

Dirk Bernhardt

Ex ante-Transparenz im Verwaltungsverfahren

Anforderungen an
die Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Ex ante-Transparenz im Verwaltungsverfahren

ISBN 978-3-8305-2639-1

Dirk Bernhardt

Ex ante-Transparenz im Verwaltungsverfahren

Anforderungen an
die Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungen



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-8305-2639-1

© 2011 BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	11
Erstes Kapitel — Gegenstand	17
I. Das Problem falscher oder unsicherer Entscheidungserwartungen	17
1. Entscheidungschance und Verfahrensrisiko	17
2. Vorhersehbarkeit der Entscheidungs- und Verfahrensbedingungen	19
a) Zeitliche Vorhersehbarkeit am Beispiel der fiktiven Baugenehmigung	20
b) Inhaltliche Vorhersehbarkeit am Beispiel der straßenrechtlichen Sondernutzungslaubnis	22
c) Lösungsstruktur	24
II. Transparenz als Verfahrensrechtsgebot	25
1. Allgemeine verfahrensrechtliche Bedeutung	26
2. Konkrete verfahrensrechtliche Bedeutung	27
a) Ex post-Transparenz = Nachvollziehbarkeit	28
b) Ex ante-Transparenz = Vorhersehbarkeit	28
3. Verfassungsrechtliche Begründung	29
a) Vorüberlegung	30
b) Grundrechtsrelevanz	31
c) Rechtsstaatsprinzip	34
d) Verfahrensökonomie	37
III. Abgrenzung zu nicht-verfahrensspezifischen Transparenzgeboten	39
1. Transparenz von Wirtschaftsmärkten	39
2. Transparenz parlamentarischer Vorgänge	40
3. Transparenz des Verwaltungshandelns	41
4. Zwischenergebnis	42
Zweites Kapitel — Traditionelle Lösungen	45
I. Verfahrensrechtliche Lösungen	45
1. Vorüberlegung zum Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verfahrensbestimmungen	45
a) Erfasste und nicht erfasste Entscheidungs-, Verfahrens- und Rechtsformen	46
b) Erfasste und nicht erfasste Verfahrenshandlungen	47
2. Die Begründung der Entscheidung	49
3. Akteneinsicht	51

4. Behördenauskunft	54
a) Ausdrückliche Auskunftspflichten	54
b) Ungeschriebene Auskunftspflichten	56
(1) Nebenpflichten aus § 9 VwVfG	56
(2) Verfahrensermessen aus § 10 VwVfG	57
c) Zwischenergebnis	59
II. Materiellrechtliche Lösungen	60
1. Selbstbindung und Gleichbehandlung	60
a) Veränderung der Entscheidungspraxis und Abweichung im Einzelfall	61
b) Behördenbezug	62
2. Selbstbindung und Vertrauensschutz	63
a) Erfordernis einfachgesetzlicher Konkretisierung	63
b) Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes	64
c) Letztverbindlichkeit und Vergangenheitsbezug	65
3. Selbstbindung nur im Rahmen der Gesetzesbindung	66
Drittes Kapitel — Transparenzregeln im Verfahren	69
I. Der Antrag und sein „rechtliches Schicksal“	70
1. Vorhersehbarkeit der Verfahrensdauer	73
a) Festlegung der Verfahrensfrist	73
b) Bekanntgabe der Verfahrensfrist	74
c) Dauer der Verfahrensfrist	75
d) Beginn der Verfahrensfrist	76
e) Verlängerung der Verfahrensfrist	78
2. Vorhersehbarkeit des Verfahrensabschlusses	80
a) Festlegung der Entscheidungsfiktion	80
b) Behördliche „Fiktionsentscheidungen“?	81
c) Fiktionsalternativen	83
d) Fazit	88
II. Die Entscheidung und ihre „rechtlichen Motive“	88
1. Transparenz durch Publizität des Gesetzes?	89
a) Normative Verdichtung	90
b) Prätorische Überformung	93
c) Behördliches Entscheidungsverhalten	95
d) Zwischenfazit	97
2. Transparenz durch Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens	98
a) Verfahren über die Besetzung öffentlicher Stellen	98
(1) Das Leistungsprinzip (Vorgabe gesetzlicher Entscheidungskriterien)	99

