereits vor dem UmwRG OVG Koblenz, DÖV 2005, 436 ff.; in Anknüpfung an EuGH, NVwZ 2004, 593 ff. – Wells (zu Art. 1 Abs. 2 u. Art. 4 Abs. 2 UVP-Richtlinie); vgl. auch BVerwGE 131, 352 (Rn. 24 ff.), wo ausführlich § 45 VwVfG geprüft (und bejaht) wird, ohne § 46 VwVfG zu erwähnen; *Danzwitz* (Fn. 41), 543. Zur UVP-Rechtsprechung als Indiz für eine allgemeine Ausweitung des Drittschutzes bei Verfahrensrechten im Gemeinschaftsverwaltungsrecht *Schoch* ebd., § 50 Rn. 173. Nicht zuletzt eine „Kompensation für die abnehmende Qualität der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung“ und damit wohl auch des Verfahrensverfahrens sieht in der Verbandsklage dagegen *T. Groß* DV 43 (2010), 349 (375 f.).

¹¹⁷ In § 4 Abs. 1 u. 3 UmwRG wird die Durchführung einer UVP bzw. Vorprüfung zum absoluten Verfahrensrecht erhoben, dessen Verletzung ohne Anwendung von § 46 VwVfG von klageberechtigten Vereinigungen (Verbandsklage) und von Individualklägern geltend gemacht werden kann. Freilich existiert ein gewisser Widerspruch zu § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 UmwRG, denn danach sind Vereinigungen nur klagebefugt, wenn die geltend gemachte Vorschrift „Rechte Einzelner begründet“. Diese Einschränkung kann jedoch auf eine gänzlich unterbliebene UVP oder Vorprüfung nicht streng angewendet werden, weil dann § 4 Abs. 1 u. 3 UmwRG entgegen der unionsrechtlichen Vorgaben leer liefe. Die UVP-Vorschriften begründen nämlich gerade keine „Rechte Einzelner“, sofern man – was freilich keineswegs zwingend erscheint – das traditionelle deutsche Verständnis des subjektiv-öffentlichen Rechts zugrunde legt. Diese Fragen bleiben aber umstritten; für die Unanwendbarkeit von § 46 VwVfG *S. Schlacke* ZUR 2009, 80 (82); *M. Kment* NVwZ 2007, 274 ff.; aA demgegenüber *W.F. Spieth/M. Appel* NuR 2009, 312 ff.; zur Ausweitung der Klagebefugnis *S. Schlacke* in: *Schlacke/Schrader/Bunge* (Hrsg.) Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht, 2010, § 3 Rn. 173 ff.; *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 181; aA im Vorfeld *W. Durner* ZUR 2005, 285 (289); *M. Schmidt-Preuß* NVwZ 2005, 489 (495 f.); eine Klärung in der Rspr. steht noch aus; vgl. den Vorlagebeschluss

mangels subjektiver Rechtsschutztradition leichter; das dortige Umweltgesetz ermöglicht ausdrücklich eine einstweilige Verfügung zum Stoppen eines Projekts, das ohne die erforderliche Umweltverträglichkeitsprüfung (*étude d'impact*) zugelassen wurde.¹¹⁸

3. *Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte (Vergabe-)Verfahren*

Eine weitere Facette kommt bei ökonomisierten Vergabe- und sonstigen Verteilungsentscheidungen für knappe Güter¹¹⁹ zum Ausdruck. Denn diese Zuteilungsentscheidungen beruhen auf dem Prinzip weitge-

des OVG Münster, ZUR 2009, 380 ff., wo auch eine richtlinienkonforme Auslegung oder unmittelbare Anwendung der UVP-Richtlinie erwogen wird; für richtlinienkonforme Auslegung die Generalanwältin *Sharpston*, Schlenanträge Rs (-115/09 vom 16. 12. 2010, R. 84); Verzicht auf Vorlage und stattdessen Zulassung der Revision: VGH Kassel, ZUR 2010, 46 ff., wo die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung und die unmittelbare Anwendbarkeit mangels hinreichender Bestimmtheit der Richtlinienbestimmungen verneint wurden; demgegenüber eine Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht fordernd OVG Lüneburg, NuR 2009, 58 (Rn. 26 ff.). Einzelne Verfahrensschritte bei der UVP („wie“ statt „ob“ der Prüfung) stehen zumindest nicht explizit unter dem Schutz des § 4 Abs. 1 UmwRG; eine erweiternde Auslegung (etwa Ausdehnung des absoluten Verfahrensrechts auf alle wesentlichen Schritte der UVP) erscheint nicht ohne weiteres geboten, da § 10a der geänderten UVP-Richtlinie ausdrücklich ein Festhalten am System des bloßen Individualrechtsschutzes zulässt, sofern das Gebot des weiten Gerichtszugangs auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht erfüllt wird; das vollständige Fehlen der Öffentlichkeitsbeteiligung von bloßen Verstößen gegen §§ 5, 6 UVPG abgrenzend VGH Kassel, ZUR 2009, 87 (Rn. 5 ff.); VGH Kassel, ZUR 2010, 46 (Rn. 15 ff.); strenger *Schoch* ebd., § 50 Rn. 316. Der hinreichend weite Gerichtszugang kann bereits im geltenden Individualrechtsschutzsystem durch Anerkennung materiell-akzessorischer Verfahrensrechte auf ordnungsgemäße UVP-Durchführung und durch ein Ernstnehmen der Beweislastverteilung im Wortlaut des § 46 VwVfG erreicht werden. Zum Ganzen *M. Fehling* in: Schneider/Theobald (Hrsg.) Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. (im Erscheinen), § 8 Rn. 224 f.; *Quabeck* (Fn. 30), 269 ff.

¹¹⁸ Art. L122-2 du code de l'environnement zuletzt geändert durch Art. 230 de la loi n° 2010-788 vom 12. 7. 2010. Durch die Änderung wurde die Zahl der UVP-pflichtigen Vorhaben und damit auch der Anwendungsbereich des Art. L122-2 erweitert.

¹¹⁹ Zum Anwendungsbereich im Regulierungsrecht *M. Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 20 Rn. 25 ff.; zu Versteigerungsverfahren *M. Martini* Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008; zur besonderen Transparenz ökonomischer Verteilungsverfahren (insbes. Versteigerungen) und zum Vorrang materieller Auswahlkriterien, wenn über die Effizienz hinaus spezifische Gemeinwohlzwecke verfolgt werden, s. auch *D. Kupfer* Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschafts-verwaltungsrecht, 2005, 537 ff.

hender Verfahrensgerechtigkeit.¹²⁰ An die Stelle inhaltlicher Maßstäbe im sogenannten *beauty contest* tritt die Erwartung ökonomischer Effizienz durch wettbewerbliche Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren.¹²¹ Die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätze der Transparenz durch Ausschreibung und der Nichtdiskriminierung¹²² sind ebenfalls prozeduraler Natur.¹²³

Wo bei der Auftragsvergabe auch Sekundärzwecke verfolgt werden, gewinnt das Vergabeverfahren über die Effizienzsicherung hinaus eine zusätzliche instrumentelle Funktion. Politische Ziele müssen auf einer passenden Verfahrensebene transparent abgearbeitet werden, um versteckten Diskriminierungen entgegen zu wirken.¹²⁴

¹²⁰ Dies betonen A. Voßkuhle in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (295 ff.); H. Kaelble *Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit*, 2008, 225 f.; eingehend mit zahlreichen Referenzgebieten *Wollenschläger* *Verteilungsverfahren* (Fn. 27), 82 ff. u. 592 ff., zum Vergaberecht 244 ff. u. zusammenfassend 687 ff.; ebenso im Erstreferat *Gurlit* *Eigenwert des Verfahrens* (Fn. 30), unter III. 2. c). Zum Anspruch auf Durchführung des gesetzlich geregelten Vergabeverfahrens BGHZ 162, 116 (120 ff.). Etwas weniger verfahrensgeprägt sind Verteilungsentscheidungen anhand materiell-rechtlicher Maßstäbe; s. aber BVerfGE 73, 280 (206): Grundrechtsschutz durch Verfahren zur Sicherung einer sachgerechten Auswahl bei Notarbewerberrn; BVerwGE 118, 270 (273 ff.): zwecks Grundrechtsschutzes durch Verfahren Informationsanspruch des potentiellen Bewerbers um eine PBefG-Genehmigung über neu zu vergebende Buslinien; hervorgehoben von M. Schmidt-Preuß NVwZ 2005, 489 (490 f.).

¹²¹ Bei Vergabeverfahren bezeichnet das Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots nur eine formale Preis-Leistungs-Relation; zur Konkretisierungsbedürftigkeit im Verfahren *Kaelble* (Fn. 120), 169. Noch deutlicher wird die inhaltliche Maßstabsarmut bei Versteigerungsverfahren; zur Notwendigkeit der „verfahrensrechtlichen Strukturierung“ zwecks (auch grundrechtlich gebotener) Disziplinierung der durch Versteigerungsverfahren bewirkten Ökonomisierung bereits *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (62). Zur Fokussierung der Gerichtskontrolle im Vergaberecht auf eine Verfahrenskontrolle *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 8.

¹²² Dies zwingt zwar nicht zu einem förmlichen Vergabeverfahren, wohl aber zu einem angemessenen Grad an Öffentlichkeit (im Sinne einer nichtförmlichen Bekanntmachung der Vergabeabsicht; vgl. EuGH, Slg. 1999, I-8291 Rn. 31 – Union Scandinavia) und einer transparenten Gestaltung des weiteren Verfahrensablaufs. Diese Vorgaben gelten nicht nur für die wettbewerbliche Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, sondern auch für die Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen ohne (offenen) Wettbewerb; zu den Konsequenzen für den öffentlichen Verkehr M. Fehling in: Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.) VO (EG) 1370/2007, 2010, Art. 7 Rn. 37 ff.

¹²³ Vgl. *Quabeck* (Fn. 30), 240 ff.; *Wollenschläger* *Verteilungsverfahren* (Fn. 27), 205.

¹²⁴ Näher *Fehling* in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 33), 119 (143) mwN; M. Fehling in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), *Handkommentar Vergaberecht*, 2011, § 97 GWB

Beim finanziellen Ausgleich für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstärkt das Beihilfenrecht im Lichte der Altmark-Trans-Entscheidung den Druck in Richtung solcher wettbewerblichen Vergabeverfahren.¹²⁵

4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren

Wo im europäisierten Verwaltungsrecht komplexen mitgliedstaatlichen Maßnahmen transnationale Wirkung zukommt, gewinnen gestufte Verbundverfahren an Bedeutung. Sie sind gekennzeichnet durch die Beteiligung von Behörden verschiedener Mitgliedstaaten sowie der Kommission oder europäischer Agenturen.¹²⁶ Mit solchen vertikalen und horizontalen Verbünden begegnet man dem „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“: Bei Wahrung dezentraler nationaler Vollzugsspielräume muss zugleich eine koordinierte, diskriminierungsfreie und effektive Durchsetzung des Unionsrechts gesichert werden.¹²⁷ Im Regulierungsrecht liegt ein besonderer Eigenwert der europäischen Verfahrensvernetzung zudem in der Sicherung größerer Distanz zu nationalen industriepolitischen Interessen.¹²⁸

Im Vergleich zu mehrphasigen deutschen Verwaltungsverfahren¹²⁹ wächst auf europäischer Ebene die Bedeutung der verschiedenen Verfahrensstufen und ihrer Vernetzung erheblich, sowohl für die Nutzung dezentraler Wissensressourcen und die Legitimation transnationaler Entscheidungswirkungen als auch für die Strukturierung des gesplitt-

Rn. 133 ff., insbes. 136. Zum Vergaberecht als Mittel indirekter Steuerung auch *P. Steinberg* Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005, 35 ff. u. 50 ff.; stellvertretend für die Kritiker *M. Dreher* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) *GWB-Kommentar*, 4. Aufl. 2007, § 97 Rn. 174 ff.; zum Diskriminierungsrisiko auch *H. Schulze-Fielitz* GVwR I (Fn. 1), § 12 Rn. 147.