(2) Das Stellenprofil (Entschließung über behördliche Entscheidungskriterien)	102
(3) Das Befähigungsprofil (Subsumtion unter behördliche Entscheidungskriterien)	105
(4) Der gerichtliche Bewerberverfahrensschutz (Ex post- Transparenz)	107
(5) Die Ausschreibungspflicht gegenüber dem Bewerber (Ex ante-Transparenz)	109
(6) Fazit zum Transparenzgebot	112
b) Verfahren über die Vergabe öffentlicher Aufträge	113
(1) Das Wirtschaftlichkeitsprinzip (Vorgabe gesetzlicher Entscheidungskriterien)	114
(a) Eignungskriterium: Leistungsfähigkeit	114
(b) Zuschlagskriterium: Wirtschaftlichkeit	115
(c) Ausführungsbestimmungen: Vergabefremde Kriterien	116
(2) Die Auftragsbedingungen (Entschließung über behördliche Entscheidungskriterien)	117
(a) Leistungsbeschreibung	117
(b) Eignungs- und Zuschlagskriterien	118
(3) Die Zuschlagsentscheidung (Subsumtion unter behördliche Entscheidungskriterien)	119
(a) Eignungsprüfung	119
(b) Angebotswertung	120
(4) Der gerichtliche Verfahrensschutz (Ex post-Transparenz)	122
(a) Verfahrensrechtsschutz und Vorabinformation	122
(b) Verfahrensdokumentation: Vergabevermerk	123
(5) Die Bekanntmachungspflichten (Ex ante-Transparenz)	124
(a) Leistungsbeschreibung	124
(b) Vergabebekanntmachung	125
(aa) Eignungsnachweise	126
(bb) Zuschlagskriterien	127
(6) Fazit zum Transparenzgebot	129
 Viertes Kapitel — Verfahrens-Rechtsschutz	 131
I. Durchschlagende Transparenzverstöße	132
1. Zum rechtlichen Schicksal des Antrags	132
2. Zu den rechtlichen Motiven der Entscheidung	134
II. Verfahrens- und prozessrechtliche Prämissen	136
1. Heilung von Verfahrensfehlern (§ 45 VwVfG)	136
2. Verfahrensbezogener Rechtsschutz (§ 46 VwVfG)	138
a) Geltendmachung verfahrensfehlerhafter Entscheidungen	138

b) Isolierte Geltendmachung von Verfahrensfehlern	140
3. Verfahrensbegleitender Rechtsschutz (§ 44a VwGO)	141
a) Grundsatz: Kein verfahrensbegleitender Rechtsschutz	141
b) Ausnahmen	144
4. Verfahrensdisponibler Rechtsschutz	146
5. Zwischenergebnis	147
III. Vorschlag für einen edukatorischen Verfahrensrechtsschutz	148
1. Subjektiv-öffentliches Recht und effektiver Rechtsschutz	148
2. Effektiver Rechtsschutz und Verfahrensverzögerung	149
3. Verfahrensverzögerung und Eilentscheidung	150
Fünftes Kapitel — Sekundär-Rechtsschutz	153
I. Gemeinsame Vorüberlegungen	153
1. Legitimation der Verfahrenshaftung	154
2. Rechtsverstoß (oder: Die „falsche Behandlung der Sache“)	156
3. Schaden durch Verfahrensaufwand	157
a) Verfahrensschaden	158
b) Entscheidungsschaden	159
4. Kausalität (oder: hypothetischer Zustand bei „richtiger Behandlung der Sache“)	159
a) Verfahrensschaden im hypothetischer Kausalverlauf	160
(1) Hypothetische Verfahrensbeteiligung	160
(2) Realisierung des Verfahrens-„Risikos“ (oder: Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens)	160
(3) Vereitelung der Verfahrens-„Chance“?	161
b) Entscheidungsschaden im hypothetischen Kausalverlauf	163
(1) Nur zur Entscheidung in der Sache	163
(2) Hypothetische Entscheidung	164
5. Mitverschulden	166
a) Rechtsmittel	167
b) Vorherige behördliche Auskunft	168
c) Vorherige anwaltliche Beratung?	168
II. Beschränkungen staatshaftungsrechtlicher Ansprüche	170
1. Staatshaftung aus dem öffentlich-rechtlichen Verfahrensverhältnis	170
a) Schadenersatz wegen Amtspflichtverletzung	170
(1) Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes	170
(2) Verschuldenshaftung	171
(3) Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht	171
b) Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs	173
c) Folgenbeseitigung rechtswidrig hoheitlichen Eingriffs	173