¹²⁵ Denn andernfalls müsste der Verdacht einer Überkompensation anhand eines Unternehmensvergleichs widerlegt werden, was nur sehr schwer zu bewerkstelligen ist, s. *Quabeck* (Fn. 30), 243 f.; *M. Pöcker* EuZW 2007, 167 ff.; *Kaelble* (Fn. 120), 246; für den Verkehrssektor *Fehling* in: ders./Ruffert (Fn. 18), § 10 Rn. 43.

¹²⁶ Zu den verschiedenen Erscheinungsformen grundlegend *G. Sydow* Verwaltungs-kooperation in der Europäischen Union, 2004; *Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold* (Fn. 107); unter Berücksichtigung neuerer Beispiele, namentlich des komplexen Kontrollsystems für Chemikalien nach der REACH-VO, *T. Siegel* Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009.

¹²⁷ Am Beispiel der Netzwirtschaften grundlegend *G. Britz* EuR 2006, 46 (55 ff.); zuletzt kritisch *K. Gärditz* AöR 135 (2010), 251 (268 f.).

¹²⁸ *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 62.

¹²⁹ Der Eigenwert von meist rein internen Mitwirkungsakten bleibt hier eher gering; vgl. nur *Maurer* Verwaltungsrecht (Fn. 27), § 9 Rn. 28.

ten Gerichtsschutzes.¹³⁰ Dabei vollzieht sich europäische Verwaltung nicht nur in einem Entscheidungsverbund (etwa für Regulierungsverfügungen in der Telekommunikation¹³¹), sondern auch in einem Informations- und Kontrollverbund.¹³² Ein Beispiel für einen Informationsverbund als Fundament eingriffsintensiver Kontrollstrukturen liefert die Kartellverordnung Nr. 1/2003.¹³³ Hier öffnet sich das Verfahrensrecht für das Zusammenspiel von Außen- und Innenrecht, von rechtsförmlichen und informellen Steuerungsmechanismen, von punktuellen Eingriffsmaßnahmen und kontinuierlichen Aufsichtsverhältnissen. In dieser erweiterten Perspektive rücken der Kommunikationscharakter von Verfahrenshandlungen und ihre Verknüpfung im Prozess der Wissensgenerierung und -implementation in den Vordergrund.¹³⁴

¹³⁰ Für den Regulierungsverbund in der Telekommunikation eingehend *M. Schramm* DÖV 2010, 387 ff.

¹³¹ Dazu grundlegend *H.-H. Trute* FS Selmer, 2004, 565 ff.; *K.-H. Ladeur/C. Möllers* DVBl. 2005, 525 ff.; *J.-P. Schneider* in: Fehling/Ruffert (Fn. 18), § 8 Rn. 107 ff.

¹³² *E. Schmidt-Aßmann* GVwR I (Fn. 1), § 5 Rn. 16.

¹³³ Kurzüberblick bei *Fehling* in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 62; zu den traditionellen Verteidigungsrechten (Anhörung, Akteneinsicht) bei Inspektionen näher, die Unklarheiten im Sekundärrecht kritisierend, *A. David* Inspektionen im europäischen Verwaltungsrecht, 2003, 303 ff.; *dies.* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Fn. 107), 237 (254 ff.); kritisch zu potentiellen Schutzlücken unter der VO (EG) Nr. 1/2003 wegen unterschiedlichen nationalen Schutzniveaus bei den Verteidigungsrechten *Britz* FS Fachbereich Rechtswissenschaft (Fn. 43), 115 (118 ff.). Die rechtmäßige Informationserhebung unter Wahrung auch etwaiger Verfahrensrechte, aber auch die Zweckbindung der Informationen werden in Art. 12 VO (EG) Nr. 1/2003 durch ein Beweisverwertungsverbot abgesichert. Dieses Modell erscheint tendenziell verallgemeinerungsfähig. Es kristallisiert sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts heraus, wonach eine Verletzung mitgliedstaatlicher Verteidigungs- oder sonstiger Verfahrensrechte bei der Informationsbeschaffung auf europäischer Ebene zu einem Verwertungsverbot führt; so *F. Wettner* in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Fn. 107), 181 (206 ff.), unter Verweis auf das insoweit freilich wenig klare Urteil EuGH, Slg. 2003, I-3735 Rn. 70 ff. – Joachim Steffensen. – Für einen tendenziell eher begünstigenden, weil im Wesentlichen die Grundfreiheiten prozedural absichernden Verbund kann die Dienstleistungsrichtlinie (insoweit umgesetzt in §§ 8a ff. VwVfG) als Beispiel dienen, dazu *Fehling* ebd., § 12 Rn. 63.

¹³⁴ Zum „Lernziel“ des Vollzugsverbunds *M. Eifert* in: Collin/Spiecker gen. Döhrmann (Hrsg.) Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, 159 (160 ff.); zum Problem, Informationen im Verwaltungsverbund durch europäische Agenturen in Wissen umzusetzen, *A.-B. Kaiser* in: Schuppert/Voßkuhle (Hrsg.) Governance von und durch Wissen, 2008, 217 (230 ff.).

5. *Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)*

Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens kann schließlich auch in einem beschleunigenden, serviceorientierten Verfahrensmanagement liegen. Dies zeigen die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung (insoweit insbes. §§ 71a ff. n.F. VwVfG).

In den früheren deutschen Beschleunigungsanstrengungen sahen Kritiker meist eine pauschale Geringschätzung des (Genehmigungs-) Verfahrens als lästige und verzögernde Hürde auf dem Weg zum Investitionsziel.¹³⁵ So berechtigt diese Kritik teilweise auch gewesen ist,¹³⁶ so war sie doch zu einseitig; schließlich gab es auch damals schon Ansätze, die Problemlösungskapazität des Verfahrens ohne Substanzverlust durch Projektmanagement, Vorantragskonferenz und Sternverfahren zu stärken.¹³⁷ Nun soll ein elaboriertes Verfahrensmanagement mit

¹³⁵ Entsprechende Kritik an der Beschleunigungsgesetzgebung zB bei *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 5 u. 585; *W. Erbguth* DÖV 2009, 921 (923 ff. u. 931 f.); vgl. auch *G. Lübbe-Wolff* ZUR 1995, 57 (59); die einzelnen Kritikpunkte auflistend *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (351 ff.).

¹³⁶ Eine gewisse Geringschätzung des Verfahrens verrät die Begründung der BReg zum GenBeschlG, BT-Drs. 13/1445, 6: „[M]it den vorgeschlagenen Beschleunigungsmaßnahmen [sollen] die dienende Funktion der Zulassungsverfahren für die Sachentscheidung wieder stärker in den Vordergrund gerückt und die Verfahrenseffizienz im Rahmen der Verfahrenszwecke stärker zum Ausdruck gebracht werden“. Zu einseitig die Interessen des Investors im Blick, wonach jede Verfahrensbeschleunigung ein wirtschaftlicher Gewinn sei, hatte auch die vorbereitende *Unabhängige Expertenkommission* Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren, 1994, Rn. 200 ff.; immerhin wurde aber an anderer Stelle auch die Interessenausgleichsfunktion des Genehmigungsverfahrens als unverändert wichtig betont (ebd., Rn. 919) und die Notwendigkeit einer Risikoverlagerung auf den Investor als Preis für die Beschleunigung angemerkt (ebd., Rn. 133); vgl. *K.-W. Schatz* Jb. für Neue Pol. Ökonomie 15 (1996), 11 (21), wonach es „stets ein volkswirtschaftlicher Gewinn“ sei, „wenn eine Genehmigung *ohne Verlust an Qualität* in kürzerer Zeit erteilt wird“ – Hervorhebung von mir. *E. Gawel* Jb. für Nationalökonomie u. Statistik 216 (1997), 74 (89) kritisiert mit Recht die zu einseitige betriebs- statt gesamtwirtschaftliche Ausrichtung der Kommissionsvorschläge.

¹³⁷ *M. Bullinger* Beschleunigte Genehmigungsverfahren für eilbedürftige Vorhaben, 1991, insbes. 74 ff.; vergleichend mit Frankreich die Beiträge in ders. (Hrsg.) Von der bürokratischen Verwaltung zum Verwaltungsmanagement, 1993; zum theoretischen Hintergrund ders. JZ 1991, 53 ff. Zur Ambivalenz der Beschleunigungsgesetzgebung *Kaiser* (Fn. 7), 212 ff. Die durch das GenBeschlG eingefügten §§ 71a ff. VwVfG aF, wo Vorantragskonferenz und Sternverfahren explizit geregelt waren, wurden im Zuge der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie wieder aufgehoben, weil sie ihre Signal- und Anstoßfunktion erfüllt hätten; s. BT-Drs. 16/10493, 17.

einheitlichem Ansprechpartner¹³⁸ und erleichterter elektronischer Abwicklung¹³⁹ positiv dazu beitragen, die Belastung durch verzweigte materiell-rechtliche Anforderungen für aus- wie inländische Dienstleister weniger spürbar zu machen; das Genehmigungsverfahren gewinnt so den Eigenwert eines Lotsen durch die Untiefen des materiellen Genehmigungsrechts.¹⁴⁰ Diesem Konzept einer Beschleunigung ohne Substanzverlust lässt sich eine große Karriere prognostizieren, bis hin zu umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren.¹⁴¹ Dagegen würde eine Ausweitung der Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG)¹⁴² über den Bereich der Dienstleistungsrichtlinie hinaus den produktiven Eigenwert des Verwaltungsverfahrens wesentlich schmälern.¹⁴³

¹³⁸ Eingehend dazu *J. Ziekow/A. Windoffer* (Hrsg.) Ein einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2007. Zu den verschiedenen Modellen eines einheitlichen Ansprechpartners unter besonderer Berücksichtigung der Kammerlösung *A. Windoffer* *GewArch* 2008, 97 ff.; zu den – lösbaren – Umsetzungsproblemen im Föderalismus *S. Schulz* *DÖV* 2008, 1028 ff.

¹³⁹ Dazu *A. Luch/S. Schulz* in: *Schliesky* (Hrsg.) Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung – Teil II, 2009, 219 ff.; allgemeiner *G. Britz* *GVwR* II (Fn. 2), § 26 Rn. 30 f., 33, 53, 62.

¹⁴⁰ *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (55 f.).

¹⁴¹ *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (55 f.); erste Überlegungen in diese Richtung wegen des Scheiterns des UGB bei *C. Buchmann* *NuR* 2009, 380 (383 f.); kritisch zur bisherigen „Minimallösung der Umsetzung“ *C. Ernst* *DVBf.* 2009, 953 (960 f.).

¹⁴² Dazu *A. Guckelberger* *DÖV* 2010, 109 ff.; *M. Uechtritz* in: *Burgi/Schönenbroicher* (Hrsg.) Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts, 2010, 61 ff. Zu den entsprechenden Vorgaben in der Dienstleistungsrichtlinie *D. Bernhardt* *GewArch* 2009, 100 ff.

¹⁴³ Skeptisch einzuschätzen ist die Realisierbarkeit einer Beschleunigung ohne Substanzverlust, soweit nicht nur die Verzahnungen zwischen den Vorgängen – etwa durch das Internet – optimiert werden sollen, sondern ohne höheren Ressourceneinsatz eine Verkürzung der Bearbeitungszeit selbst angestrebt wird. Dahinter steht die Vorstellung, man könne das Verfahren vereinfachen, ohne die Prüfleistungen, die eine Genehmigung für den Verwaltungskunden und gegebenenfalls Drittbetroffene erbringen soll, spürbar zu schmälern. Dies suggeriert eine unrealistische Entkoppelung des Verfahrensaufwands vom materiellen Recht, im Widerspruch zu der Erkenntnis von der produktiven Funktion des Verwaltungsverfahrens als Verwirklichungsmodus des (Genehmigungs-)Rechts. Deshalb eignet sich die neue Genehmigungsfiktion (§ 42a VwVfG) nur für gebundene Entscheidungen in typischerweise einfach gelagerten Fällen ohne Drittbetroffene, nicht aber für Anlagengenehmigungen im Umweltrecht. Zum Ganzen *Fehling* in: *ders./Grewlich* (Fn. 85), 43 (51 ff.). Zu drohenden verzögernden Strategien des Unterlaufens der Genehmigungsfiktion *S. Eisenmenger* in: *Fehling/Kastner* (Fn. 70), § 42a VwVfG Rn. 10.

V. Folgerungen

1. *Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung*

Versucht man aus diesen ganz unterschiedlichen Facetten eines Eigenwertes von Verwaltungsverfahren allgemeine Entwicklungslinien und Strukturen herauszuarbeiten, so drängt sich als erste Schlussfolgerung auf: Die zu beobachtende Aufwertung des Verfahrensgedankens speist sich ganz vorrangig aus den Vorgaben des Unionsrechts für den indirekten Vollzug und die Verbundverwaltung.¹⁴⁴ Es handelt sich also um eine gesamteuropäische Entwicklung, nicht um eine nachholende Modernisierung des deutschen Rechts. Dabei mag die Steuerung des mitgliedstaatlichen Vollzugs primär durch Verfahren auch dem Umstand geschuldet sein, dass man sich auf eine Angleichung des materiellen Rechts viel schwerer einigen kann.¹⁴⁵

Vom EU-Eigenverwaltungsrecht und ausländischen Rechtsordnungen geht dagegen insoweit kein signifikanter indirekter Reformdruck aus. Denn dort finden sich kaum weiterreichende Kommunikationsmuster als im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht.

2. *Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens*

Im Bestreben, die Problemlösungskapazität von Verwaltungsverfahren zu verbessern, verlagert sich – zweitens – die Aufmerksamkeit zunehmend auf eine Optimierung intra- und interadministrativer Verfahrenselemente.¹⁴⁶ Dies zeigt sich besonders an Verbundverfahren sowie am Konzept der Dienstleistungsrichtlinie, wo das äußere Verfahren zugunsten der Koordinierung im *Back Office* entlastet wird.¹⁴⁷ Selbst im Vergaberecht bildet das äußere Verfahren nur die Spitze des Eisbergs; ein Schwerpunkt liegt nämlich auf der Verpflichtung der Vergabestelle zur internen Konzeptbildung und Selbstprogrammierung in Leistungs-

¹⁴⁴ Ähnlich *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 7; teilweise aA *M. Schmidt-Preuß* NVwZ 2005, 489 (493f.), der gerade im direkten Vollzug des Unionsrechts besondere Prozeduralisierungsimpulse sieht und dazu auf Verfahrensbeteiligungen im EU-Kartell-, Beihilfen- und Außenwirtschaftsrecht verweist.

¹⁴⁵ Verfahrenssteuerung wahrt besser die Balance zwischen Rechtsharmonisierung und mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen.

¹⁴⁶ Größere Aufmerksamkeit für interne Verfahrenselemente in einem interne und externe Elemente verzahnenden Gesamtverfahren forderte schon *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Abmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (40f.).

¹⁴⁷ Zur „erstmaligen Erfassung des Innenbereichs der Verwaltung“ in der Dienstleistungsrichtlinie *M. Burgi* JZ 2010, 105 (111).

beschreibung und Zuschlagskriterien.¹⁴⁸ Die viel diskutierte Aufwertung der Öffentlichkeitsbeteiligung und damit auch des äußeren Verfahrens der UVP stellt sich in der Gesamtbetrachtung eher als sektorspezifische Besonderheit dar.

Dieser Befund bedeutet selbstverständlich nicht, dass Verfahrensgarantien und -kommunikation im Außenverhältnis zum Bürger vernachlässigt werden dürften. Insoweit datieren wichtige Reformschritte schon aus den 1970er Jahren.¹⁴⁹ Im Übrigen bleibt gerade in Mehrebenen-Verfahren durchaus auch die Stärkung der Verteidigungsrechte auf der Tagesordnung.¹⁵⁰

3. *Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens*

Als drittes ist festzustellen: Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt nicht vom Grad der gesetzlichen Verfahrensförmlichkeit ab.¹⁵¹ Dies zeigt sich schon am Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens. Augenfällig ist die Flexibilität beim Verfahrensmanagement durch einen einheitlichen Ansprechpartner. Selbst bei Verbundverfahren begnügt sich der Gesetzgeber oftmals mit einer eher allgemeinen Anordnung der Mitwirkungsakte sowie erweiterter Amtshilfepflichten¹⁵² und überlässt die konkrete Ausgestaltung den betroffenen Verwaltungen.¹⁵³

Im Vergaberecht, dem gemeinhin eine Überformalisierung nachgesagt wird, bemühen sich der deutsche Gesetzgeber und sogar die Europäische Union¹⁵⁴ um eine gewisse Flexibilisierung und einen erweiter-

¹⁴⁸ Vgl. *Wollenschläger* Verteilungsverfahren (Fn. 27), 209 ff., allgemeiner zur Konzeptphase bei Verteilungsverfahren 536 ff.; *Kaelble* (Fn. 120), 231 mit dortiger Fn. 181.

¹⁴⁹ Dies betrifft vor allem die Herausarbeitung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren mit der Forderung einer entsprechenden Auslegung des einfachen Verfahrensrechts; zur Einbettung in den Partizipationsdiskurs *Kaiser* (Fn. 7), 148 ff.

¹⁵⁰ Erinnert sei an das Konzept eines nacharbeitenden Grundrechtsschutzes durch Verfahren auf der zweiten (niedrigeren) Ebene in Konstellationen, wo auf der ersten (höheren) Ebene Rechtswahrungsdefizite bestehen; s. oben IV. 1. mit Fn. 109.

¹⁵¹ Erneut erscheint das Umweltrecht nicht als repräsentativ.

¹⁵² Zu den neuen §§ 8a ff. VwVfG und ihrem Hintergrund in der Dienstleistungsrichtlinie s. neben den einschlägigen Kommentierungen *H. Schmitz* NVwZ 2009, 1121 ff.

¹⁵³ Die Behörden haben dann in Verwaltungsvorschriften o.ä. ein Konzept für die Durchführung solcher Beteiligungsverfahren zu entwickeln, was eine gewisse Selbstbindung zur Folge hat. Zur Notwendigkeit inneradministrativer Konzeptbildung im europäischen Verwaltungsverbund allgemein *Röhl* GVwR II (Fn. 2), § 30 Rn. 84.

¹⁵⁴ Zum Versuch, mit dem neuen – freilich ebenfalls sehr komplizierten – Verfahren des wettbewerblichen Dialogs mehr Flexibilität bei besonders komplexen Vorhaben

ten Anwendungsbereich für weniger förmliche Verfahrensarten.¹⁵⁵ Selbst in England und den USA wird das Anhörungsgebot auf Verwaltungsebene nur noch in Ausnahmefällen im Sinne einer justizähnlichen mündlichen Verhandlung verstanden.¹⁵⁶ Förmliche Verwaltungungsverfahren besitzen zwar in allen untersuchten Rechtsordnungen sektorspezifisch eine mehr oder minder große Bedeutung, ein allgemeiner Trend zu förmlichen Verfahren existiert jedoch aus guten Gründen nicht.

4. Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verfahrens

Die verschiedenen Facetten eines (instrumentellen) Eigenwerts des Verfahrens führen – viertens – zu den zentralen Parametern der Informations- und vor allem auch Interessenverarbeitung.¹⁵⁷ Beides geht im Lernprozess zur Produktion von Entscheidungswissen regelmäßig Hand in Hand.¹⁵⁸ Wenn gelegentlich einseitig der Informationsaspekt betont wird, so liegt dem ein zu technokratisches Verwaltungsverständnis zugrunde.¹⁵⁹ Einerseits werden Informationen im Verfahren meist

zu schaffen, s. die Begründung des Richtlinienvorschlags KOM(2000) 275 endg. v. 30. 8. 2000, 5 ff.; zusammenfassend *M. Holoubeck* in: Pünder/Prieß (Hrsg.) Vergaberecht im Umbruch, 2005, 7 (16); *H. Pünder/I. Franzius* ZfBR 2006, 20.

¹⁵⁵ Zur Verfahrensvereinfachungsintention der letzten Vergabennovelle *F. Marx* in: Pünder/Prieß (Fn. 154), 23 ff. Die Regierungskoalition im 17. Deutschen Bundestag hat sich erneut die Vereinfachung des Vergaberechtssystems zum Ziel gesetzt, s. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17.

¹⁵⁶ *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) ist die einzige Entscheidung geblieben, wo tatsächlich eine vorherige mündliche Verhandlung gefordert wurde (so *Pierce* [Fn. 40], 806), weil ein Sozialleistungsempfänger oftmals kaum in der Lage sei, adäquat schriftlich zu kommunizieren. Teilweise wird freilich auf Verlangen eine nachträgliche mündliche Verhandlung gefordert; Kritik daran etwa bei *Pierce* ebd., 800 ff.; *J. L. Mashaw* 59 Cornell L. Rev. (1973–1974), 772 (787). *H.J. Friendly* 123 U. Pa. L. Rev. (1975), 1267 (1284 ff.), dort auch besonders kritisch zum Nutzen eines Kreuzverhörs.