(1) Kein Aufwandsersatz	173
(2) Keine Wiederherstellung des früheren Verfahrenszustands	174
d) Kostenrechtliche Erstattung	175
(1) Keine Kostenerhebung	175
(2) Keine Auslagererstattung	176
2. Staatshaftung aus einem (öffentlich- oder privatrechtlichen) Schuldverhältnis	177
a) Culpa in contrahendo	178
(1) Anwendbarkeit im Verwaltungsverfahren	178
(2) Vertragsanbahnung	179
(3) Vertragspflichtverletzung	180
(a) Ausschreibungsverfahren	180
(b) Fallgruppen behördlicher Vertragspflichtverletzung	181
(aa) Abweichung von Bekanntmachungen	182
(bb) Unterlassene Hinweise über Verfahrensrisiken	182
(cc) Verfahrensverzögerung	183
(c) Haftungsbeschränkung bei Verfahrensfehlern?	183
(4) Verschulden und Mitverschulden	184
(5) Kausalität und Schaden	185
b) Spezialgesetzliche Verfahrenshaftung	186
(1) Fachgesetzlich beschränkter Anwendungsbereich	186
(2) Gelockerte Kausalitätsanforderungen	187
(a) Erweiterung auf Verfahrensbeteiligte mit „echter Chance“	187
(b) Beschränkung auf den behördlichen Wertungsspielraum	188
(c) Beschränkung auf „zuschlagsfähige“ Angebote	189
(3) Keine Verschuldenshaftung	190
(4) Aufwandsersatz	191
 Literaturverzeichnis	 193

Zusammenfassung

1. Verfahrenstransparenz hat eine Doppelbedeutung. Zum einen meint sie die *Nachvollziehbarkeit* des Entscheidungsverfahrens zur Kontrolle seiner Zweck- und Rechtmäßigkeit (ex post-Transparenz). Zum anderen meint es die *Vorhersehbarkeit* des Entscheidungsverfahrens zur Förderung seiner nützlichen Durchführung (ex ante-Transparenz). Die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens unter den Bedingungen eines sich anschließenden effektiven Rechtsschutzes durch entsprechende Informations-, Dokumentations- und Begründungsanforderungen ist allgemein anerkannt. Die Kontrolle der Verwaltung kann nur wirksam sein, wenn der Ablauf des Verwaltungsverfahrens und die für die Verwaltungsentscheidung maßgeblichen Erwägungen der Behörde von den Beteiligten und den zuständigen Kontrollinstanzen nachvollzogen und anhand einer Verfahrensdokumentation und Entscheidungsbegründung rekonstruiert werden können. Demgegenüber finden Verfahrensanforderungen der Vorhersehbarkeit bisher weit weniger Beachtung. Sie sollen (potenzielle) Verfahrensbeteiligte in die Lage versetzen, im Voraus zu erkennen, worauf es im Verwaltungsverfahren ankommen und wie lange das Verwaltungsverfahren dauern wird, insbesondere unter welchen Bedingungen ein Antrag zu stellen ist, welche gesetzlichen und sonstigen Voraussetzungen für eine Verwaltungsentscheidung erfüllt sein müssen, wie diese Voraussetzungen gegenüber der Behörde dargestellt und nachgewiesen werden können und wann mit der behördlichen Entscheidung zu rechnen ist. Durch ein möglichst hohes Maß an ex ante-Transparenz sollen Verfahrensbeteiligte ihre Entscheidungschancen und bestehende Verfahrensriskien abschätzen können und vor Anträgen ohne Aussicht auf Erfolg und vor nutzlosen Aufwendungen im Verwaltungsverfahren bewahrt werden.