¹⁵⁷ Besonders deutlich *Schuppert* (Fn. 12), 797 ff. Allgemeiner zum Interesse als Grundkategorie des Verwaltungsrechts *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 3. Kap. Rn. 63 ff.; zu interessensichernden und interessenaggregierenden Verfahren *ders.* GVwR II (Fn. 2), § 27 Rn. 59 f.; in die Deutung des Verfahrensverfahren als „Prozess der Wirklichkeitskonstruktion“ eingebettet bei *Hoffmann-Riem* in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.) Verwaltungsverfahren (Fn. 8), 9 (23 ff.).

¹⁵⁸ Vgl. auch *Quabeck* (Fn. 30), 190 f.; Andeutungen bereits bei *Pietzcker* Verwaltungsverfahren (Fn. 13), 193 (202 u. 204).

¹⁵⁹ Zum Paradigmenwechsel vom Partizipations- zum Informationsdiskurs mit der Gefahr einer zu technokratischen Sicht der Kommunikationsmuster allein aus dem Blickwinkel der Verwaltung und zu den sich dagegen richtenden Stimmen im Schrifttum *Kaiser* (Fn. 7), 257 ff.

interessengeleitet gefiltert und präsentiert, besonders von privaten Beteiligten,¹⁶⁰ womöglich aber auch von organisationspsychologisch festgelegten Fachbehörden.¹⁶¹ Andererseits sind die Interessen und daraus abgeleitete Positionen der Beteiligten nicht vollkommen statisch, sondern lassen sich durch Information und Kommunikation im Verfahren beeinflussen; auf dieser Hoffnung basieren namentlich Mediationsverfahren.¹⁶²

Je stärker die Interessenverarbeitung vom Gesetzgebungsverfahren und dem dort erzeugten materiellen Recht in das Verwaltungsverfahren verlagert ist, umso mehr steigt dessen Eigenwert.¹⁶³ Gerade in komplexen, politisch umstrittenen Abwägungssituationen mit weiten Gestaltungsspielräumen¹⁶⁴ ist oft auch der Sachverstand kontrovers¹⁶⁵ und wird so das Verwaltungsverfahren in besonderem Maße zum „Marktplatz der Interessen“.¹⁶⁶ In Verbundverfahren müssen unterschiedliche Blickwinkel von Behörden verschiedener Staaten und Ebenen verarbei-

¹⁶⁰ Dies betrifft nicht nur Verfahrensbeteiligte iSv § 13 VwVfG, sondern auch eingeschaltete Private in Strukturen regulierter Selbstregulierung; zur dortigen natürlichen Interessenbindung Privater als Unparteilichkeitsproblem oder Motivationspotential und daran anknüpfende Bewältigungsstrategien allgemein *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 353 ff. u. 430 ff., zu den Beispielen der privaten Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten bei der Bauleitplanung und der DEGES in der Verkehrswegeplanung ebd., 379 ff.; zur staatlichen (Unparteilichkeits-)Gewährleistungspflicht auch *Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 81 ff.; funktionale Äquivalente zu Befangenheitsregeln bei eingeschalteten Privaten zwecks Distanzsicherung fordert *M. Burgi* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren (Fn. 8), 155 (184 ff.); den „prozeduralen Charakter des Gewährleistungsverwaltungsrechts“ betont insoweit *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (insbes. 318 ff.).

¹⁶¹ Zum Problem einer durch Organisationsinteressen geleiteten selektiven Problemwahrnehmung *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 269 ff.

¹⁶² Optimistisch *H. Pünder* DV 38 (2005), 1 (6 ff.); zur Unterscheidung von Interessen und daraus abgeleiteten (verhandelbaren) Positionen, s. *ders.* NuR 2005, 71 (77); skeptischer *H. Bossong* DV 34 (2001), 145 (150 ff.); vgl. auch *Appel* GVwR II (Fn. 2), § 32 Rn. 105.

¹⁶³ Ähnlich etwa *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 16 a.E.

¹⁶⁴ Dies betrifft besonders weite Teile des Umweltrechts, des Risikorechts und des Regulierungsrecht, aber auch die Konkurrenz um knappe Güter.

¹⁶⁵ Dazu *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 150 ff., insbes. 155 ff.; zum Unparteilichkeitsproblem bei privaten Sachverständigen und den „prozeduralen Arrangements zur Organisation einer effektiven Sachverständigenbeteiligung“ auch *P. Scholl* Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005, 431 ff., vgl. auch 116 ff. u. 181.

¹⁶⁶ Zur dann notwendigen „Optimierung durch Verwaltungsverfahren“ *T. Würtenberger* Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139 (166 ff.); aufgegriffen etwa von *Schuppert* (Fn. 12), 808 ff.

tet werden.¹⁶⁷ Aber selbst in bipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen ohne Ermessensspielräume kann dem Verfahren dort ein hoher Eigenwert zukommen, wo die Sachverhaltsermittlung angesichts massiv divergierender Interessen von Bürger und Behörde große Probleme bereitet, wie etwa beim Asylrecht.¹⁶⁸

Wo umgekehrt typischerweise kein erheblicher Interessenkonflikt besteht und dadurch auch die Informationsbeschaffung und Wissensgenerierung kein besonderes Konfliktpotential aufweist, bleibt der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens gering.¹⁶⁹ Gegebenenfalls kann sich die Verwaltung mit dem minimalen Verfahrensaufwand begnügen, der zur abschließenden Regelung der unproblematischen Normalfälle ausreicht, während atypische Konfliktfälle vor Gericht mit seinem kontradiktorischen Verfahren abschließend geklärt werden.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Zur Notwendigkeit, in Verfahren mit transnationalen Wirkungen „[u]nterschiedliche Einschätzungen über die Richtigkeitserheblichkeit von Verfahrenselementen und -fehlern“ zu berücksichtigen, s. *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (50).

¹⁶⁸ Derzeit drängt die EU-Kommissarin für Inneres auf die Annahme der Änderung der Asylverfahrensrichtlinie 2005/85/EG. Die Kommission stellt in einem Bericht fest, dass die bisherigen Regelungen oft inkorrekt umgesetzt seien und vielfach falsch angewandt würden; in den Verfahren könnten deshalb leicht Verwaltungsfehler auftreten, s. Dokument IP/10/11000 v. 8. 9. 2010. Zur bisherigen Asylverfahrensrichtlinie im Kontext des europäischen Asylrechts s. *C. Costello* in: Hofmann/Türk (Hrsg.) *EU Administrative Governance*, 2006, 287 (313 f.). – Auf ähnlichen Erwägungen beruhte wohl auch das frühere (durch die Änderung der maßgeblichen EU-Richtlinie nun obsolete) „Vier-Augen-Prinzip“ bei der (allerdings im behördlichen Ermessen stehenden) Ausweisung von EU-Ausländern, wobei ein Verstoß zu einem „unheilbaren“ Verfahrensfehler führte, s. BVerwGE 124, 217 (221 f.) – Ein anderes Beispiel für die wegen Interessendivergenzen äußerst schwierige Sachverhaltsaufklärung ist die Besteuerung, s. *A. Musil* DÖV 2006, 505 (505).

¹⁶⁹ In der Funktion der Rechtmäßigkeitssicherung erscheinen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren dann weitgehend austauschbar und es geht in erster Linie darum, den Gesamtaufwand möglichst gering zu halten.

¹⁷⁰ Insoweit überzeugend *Bettermann* *Verwaltungsverfahren* (Fn. 20), 172 f. Durch das Institut der Beiladung erscheint eine solche Funktionenteilung mit dem Gerichtsverfahren gleichsam als besserem Verwaltungsverfahren sogar in einfach gelagerten dreiseitigen Rechtsverhältnissen nicht ausgeschlossen. Dagegen ist es kaum mehr möglich, ein breites Interessenspektrum im Prozess diskursiv nachzuarbeiten (zu diesem Konzept *Gerhardt* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Hrsg.] *Verwaltungsverfahren* [Fn. 8], 413 [420 f.]), vor allem wenn bei komplexen Verwaltungsverfahren eine Vielzahl von Dritten betroffen ist; zweifelnd insoweit auch *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 429 (452 f.).

VI. Europäische und rechtsvergleichende Impulse für eine ökonomische Perspektive

Verarbeitet man die Impulse aus anderen Rechtsordnungen, so drängt sich die ökonomische Perspektive auf. Sie verspricht einen transparenteren Maßstab oder zumindest eine anschauliche Darstellungsweise für ein angemessenes Verfahrensdesign und damit zusammenhängend für den Stellenwert des Verwaltungsverfahrens im Vergleich zum materiellen Recht.¹⁷¹

1. Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem

Einfallstor für eine ökonomische Betrachtung ist die Verfahrenseffizienz (§ 10 VwVfG).¹⁷² Sie ist nicht einseitig auf Verfahrensabbau und -vereinfachung, sondern auf Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ausgerichtet.¹⁷³ Ein höherer Verfahrensaufwand kann eine „gute Investition“ sein, wenn dadurch die Fehlerquote so verringert wird, dass der Nutzen besserer Verwaltungsentscheidungen die Verfahrenskosten überwiegt.¹⁷⁴

¹⁷¹ Eine Ökonomisierung von Verwaltungsverfahren ist in Deutschland vor allem im Zusammenhang mit der Beschleunigungsgesetzgebung kritisch diskutiert worden (zusammenfassend mwN *A. Voßkuhle* DV 34 [2001], 347 [351 ff.]). Im vergleichenden Kontext geht es dagegen nicht einseitig um Verfahrensstraffung zwecks Beschleunigung. Betrachtet wird vielmehr ein Konzept, in dem sich die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und damit dessen Eigenwert mehr oder minder flexibel in einer Abwägung von Verfahrenskosten und -nutzen bestimmen.

¹⁷² Gegen ein Verständnis von Verwaltungseffizienz als „rein technisch-ökonomische Rationalität des Verwaltungshandelns im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Wirtschaftlichkeitspostulats“ *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (466 f.); gegen eine „Überbetonung der einzelwirtschaftlichen Perspektive“ auch *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (363). Im Folgenden wird jedoch keine betriebswirtschaftliche, sondern eine gesamtwirtschaftliche Perspektive eingenommen.

¹⁷³ Statt vieler *Schmidt-Aßmann* Ordnungsidee (Fn. 2), 6. Kap. Rn. 64; *W. Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 11 (23 u. 29). Auch das Zügigkeitsgebot (§ 10 S. 2 VwVfG) ist als „verfahrensbezogenes Optimierungsgebot“ zu verstehen, s. *J. Ziekow* DVBl. 1998, 1101 (1103).

¹⁷⁴ Dies betont gerade auch die englische Literatur, s. *Wade/Forsyth* (Fn. 41), 371 f.; für Deutschland etwa *Pünder* in: Erichsen/Ehlers (Fn. 1), § 13 Rn. 15; *Quabeck* (Fn. 30), 283; *E. Schmidt-Aßmann* NVwZ 2007, 40 (44). Aus ökonomischer Perspektive *R. Posner* 2 J. Legal Studies (1973), 399 (insbes. 441 ff.); vgl. *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007, 593 f. für Gerichtsverfahren. Vernachlässigt wird dies von *Unabhängige Expertenkommission* Investitionsförderung (Fn. 136), Rn. 137, wonach eine Verfahrensbeschleunigung bei gleichbleibenden materiellen (Umweltschutz-) Standards immer einen Gewinn darstelle.

Ein solcher Kosten-Nutzen-Vergleich leuchtet grundsätzlich ein, stößt aber auf erhebliche Wissenslücken und Messbarkeitsprobleme.¹⁷⁵ Dies umso mehr, als sich etwa ein Gewinn an Rechtsstaatlichkeit, Transparenz und anderen nicht instrumentellen Verfahrensfunktionen¹⁷⁶ schwer quantifizieren und kaum monetarisieren lässt.

Diese Probleme werden an der amerikanischen *due process*-Garantie besonders deutlich. Deren Verfahrensanforderungen¹⁷⁷ müssen unter dem *Matthews*-Test des *Supreme Court*¹⁷⁸ nach einer effizienzorientierten Abwägung im Einzelfall bestimmt werden, die Züge einer ökonomischen Analyse trägt. Maßgeblich sind erstens die Bedeutung der betroffenen privaten Interessen, zweitens das Risiko einer irrtümlichen Entscheidung und der Wert zusätzlicher Verfahrensanstrengungen zur Vermeidung eines solchen Irrtums sowie drittens die Kosten des zusätzlichen Aufwands.¹⁷⁹ Im Schrifttum werden die Schwierigkeiten bei der

¹⁷⁵ A. Voßkuhle DV 34 (2001), 347 (357 f.); ders. in: Burgi/Schönenbroicher (Fn. 142), 13 (27); für die USA Mashaw (Fn. 4), insbes. 113, 115, 127. Diesem Problem versucht G. v. Wangenheim in: Bork/Eger/Schäfer (Hrsg.) Ökonomische Analyse des Verfahrensrechts, 2009, 237 (241 ff.) dadurch zu entkommen, dass er bei der Bewertung der Anreizwirkungen von Verfahrensbeschleunigungsstrategien nur mit Variablen rechnet; dies geschieht jedoch um den Preis extremer Vereinfachung (zB wird nur bipolar zwischen sozialschädlichen und nützlichen Projekten unterschieden). Vgl. ferner, mit ausführlicherer Untermauerung des spieltheoretischen Ansatzes und dessen Anwendung auf Genehmigungsfiktionen und auf Beschleunigungsinstrumente nach Wahl des Investors ders. Games and Public Administration, 2004, zu den Anwendungen 190 ff. K.-W. Schatz Jb. für Neue Pol. Ökonomie 15 (1996), 11 (17 ff.) betont zwar in der Tradition v. Hayeks die Informationsprobleme der Behörden, zieht daraus aber zu einseitig am Investitionsförderungsinteresse orientiert die Konsequenz, der Investor müsse, insoweit ohne Rücksicht auf Drittinteressen, wegen seines Wissensvorsprungs zwischen vielen Verfahrensoptionen wählen können.

¹⁷⁶ Dass der nicht instrumentelle Eigenwert des Verfahrens zur Vermeidung von *moral harm* (*injustice factor*) in einer utilitaristisch geprägten Kosten-Nutzen-Betrachtung zu kurz komme, betont allgemein R. Dworkin A Matter of Principle, 1985, 100 f., allerdings primär auf zivil- und strafrechtliche Gerichtsverfahren bezogen; auf Verwaltungsverfahren übertragen von Craig (Fn. 4), Rn. 12–026, der deshalb für einen stärker *rights-based-approach* plädiert.

¹⁷⁷ Insbesondere bei der Ausgestaltung der Anhörung mit der Frage, ob eine mündliche Verhandlung (*oral hearing*), gar mit der Möglichkeit zum Kreuzverhör (*cross examination*), geboten ist oder ob eine schriftliche Gelegenheit zur Stellungnahme ausreicht.

¹⁷⁸ Grundlegend Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 335 (1976).

¹⁷⁹ Mathematisch ausgedrückt lohnen sich zusätzliche Verfahrensanforderungen, wenn $C \text{ (costs)} \leq P \text{ (increased probability of an accurate finding)} \times V \text{ (value of individual interest at stake)}$; hierzu und zum Folgenden eingehend Pierce (Fn. 40), § 9.5, insbes. 812 ff. Zu Ansätzen einer Übertragung auf England bei der dort anzustellenden Gesamtbetrachtung, ob das Verfahren als fair einzustufen ist, Craig (Fn. 4), Rn. 12–021,

Handhabung dieses Tests klar benannt: Die privaten Interessen lassen sich nicht einfach in Geldwerten vergleichen, weil eine gleiche Summe für einen Mittellosen eine weit größere Bedeutung besitzt als etwa für ein finanzkräftiges Unternehmen. Bei den Kosten zusätzlicher Verfahrensanstrengungen müssen neben den direkten Verfahrenskosten auch die besonders schwer messbaren indirekten Kosten berücksichtigt werden,¹⁸⁰ die etwa durch Verzögerungen oder dadurch entstehen, dass das Geld an anderer Stelle im Staatshaushalt fehlt.¹⁸¹ Angesichts fast unlösbarer Wissensprobleme behilft sich die Rechtsprechung mit mehr oder minder plausiblen Schätzungen und Vereinfachungen; die Ergebnisse sind dadurch kaum vorhersehbar.¹⁸²

Gerichte sind wenig geeignet, eine solche Kosten-Nutzen-Analyse in jedem Einzelfall durchzuführen.¹⁸³ Dem Gesetzgeber dagegen könnte sie bei der Ausarbeitung bereichsspezifischer Verfahrensmodelle durchaus nützlich sein – zwar nicht zur rechnerischen Ermittlung des „richtigen“ Verwaltungsverfahrensrechts, aber als analytisches Raster.¹⁸⁴

2. *Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren*

Auf Unionsebene lassen sich dem „Recht auf gute Verwaltung“ über die Zusammenfassung von Einzelgewährleistungen¹⁸⁵ hinaus allgemeine Leitbilder und ökonomisch inspirierte Qualitätsstandards für die europäische Verwaltung und besonders das Verwaltungsverfahren entnehmen. Indem klassische Verfahrensgarantien ausdrücklich grundrechtlich normiert und nicht nur wie in Deutschland in materielle

der freilich betont, dass dies nicht als strikte ökonomische Analyse verstanden werden dürfe. Eine elaboriertere ökonomische Kosten-Nutzen-Funktion des Verwaltungsverfahrens findet sich bei *E. Gawel* Jb. für Nationalökonomie u. Statistik 216 (1997), 74 (86 ff.).

¹⁸⁰ Für Deutschland unterscheiden *E. Gawel* in: Koch (Hrsg.) Aktuelle Probleme des Immissionsschutzrechts, 1998, 91 (96 f.) u. *A. Voßkuhle* DV 34 (2001), 347 (355) Transaktions- oder (direkte) Verfahrenskosten, Zeit- oder Wartekosten sowie Folgekosten.

¹⁸¹ Dies betonte bereits die abweichende Meinung in *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) (*Burger* und *Black*, dissenting).

¹⁸² *J. L. Mashaw* 49 U.Ch.L.Rev. (1976), 28 (45 f.).

¹⁸³ Dies wird verbreitet schon in den USA (*Pierce* [Fn. 40], 820) und in England so gesehen. Umso mehr gilt dies für unsere *Civil Law*-Rechtskultur.

¹⁸⁴ So für Kosten-Nutzen-Analysen allgemein *M. Fehling* VerwArch 95 (2004), 443 (464 f., 470).

¹⁸⁵ Darauf legt den Schwerpunkt *Pfeffer* (Fn. 43), 251; vgl. *J. Gundel* in: Ehlers (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 20 Rn. 5.

Grundrechte akzessorisch hineininterpretiert werden, erfährt der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens eine besondere Akzentuierung.¹⁸⁶

Die bewusste Wahl eines flexiblen Rahmens spiegelt die schwierige Balance zwischen unterschiedlich kodifikationsgeeigneten Rechtsordnungen und Verwaltungskulturen wider.¹⁸⁷ Vor diesem Hintergrund sollte man Art. 41 GrCh über einzelne Mindestgarantien hinaus als *benchmark* für gutes Verwalten verstehen, als einen offenen Qualitätsstandard, der in ständiger rechtsvergleichender Suche nach *best-practice*-Lösungen weiter zu entwickeln ist.¹⁸⁸ Das darin liegende Lern- und Innovationspotential dürfte mittelfristig auch das Verwaltungsverfahrensrecht der Mitgliedstaaten¹⁸⁹ und dortige neue Verfahrenstypen befruchten.

VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung

Verwaltungsverfahren dienen vorrangig der Verwirklichung des materiellen Rechts, besitzen aber gerade auch in dieser instrumentellen Funktion einen Eigenwert. Das deutsche Recht weist hier keinen strukturellen Rückstand auf.¹⁹⁰ Neue Facetten eines gestärkten Eigenwerts

¹⁸⁶ Schmidt-Aßmann in: Merten/Papier (Fn. 91), § 45 Rn. 93; C. Ladenburger in: Trute/Groß/Röhl/Möllers (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 107 (116).

¹⁸⁷ Vgl. M. Bullinger FS Brohm, 2002, 25 (32), dort allerdings weniger auf das Verfahren als auf materielle Verwaltungsgrundsätze (insbesondere beim Ermessen) bezogen. Zu den – eher skeptisch zu beurteilenden – Möglichkeiten einer Kodifizierung des EU-Verwaltungsverfahrenrechts über das Recht auf gute Verwaltung hinaus s. zuletzt den Diskussionsbericht von N. Marsch DVBl. 2009, 1430 (1431 f.); optimistischer O. Mir Puigpelat in: Schneider/Velasco Caballero (Hrsg.) Strukturen des europäischen Verwaltungsverbands, Beiheft 8 zu DV, 2009, 177 ff.

¹⁸⁸ Fehling in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 8 f.; zur Benchmark-Funktion vgl. auch S. Neidhardt Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, 213 u. 236.

¹⁸⁹ Schon beim indirekten Vollzug nur von einer mittelbaren Fernwirkung ausgehend Magiera in: Meyer (Fn. 54), Art. 41 Rn. 9; B. Grzeszick EuR 2006, 161 (167); wegen Art. 51 GrCh für eine weiterreichende Bindung auch des mitgliedstaatlichen Vollzugs dagegen Danwitz (Fn. 41), 531; D.-U. Galetta EuR 2007, 57 (79 ff.). Längerfristig wird es zudem politisch immer schwerer zu rechtfertigen sein, warum den Bürgern in Verwaltungsverfahren ohne jeden Unionsbezug bestimmte Garantien vorenthalten bleiben sollten, die sie im Verfahrenskontakt mit Unionsstellen und möglicherweise sogar im indirekten Vollzug genießen, so Fehling in: Terhechte (Fn. 43), § 12 Rn. 16.