2. Ex ante-Verfahrenstransparenz ist verfassungsrechtlich geboten. Stellt der Gesetzgeber ein *Grundrecht unter Verfahrensvorbehalt*, macht also ein grundrechtsgeschütztes Verhalten des Bürgers von einer Freigabeentscheidung oder eine staatliche Leistung von der Bewilligung einer Behörde abhängig, normiert er nicht nur die behördliche Entscheidungsbefugnis als solche, sondern auch die Belastung des Bürgers mit den Aufwendungen des zur Entscheidung führenden Verwaltungsverfahrens. Das verfahrensrechtliche Hindernis für die freiheitliche Betätigung oder Teilhabe an staatlichen Leistungen ist daher rechtfertigungsbedürftig und unterliegt weitergehenden rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere dem Gesetzesvorbehalt, dem Bestimmtheitsgebot und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Das rechtsstaatliche *Bestimmtheitsgebot* (Art. 20 Abs. 3 GG) verlangt, dass hoheitliche Entscheidungsbefugnisse nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sind, so dass das Handeln der Verwaltung messbar und in gewissem Ausmaß für den Bürger voraussehbar und berechenbar wird. Das gilt nicht nur für die Entscheidungsbefugnis in der Sache, sondern auch für die Umstände ihrer Ausübung und das Zustandekommen der Verwaltungsentscheidung, namentlich also für das Verwaltungsverfahren. Entsprechend detailliert müssen Verfahrensvorbe-

halte auch hinsichtlich der Verfahrensanforderungen geregelt sein. Die bestehenden gesetzlichen Verfahrensregelungen tragen dem nur teilweise Rechnung. Zwar sind häufig erforderliche Antragsunterlagen und andere Nachweispflichten detailliert geregelt. In zeitlicher Hinsicht fehlen jedoch regelmäßig Regelungen zur Vorherbestimmung der Verfahrensdauer. Darüber hinaus fehlen Vorabinformationsregelungen, die die Behörden zur verbindlichen Bekanntgabe der Verfahrensanforderungen und Entscheidungskriterien gegenüber (potenziellen) Verfahrensbeteiligten zu einem frühen Zeitpunkt im Verwaltungsverfahren oder vor dessen Einleitung verpflichten.

3. Die formell-rechtlichen Verfahrensanforderungen der *Entscheidungsbeurteilung*, der *Akteneinsicht* und der *Behördenauskunft* sind in ihrer bisherigen gesetzlichen Normierung nicht geeignet, eine hinreichende Verfahrenstransparenz herzustellen. Die Begründung der das Verwaltungsverfahren abschließenden Entscheidung enthält zwar die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben, am Ende und zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens können die Verfahrensbeteiligten diese im Nachhinein jedoch nicht mehr für ihr Vorbringen im Verwaltungsverfahren berücksichtigen. Akteneinsicht in eine verfahrensbegleitende (und nicht nur nachträglich nachvollziehende) Dokumentation des Verfahrensablaufs und des Entscheidungsprozesses stößt ebenfalls an methodische Grenzen, weil der Informationsgehalt der Verfahrensakte am Behördenzweck und nicht am Informationsinteresse der Verfahrensbeteiligten orientiert ist. Zudem ergibt sich aus der Fülle der dokumentierten Amtsermittlungen und Verfahrensentscheidungen zumeist nicht, ob und inwieweit diese letztlich entscheidungserheblich sein werden. Behördliche Auskunftspflichten zur unverzüglichen Bekanntgabe der Antragsvollständigkeit und Verfahrensdauer sind fachgesetzlich bereits geregelt, allerdings zumeist mit zahlreichen Ausnahmen und fehlenden rechtlichen Konsequenzen ihrer Missachtung. Inhaltliche Vorabinformationspflichten (etwa über Entscheidungskriterien in Auswahlverfahren) sind nur vereinzelt fachgesetzlich vorgeschrieben oder als Nebenpflichten im Rahmen des Verfahrensermessens anerkannt. Im Übrigen bestehen grundsätzlich keine vorsorglichen Informationspflichten der Verwaltung gegenüber nur potenziellen Verfahrensbeteiligten im Vorfeld konkreter Verwaltungsverfahren.