¹⁹⁰ Dies gilt freilich nur, wenn man wie hier vorgegeben (s. oben Fn. 3) Verfahren exekutiver Normsetzung ausklammert. Bei der Verordnungsgebung sollte das US-amerikanische Verfahren des *informal rulemaking* für eine deutsche Kodifizierung als

des Verfahrens liefert das Gemeinschaftsverwaltungsrecht. Dabei gewinnen vor allem intra- und interadministrative Verfahrensbestandteile an Bedeutung, um die Informations- und Interessenverarbeitungskapazität des Verfahrens im Verwaltungsrecht zu erhöhen.

Rechtsvergleichung und Unionsrecht legen im VwVfG nur kleinere Korrekturen nahe.¹⁹¹ Die Heilungsmöglichkeit noch im Gerichtsverfahren (§ 45 Abs. 2 VwVfG) sollte wieder abgeschafft,¹⁹² der Wortlaut des § 46 VwVfG bei der Beweislastverteilung ernster genommen werden.¹⁹³ Dem Bedürfnis nach Ausdifferenzierung könnte man durch ausgewählte neue Verfahrenstypen¹⁹⁴ Rechnung tragen (etwa Ausschreibungs-

Vorbild dienen; dazu eingehend *H. Pünder* Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1995; zur Rückständigkeit des deutschen Rechts der Verordnungsgebung fast ohne (außenwirksame) Verfahrensregelungen und vor allem ohne Beteiligung der Öffentlichkeit im Vergleich auch *Fehling* Unparteilichkeit (Fn. 9), 329 ff.; *D. Ehlers* Jura 1996, 617 f.; am Beispiel des Medien- und Telekommunikationsrechts *D. Wolfram* Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts, 2005, 195 ff., insbes. 201 f.; Kodifizierungsvorschläge bei *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (988 ff.); kritischer, auf Verzögerungseffekte und Missbrauchsmöglichkeiten der Öffentlichkeitsbeteiligung hinweisend BMU (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, 480.

¹⁹¹ Bei den Verfahrensrechten wäre eine moderate Ausweitung der Anhörung (§ 28 VwVfG) ratsam. Sie sollte ohne Beschränkung auf Verwaltungsakte bei allen – auch informellen – Eingriffsmaßnahmen vorgeschrieben werden. Drittbetroffene wären einzubeziehen, soweit sie später klagebefugt sind. Ähnlich wie teilweise im englischen *Case Law* (in diese Richtung, wenngleich nicht ganz klar *R. v Gaming Board for Great Britain* Ex p. Benaim [1970] 2 Q.B. 417 [430 ff.]; vgl. zur Anhörungspflicht bei der Versagung der Verlängerung einer Genehmigung *R. v Assistant Commissioner of Police of the Metropolis* Ex p. Howell [1986] R.T.R. 52 [60 f.]) sollte eine Anhörung auch bei Ablehnung einer Begünstigung dann erfolgen, wenn die Ablehnung auf Gründe gestützt werden soll, die der Antragsteller noch nicht kannte oder kennen musste; vgl. insoweit auch *Hufen* Fehler (Fn. 16), Rn. 181.

¹⁹² Ebenso im Erstreferat *Gurlit* Eigenwert des Verfahrens (Fn. 30), unter IV. 2. Nach *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 300 wäre es ausreichend, wenn die Rechtsprechung auf eine „reale Fehlerheilung“ besteht, also darauf, dass die Verfahrenshandlung nur zeitversetzt, aber ohne inhaltliche Abstriche nachgeholt wird; zugleich beklagt er jedoch, dass die Rechtsprechung dieses Gebot ignoriert. Deshalb erscheint doch eine Gesetzeskorrektur geboten. Im Übrigen können die Anforderungen an eine „reale Fehlerheilung“ nicht zu hoch geschraubt werden, weil eine volle Ergebnisoffenheit nachträglich kaum herstellbar ist; insoweit zutreffend *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

¹⁹³ Statt vieler *F. Kopp/U. Ramsauer* VwVfG-Kommentar, 11. Aufl. 2010, § 46 Rn. 5 u. 37; *Wolff* FS Scholz (Fn. 4), 977 (982); zur „Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis“ auch *Schoch* GVwR III (Fn. 16), § 50 Rn. 303.

¹⁹⁴ Die Ausdifferenzierung von Verwaltungsverfahren gerade im Unionsrecht scheint die Schaffung neuer Verfahrenstypen auf mittlerer Abstraktionsebene nahe zu legen; s. *R. Wahl* in: Blümel (Hrsg.) Die Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens-

verfahren oder Verfahren für eine integrierte Vorhabengenehmigung¹⁹⁵) oder flexibler durch einzelne Verfahrensbausteine¹⁹⁶ (z. B. Regeln zum Umgang mit Sachverständigengutachten¹⁹⁷). Wichtiger jedoch wäre nach ausländischen Vorbildern eine Flexibilisierung der gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Verfahrensfehler.¹⁹⁸ Bei mangelhafter Sachverhaltsaufklärung sollte über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus bei einer Anfechtungs- und bei einer Verpflichtungsklage nach Ermessen eine Zurückverweisung an die Verwaltung ermöglicht werden. Ferner könnte man in Ausnahmefällen, in denen ein neues Verwaltungsverfahren mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre, trotz eines beachtlichen

rechts, 1984, 19 (50f., vgl. auch 45f.); *R. Wahl* in: Blümel/Pitschas (Fn. 9), 83 (87ff.). Eine übergreifende Typenbildung auf nationaler Ebene stößt freilich dort an Grenzen, wo bestimmte Verfahrensarten in europäischen Richtlinien sektorspezifisch unterschiedlich ausgestaltet sind. Zur „Ausbildung verschiedener Verfahrenstypen mit einem bestimmten Set von Bauelementen“ auch *Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (284ff.), der aber wegen „der speziellen Anwendungsfelder und deren besonderem Anwendungsprofil“ für eine Regelung in den Fachgesetzen statt im VwVfG (mit Ausnahme des Vertragsverfahrensrechts) plädiert.

¹⁹⁵ Das wenig praktikable förmliche Verwaltungsverfahren (§§ 63ff. VwVfG) ließe sich durch Verfahrensvorschriften für eine integrierte Vorhabengenehmigung ersetzen (zur Notwendigkeit und den Schwierigkeiten der Kodifizierung eines förmlichen Genehmigungsverfahrens *R. Wahl* NVwZ 2002, 1192ff.). So könnte nach dem Scheitern des UGB aus den entsprechenden Bestimmungen (insbes. §§ 87ff. UGB I-E) eine neue Verfahrensart gebildet und dem Fachgesetzgeber im VwVfG allgemein zur Verfügung gestellt werden. Ferner wäre an Versteigerungsverfahren, Zertifizierungsverfahren und Beschlusskammerverfahren zu denken. Weitere Möglichkeiten nennt *M. Burgi* JZ 2010, 105 (110). Zu den Überlegungen einer Kodifikation des Verwaltungskooperationsrechts, etwa im Zusammenhang mit dem Typus eines kooperationsrechtlichen Verwaltungsvertrags (wobei sich Verfahrensregelungen und solche materiell-rechtlicher Natur mischen) s. *Schmidt-Aßmann* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 429 (435ff.).

¹⁹⁶ Bloße Verfahrensbausteine könnten der Fachgesetzgeber oder im Rahmen ihres Verfahrensermessens die Verwaltung flexibel kombinieren. Von „Bauformen“ und „Modulen“ zur Herstellung von „Optionenoffenheit im Verfahrensrecht“ spricht *Hoffmann-Riem* in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 9 (65f.).

¹⁹⁷ Als Vorbild für eine solche Regelungstechnik könnten die Regelungen zur elektronischen Verfahrensabwicklung über einen einheitlichen Ansprechpartner dienen. Weiter wäre etwa an Regeln zum Einsatz eines Projektmanagers oder eines Mediators zu denken; aus dem UGB I-Entwurf könnten neben den Vorschriften für den Umgang mit Sachverständigengutachten (vgl. § 91 UGB I-E) auch die Vorgaben für eine Antragsberatung (vgl. § 87 UGB I-E) in das VwVfG übernommen werden.

¹⁹⁸ Vgl. allgemein *Hill* (Fn. 1), 354f., wonach eine dualistische Fehlerfolgenlösung in polygonalen Interessengeflechten nicht ausreiche und das Problem der Fehlerfolgen „nur durch eine verhältnismäßige Abwägung der beteiligten Interessen gelöst werden“ könne.

Verfahrensfehlers auf die Aufhebung der Entscheidung verzichten und den Kläger mit einer bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit auf Schadensersatz¹⁹⁹ verweisen.²⁰⁰

Dringend abzuraten ist dagegen von einer generellen Absenkung der materiell-rechtlichen Regelungs- und Kontrolldichte bei kompensatorischem Ausbau von Verfahrenssicherungen. Denn klare inhaltliche Vorgaben für Verwaltungsentscheidungen entlasten das innere Verfahren, erhöhen die Rechtssicherheit und kommen dem Bedürfnis der Bürger entgegen, die regelmäßig primär am Ergebnis interessiert sind. In einzelnen Bereichen (vor allem in Teilen des Umwelt-, des Technik- und des Regulierungsrechts) stößt freilich die materiell-rechtliche Programmierung des Verwaltungshandelns an so enge Grenzen, dass die Verwaltung primär prozedural gesteuert werden muss.²⁰¹ Daran zeigt sich, dass theoretisch nur zweitbeste Lösungen (*second-best-options*) bei

¹⁹⁹ Zu denkbaren ersatzfähigen Schäden *U. Stelkens* DVBl. 2010, 1078 (1081).

²⁰⁰ Eine solche neue Zwischenkategorie des beachtlichen, aber nicht zur Aufhebung der Entscheidung führenden Verfahrensfehlers würde den Problemdruck in Richtung einer extensiven Auslegung des § 46 VwVfG verringern; die Gerichte könnten dann die im Wortlaut des § 46 VwVfG angelegte Beweislastverteilung wie hier gefordert wieder ernster nehmen. Entgegen dem ersten Anschein würde damit diese Zwischenkategorie des „dulde und liquidiere“ den Kläger nicht schlechter, sondern besser als bisher stellen; statt einer Klagabweisung wegen Unbeachtlichkeit des Fehlers bliebe ihm wenigstens noch der Sekundärrechtsschutz.

²⁰¹ Für das Umweltrecht und das Regulierungsrecht s. oben Fn. 18. Für Verfahren im Risikorecht (das sich mit dem Umwelt- und dem Technikrecht überschneidet) auch *A. Voßkuhle* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.) *Verwaltungsverfahren* (Fn. 8), 277 (330 ff., zur notwendigen Prozeduralisierung insbes. 331); *A. Scherzberg* *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, VVDStRL 63 (2004), 214 (246 f.). Bei wertenden Entscheidungen sachverständig-pluralistisch zusammengesetzter Gremien spielt die Verfahrenssteuerung als Kompensation für den Beurteilungsspielraum eine wichtige Rolle; für den Jugendmedienschutz exemplarisch OVG Lüneburg, ZUM-RD 2010, 47 ff. Zur Qualitätssicherung durch Kollegialverfahrensrecht bei schwacher inhaltlicher Programmierung allgemein *T. Groß* *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, insbes. 280. Bei Prüfungen sind aussagekräftige materielle Maßstäbe für die Leistungsbewertung kaum möglich, so dass die Chancengleichheit durch prozedurale (Unparteilichkeits-)Vorkehrungen gesichert werden muss; s. BVerfGE 84, 34 (46, 51 f.). Qualitätssicherungsverfahren (Akkreditierungen, Zertifizierungen) sind durch die besonders formalisierte Einbeziehung externer Gutachter gekennzeichnet, während die inhaltlichen Begutachtungskriterien ähnlich wie bei Prüfungen notwendig vage bleiben; vgl. *F. Reimer* *Qualitätssicherung – Grundlagen eines Dienstleistungs-verwaltungsrechts*, 2010, insbes. 156 ff. u. 331 ff.; zusammenfassend *Voßkuhle* in: *Burgi/Schönenbroicher* (Fn. 142), 13 (25). – In anderen Bereichen erscheint eine Einigung auf materiell-rechtliche Standards politisch nicht möglich, so dass nur die Flucht ins Verfahren übrig bleibt. Weitere Beispielsfelder ließen sich ergänzen.

pragmatischer Betrachtung gelegentlich überlegen sein können.²⁰² Von solchen gewichtigen Ausnahmen abgesehen stellt jedoch die weitreichende materiell-rechtliche Determinierung der Verwaltung eine bewahrenswerte rechtsstaatliche Errungenschaft aus der ersten Phase des deutschen Nachkriegs-Verwaltungsrechts dar.²⁰³ Sie sollte nicht vor- schnell undifferenzierten Prozeduralisierungsstrategien geopfert werden.²⁰⁴

Damit bleiben Modelle primärer Verfahrensgerechtigkeit im deutschen Rechtssystem auf eher wenige, freilich bedeutsame Bereiche beschränkt. Und das ist auch gut so.

²⁰² In Anlehnung an die „General Theory of the Second Best“ aus der Ökonomie. Danach kann, wenn aufgrund bestimmter Restriktionen eine (pareto-)optimale Lösung – hier: materiell-rechtliche Steuerung – nicht zu verwirklichen ist, eine komplett andere Regulierungsstrategie – hier: primär prozedurale Steuerung – gegenüber einer weitestmöglichen Annäherung an das Pareto-Optimum – hier: möglichst hohe materiell-rechtliche Regelungsdichte – vorzugswürdig sein; grundlegend *R. Lipsey/K Lancaster* Review of Economic Studies 24 (1956), 11 ff.

²⁰³ Zu dieser ersten Phase eingehend *R. Wahl* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, 411 (412 ff.; zur Notwendigkeit, Übertreibungen der ersten Phase bei der Verrechtlichung zu überwinden, 434); *ders.* Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, 20 ff., insbes. 22, 31 ff., insbes. 40 f.

²⁰⁴ Insoweit ähnlich *F. Ossenbühl* NVwZ 1982, 465 (472). – Die (sozialstaatlichen) Vorteile einer materiell-rechtlichen Programmierung mit Konstituierung subjektiver Rechte lassen sich beim Vergleich des deutschen (zur subjektiv-rechtlichen Ausrichtung grundlegend *BVerwGE* 1, 159 ff.) mit dem US-amerikanischen Sozialrecht er- messen: Durch den „Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act“ von 1996 wurden in den USA die bundesrechtlichen Ansprüche auf Sozialleistungen weitgehend abgeschafft und durch feste Geldzuweisungen an die Einzelstaaten (*block grants*) ersetzt, die sie nach Ermessen verwalten, wobei die Begünstigten ausdrücklich keinen Rechtsanspruch (*entitlement*) auf solche Sozialleistungen mehr besitzen. Dadurch entfällt zugleich die Einordnung als *property*, so dass den Betroffenen im Verfahren auch die *due process*-Rechte verloren gehen; dazu *Pierce* (Fn. 40), 758 f.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht

I. Einführung

(1) Wer den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens betont, will damit das Bewusstsein dafür schärfen, dass das Verfahren einen zentralen Beitrag zur Sachrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen leisten muss. Häufig verbindet sich damit ein Appell zum Umsteuern weg von einer, wie es heißt, zu einseitigen Ergebnisfixierung des deutschen Verwaltungsrechts hin zu einer vermehrten Orientierung auf Verfahrensgerechtigkeit. So berechtigt das erste Anliegen ist, so fragwürdig erscheint das zweite.

II. Ausprägungen und Wirkrichtungen des Eigenwerts von Verwaltungsverfahren

1. Nicht instrumentelle und instrumentelle Verfahrensfunktionen

(2) Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens kann sich aus einer Verbesserung der Sachentscheidung ergeben (instrumentelle Funktion), aber auch ohne Rücksicht auf das Ergebnis aus anderen, entscheidungsexternen (insoweit nicht instrumentellen) Funktionen.

a) Eigenwert des Verfahrens unabhängig vom Ergebnis (nicht instrumentelle Funktion)

(3) Partizipationsrechte sollen die Menschenwürde durch Subjektstellung im Verfahren betonen, die demokratische Legitimation unterstützen, die Akzeptanz der Entscheidung fördern und das Vertrauen in die staatlichen Institutionen stärken.

1. These: Nicht instrumentelle Verfahrensziele (etwa Akzeptanz) sind zwar erstrebenswert, lassen sich aber nur ansatzweise erreichen. Denn für die Betroffenen zählt doch in erster Linie das Ergebnis.

b) *Eigenwert des Verfahrens für rechtmäßiges und sachrichtiges Verwaltungshandeln (instrumentelle Funktion) als Normalfall*

(4) *Vorrangig speist sich der Eigenwert des Verfahrens aus dessen instrumenteller Funktion als Verwirklichungsmodus des materiellen Rechts. Die produktive Rolle des Verfahrens tritt besonders hervor, wo es Entscheidungsspielräume sachgerecht auszufüllen gilt. Selbst bei gebundenen Entscheidungen muss das Verfahren das notwendige Wissen generieren, mit dessen Hilfe es erst möglich wird, die ex post einzig rechtmäßige Entscheidung aufzufinden.*

2. *Eigenwert als Gegensatz zur dienenden Funktion des Verfahrens?*

(5) *Dienend ist nicht gleichzusetzen mit geringwertig oder gar bedeutungslos; die instrumentelle Ausrichtung von Verfahrensrechten sagt nichts über deren Gewicht. Dienende Funktion und Eigenwert des Verfahrens sind kein Gegensatz, sondern zwei Seiten einer Medaille.*

3. *Gefahr einer dysfunktionalen Instrumentalisierung des Verfahrens*

(6) *Das Verfahren kann eine negative Eigenständigkeit dadurch gewinnen, dass es zur Verzögerung oder zum Auspähen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen instrumentalisiert wird. Einer Verzögerungsstrategie lässt sich in Großverfahren mit Präklusionsvorschriften entgegenwirken. Gegen ein Auspähen von Geheimnissen bleibt im Verwaltungsverfahren nur das Schwärzen entsprechender Passagen in den Akten (ersetzt durch eine Zusammenfassung), was jedoch die Rechtsverteidigung Drittbetroffener spürbar beeinträchtigen kann.*

III. *Traditionelle Prüfsteine für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in rechtsvergleichender Perspektive*

(7) *Je schwächer Verfahrensgarantien ausgeprägt sind, desto weniger dringlich ist eine Abmilderung der Fehlerfolgen. Je großzügiger Entscheidungsspielräume der Verwaltung anerkannt werden, desto weniger dürfen Verfahrensfehler folgenlos bleiben.*

1. Reichweite von Verfahrensgarantien

(8) Das Anhörungsrecht reicht im Ausland (USA, England, Frankreich) im nichtförmlichen Normalverfahren nicht weiter als in § 28 VwVfG; eine allgemeine formelle Begründungspflicht wird sogar tendenziell in geringerem Umfang als in Deutschland anerkannt.

2. Folgen von Verfahrensfehlern

(9) Heilungs- und Unbeachtlichkeitsregelungen sind keine deutsche Eigenheit. Im Unionsrecht und im Ausland finden sich funktionale Äquivalente.

a) Unbeachtlichkeit

(10) Auch in England und Frankreich und sogar im Unionsrecht zeigt sich die Tendenz, bei rechtlicher Alternativlosigkeit die Verwaltungsentscheidung nicht allein wegen eines Verfahrensfehlers aufzuheben. Selbst bei Ermessensentscheidungen sind keineswegs alle Verfahrensfehler beachtlich.

2. These: Dass in einer Gesamtschau Verfahrensfehler anderswo seltener unbeachtlich sind als in Deutschland, liegt weniger an rechtsdogmatischen Unterschieden im Fehlerfolgenregime als an den dort weit größeren Entscheidungsspielräumen der Verwaltung.

b) Heilungsmöglichkeiten

(11) Heilungsmöglichkeiten vor Klagerhebung bestehen in fast allen betrachteten Rechtsordnungen. Die praktische Bedeutung bleibt jedoch dort gering, wo (wie meist im EU-Eigenverwaltungsrecht) kein Vorverfahren vorgesehen ist. Eine Heilung von Verfahrensfehlern noch während des Gerichtsverfahrens ist dagegen ausschließlich in Deutschland zulässig. Wo im Ausland allerdings die Entscheidungsbegründung allein für die Ermessenskontrolle relevant ist, kann die Begründung teilweise sogar noch im Prozess nachgeholt werden.

3. Ausrichtung der Gerichtskontrolle

a) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensverstößen

(12) Nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland und im Unionsrecht ist isolierter Rechtsschutz gegen vorbereitende Verfahrenshandlungen weitgehend ausgeschlossen. Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens leidet darunter kaum, wenn der Verfahrensfehler nachträglich im Angriff auf die abschließende Sachentscheidung geltend gemacht werden kann.

b) *Individualrechtsschutz versus objektivierte Kontrolle*

(13) *Das deutsche Recht beschränkt den Gerichtsschutz meist auf subjektive Rechte. Verfahrenspositionen gelten oft nur dann als individualschützend, wenn der Kläger zugleich in einer materiellen Rechtsposition betroffen ist. Demgegenüber ist im hier betrachteten Ausland und im Unionsrecht die Sanktionierung grundsätzlich auch bei Verstößen gegen solche Verfahrensvorschriften möglich, die nur mittelbar dem Kläger zugute kommen. Dieses weiterreichende objektive Kontrollmodell ist aber durch Ausnahmen und Einschränkungen relativiert.*

c) *„Durchentscheiden“ des Gerichts oder „Zurückverweisung“ an die Verwaltung*

(14) *Den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens zu schmälern scheint die Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, die Sache bei Ermittlungsdefiziten im Verwaltungsverfahren grundsätzlich selbst entscheidungsreif zu machen. Dies ist im Ausland und auf europäischer Ebene anders. Für komplexe (förmliche) Verfahren kennt jedoch auch das deutsche Recht Ausnahmen von der Pflicht zum „Durchentscheiden“. Bei gebundenen Entscheidungen der Massenverwaltung erscheint die Verantwortungsverlagerung auf die Gerichte sachgerecht.*

d) *Ergebniskontrolle versus Verfahrenskontrolle*

(15) *Begrenzte Ressourcen und Beschleunigungsinteressen verbieten es, Verfahrensgarantien auf Verwaltungsebene und gerichtliche Inhaltskontrolle gleichzeitig zu maximieren. Insoweit besteht ein funktionaler Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und -prozess.*

(16) *Der im Ausland und auf Unionsebene geringeren materiellen Kontrolldichte stehen nur selten besonders elaborierte Verfahren und deren gerichtliche Überprüfung gegenüber. Vielmehr ist dort die Gerichtskontrolle bei der Massenverwaltung insgesamt weniger ausgeprägt als in Deutschland. Eine partielle Kompensation von eingeschränkter Inhaltskontrolle durch weitreichende Verfahrensgarantien lässt sich in allen betrachteten Rechtsordnungen fast nur für komplexere, häufig durch Unionsrecht geprägte wirtschafts- und umweltrechtliche Gegenstände nachweisen.*

3. *These: Der Kontrast zwischen dem angeblich geringen Eigenwert des Verwaltungsverfahrens in Deutschland und dem scheinbar höheren in anderen Rechtsordnungen ist schwächer als vielfach behauptet. Die vorherrschende Fehleinschätzung beruht darauf, dass nicht die gleichen Rechtsgebiete verglichen, sondern für das Ausland nur besonders komplexe Verwaltungsentscheidungen betrachtet werden.*

IV. Alte und neue Facetten eines Eigenwerts von Verfahren im Verwaltungsrecht

1. Rechtsverteidigung

(17) Im Rechtsvergleich bleibt die Rechtsverteidigung eine wichtige instrumentelle Funktion des Verwaltungsverfahrens. Zum einen soll es mit der Entscheidungsbegründung eine effektive gerichtliche (Ermessens-)Kontrolle ermöglichen. Zum anderen besitzt das Verfahren selbst einen eigenständigen Rechtswahrungsauftrag. Dies gilt auch für europäische Verbundverfahren, internationale mehrstufige (Listing-)Verfahren sowie Vergabeverfahren.

2. Problemsensibilisierung, plurale Informationsgewinnung und Interessenverarbeitung durch Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung

(18) Generell wichtiger als eine obligatorische mündliche Erörterung ist die Beteiligung der Öffentlichkeit zu einem frühen Zeitpunkt, in dem noch möglichst wenig informelle Vorfestlegungen existieren. Die vorgezogene Bürgerbeteiligung bei der Bauleitplanung sollte insoweit auch für die Planfeststellung als Vorbild dienen.

(19) Durch die Aarhus-Konvention gewinnt das Konzept der Problemsensibilisierung durch Öffentlichkeit eine neue Qualität, auch als Gegengewicht zu einer teilweisen Verfahrensprivatisierung bei Rückzug auf eine nachvollziehende Amtsermittlung. Der Rechtsschutz wird ausgeweitet, um Bürger und Verbände zur effektiven Durchsetzung der UVP zu mobilisieren. Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz bleibt dabei in seiner Loslösung vom Individualrechtsschutz ambivalent, lässt sich jedoch richtlinienkonform auslegen.

3. Chancengleicher Wettbewerb durch strukturierte ökonomisch geprägte Vergabeverfahren

(20) Ökonomisierte Vergabe- und Verteilungsentscheidungen für knappe Güter und für Dienste von allgemeinem Interesse beruhen auf dem Prinzip weitgehender Verfahrensgerechtigkeit. An die Stelle inhaltlicher Maßstäbe im „beauty contest“ tritt die Erwartung ökonomischer Effizienz durch wettbewerbliche Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren. Wo bei der Auftragsvergabe auch Sekundärzwecke verfolgt werden, müssen diese auf einer passenden Verfahrensebene transparent und diskriminierungsfrei abgearbeitet werden.

4. Lernprozesse in gestuften Verbundverfahren

(21) Vertikale und horizontale Verbundverfahren reagieren auf das „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“: Bei Wahrung dezentraler nationaler Vollzugsspielräume muss zugleich eine koordinierte, diskriminierungsfreie und

effektive Durchsetzung des Unionsrechts gesichert werden. Hier öffnet sich das Verfahrensrecht für das Zusammenspiel von Außen- und Innenrecht, von punktuellen Eingriffsmaßnahmen und kontinuierlichen Aufsichtsverhältnissen. Der Kommunikationscharakter von Verfahrenshandlungen und ihre Verknüpfung im Prozess der Wissensgenerierung und -anwendung rücken in den Vordergrund.

5. *Verfahren als Lotse durch die Untiefen des materiellen (Genehmigungs-)Rechts (Servicefunktion)*

(22) Der Eigenwert des Verfahrens kann auch in einem beschleunigenden, serviceorientierten Verfahrensmanagement liegen. Dies zeigen die Dienstleistungsrichtlinie und ihre Umsetzung. Ein einheitlicher Ansprechpartner und elektronische Kommunikation sollen dazu beitragen, die Belastung durch verzweigte materiell-rechtliche Anforderungen für aus- wie inländische Dienstleister weniger spürbar zu machen.

4. These: Dieses Konzept eines Verfahrensmanagements ohne Substanzverlust sollte über die Dienstleistungsrichtlinie hinaus Karriere machen, auch im Umweltrecht. Dagegen würde eine Ausweitung der Genehmigungsfiktion den produktiven Eigenwert des Verwaltungsverfahrens wesentlich schmälern.

V. *Folgerungen*

1. *Die europäische Steuerung des indirekten Vollzugs als Triebfeder für Prozeduralisierung*

(23) Die Aufwertung des Verfahrensgedankens speist sich aus den Vorgaben des Unionsrechts für den indirekten Vollzug und die Verbundverwaltung. Es handelt sich um eine gesamteuropäische Entwicklung, nicht um eine nachholende Modernisierung speziell des deutschen Rechts. Im EU-Eigenverwaltungsrecht und im Ausland finden sich dagegen kaum weiterreichende Kommunikationsmuster als im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht.

2. *Bedeutungsgewinn des internen Verfahrens*

(24) Im Bestreben, die Problemlösungskapazität von Verwaltungsverfahren zu verbessern, verlagert sich die Aufmerksamkeit zunehmend auf eine Optimierung intra- und interadministrativer Verfahrenselemente. Im Außenverhältnis zum Bürger stammen wichtige Reformschritte schon aus den 1970er Jahren, doch bleibt in Mehrebenen-Verfahren auch die Stärkung der Verteidigungsrechte auf der Tagesordnung.

3. *Fehlender Zusammenhang von Eigenwert und Förmlichkeit des Verfahrens*

(25) *Der Eigenwert des Verwaltungsverfahrens hängt nicht vom Grad der gesetzlichen Verfahrensförmlichkeit ab. Nicht selten (etwa für Mitwirkungsakte in Verbundverfahren) bleibt die konkrete Ausgestaltung der behördlichen Konzeptbildung überlassen.*

4. *Wissensdefizite und Interessenkonflikte als zentrale Parameter für den Eigenwert des Verwaltungsverfahrens*

(26) *Informations- und Interessenverarbeitung gehen im Verfahren regelmäßig Hand in Hand. Wenn gelegentlich einseitig der Informationsaspekt betont wird, so liegt dem ein zu technokratisches Verwaltungsverständnis zugrunde. Je stärker die Interessenverarbeitung vom Gesetzgebungsverfahren und dem dort produzierten materiellen Recht in das Verwaltungsverfahren verlagert ist, umso mehr steigt dessen Eigenwert.*

VI. *Rechtsvergleichende und europäische Impulse für eine ökonomische Perspektive*

1. *Verfahrenseffizienz als Optimierungsproblem*

(27) *Verfahrenseffizienz ist nicht einseitig auf Verfahrensvereinfachung, sondern auf Optimierung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ausgerichtet. Ein ökonomischer Kosten-Nutzen-Vergleich stößt aber auf erhebliche Wissenslücken und Messbarkeitsprobleme. Dies wird an der amerikanischen Praxis zur „due process“-Garantie besonders deutlich. Gerichte sind kaum in der Lage, eine solche Kosten-Nutzen-Analyse in jedem Einzelfall durchzuführen. Dem Gesetzgeber dagegen könnte sie als analytisches Raster bei der Ausarbeitung bereichsspezifischer Verfahrensmodelle durchaus nützlich sein.*

2. *Benchmark-Funktion des Rechts auf gute Verwaltung für bereichsspezifisch ausdifferenzierte Verfahren*

(28) *Dem „Recht auf gute Verwaltung“ lassen sich allgemeine Leitbilder für europäische Verwaltungsverfahren entnehmen. Vor dem Hintergrund unterschiedlicher Kodifikationstraditionen sollte man Art. 41 GrCh über einzelne Mindestgarantien hinaus als einen offenen Qualitätsstandard verstehen, der in rechtsvergleichender Suche nach „best-practice“-Lösungen weiter zu entwickeln ist.*

VII. Fazit: Prozeduralisierung als zweitbeste Lösung

(29) *Verwaltungsverfahren dienen vorrangig der Verwirklichung des materiellen Rechts, besitzen aber gerade auch in dieser instrumentellen Funktion Eigenwert. Das deutsche Verfahrensrecht weist gegenüber ausländischen Rechtsordnungen keinen strukturellen Rückstand auf, muss aber ebenso wie diese (mit Ausnahme der USA) neue Impulse des Unionsrechts verarbeiten.*

5. These: a) *Im Lichte von Rechtsvergleichung und Unionsrecht sollte im VwVfG die Heilungsmöglichkeit noch während des Gerichtsverfahrens wieder abgeschafft, die Beweislastverteilung im Wortlaut des § 46 VwVfG ernster genommen werden.*

b) *Wichtiger jedoch wäre nach ausländischen Vorbildern eine Flexibilisierung der gerichtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf Verfahrensfehler: Über § 113 Abs. 3 VwGO hinaus sollte bei Anfechtungs- wie Verpflichtungsklagen nach Ermessen eine Zurückverweisung an die Verwaltung ermöglicht werden.*

6. These: *Abzuraten ist von einer generellen Absenkung der materiell-rechtlichen Kontrolldichte bei kompensatorischem Ausbau von Verfahrenssicherungen. Nur in einzelnen Bereichen, wo die materiell-rechtliche Programmierung des Verwaltungshandelns an enge Grenzen stößt, muss auf die „second best option“ zurückgegriffen und die Verwaltung primär prozedural gesteuert werden. Von solchen gewichtigen Ausnahmen abgesehen ist die vorrangig materiell-rechtliche Determinierung der Verwaltung eine bewahrensvalue Errungenschaft aus der ersten Phase des deutschen Nachkriegs-Verwaltungsrechts.*