4. Die materiell-rechtlichen Entscheidungsanforderungen der *Gleichbehandlung* und des *Vertrauensschutzes* sind nicht geeignet, eine hinreichende Verfahrenstransparenz herzustellen. Eine Selbstbindung der Behörde im Sinn einer Gleichförmigkeit und Folgerichtigkeit zu früherem Entscheidungsverhalten in anderer Sache ist (im Rahmen der Gesetzesbindung) zwar anerkannt und der Bürger kann die Behörde daran festhalten. Die Selbstbindung über den Gleichbehandlungsgrundsatz ist allerdings auf tatsächlich vergleichbare Fälle beschränkt, wobei prinzipiell jede Andersartigkeit oder Änderung der Sach- und Rechtslage ein abweichendes Entscheidungsverhalten rechtfertigen kann. Die Selbstbindung betrifft auch nur denjenigen Verwaltungsträger der entscheidenden Behörde und wirkt nicht über die organisationsrechtlichen Grenzen der sachlichen und örtlichen Verwaltungszustän-

digkeiten hinaus, so dass ein Berufen auf das Entscheidungsverhalten andernorts zuständiger Behörden ausgeschlossen ist. Die Selbstbindung über den Vertrauensschutzgrundsatz ist ebenfalls begrenzt, denn sie setzt das Vorliegen eines Vertrauensstatbestandes voraus, also eine hinreichend verbindliche Entscheidung oder Erklärung der Behörde, auf deren Geltung der Bürger vertrauen könnte. In der Regel wird erst durch die Bekanntgabe einer Entscheidung in der Sache ein Tatbestand gesetzt, der das Vertrauen des Betroffenen auf eine bestimmte Verwaltungspraxis zu begründen vermag. Das Vertrauen auf das Bestehen von Entscheidungschancen in der Zukunft oder Erwartungen hinsichtlich der Erfordernisse zukünftiger Verwaltungsverfahren werden vom Vertrauensschutzgrundsatz dagegen nicht erfasst.

5. Das Transparenzgebot ist eine rechtliche Funktion aus *Bekanntmachungspflicht* und *Rechtsbindung*. Die Vorhersehbarkeit der Entscheidungschancen und Verfahrensrisiken wird dadurch hergestellt, dass die Behörde vorab auf eine bestimmte zeitliche und inhaltliche Ausgestaltung des Entscheidungsverfahrens festgelegt ist – sei es durch Gesetzesbindung oder behördliche Selbstbindung. Zugleich sind dem Bürger diese Vorabfestlegungen vorab bekannt zu machen – sei es durch Gesetzespublizität oder behördliche Vorabkennzeichnung. Die Vorhersehbarkeit setzt dabei keine Gesetzes- oder Rechtsprechungkenntnis voraus, wenn die Behörde selbst vorher bekannt macht, wie sie entscheidet, und nachher an ihrer eigenen Bekanntmachung festgehalten werden kann. Die Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns ist umso konkreter, je stärker die Funktionsbedingungen auf die entscheidende Behörde selbst bezogen sind – namentlich durch behördliche Bekanntmachungspflichten und behördliche Selbstbindung.

6. Das Transparenzgebot fordert die *Vorhersehbarkeit der Verfahrensdauer* durch Vorabfestlegung und Vorabkennzeichnung einer verbindlichen Entscheidungsfrist und eine entsprechende gesetzliche Entscheidungsfiktion bei Fristversagen der Behörde. Das rechtliche Schicksal eines Entscheidungsantrags muss in der Art vorherbestimmt sein, dass bereits zu Beginn des Verwaltungsverfahrens sicher feststeht, dass das Verwaltungsverfahren zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einer bestimmten Entscheidung beendet sein wird. Dabei sollte ausgeschlossen sein, dass die Behörde die Verfahrensfrist durch immer neue Darlegungs- und Nachweisanforderungen an den Antragsteller oder aus Gründen, die nicht der Antragsteller zu vertreten hat, auf unbestimmte Zeit verlängern kann. Das Transparenzgebot verlangt jedoch keine bestimmte Verfahrensdauer, die vielmehr von den Besonderheiten des jeweiligen Fachrechts und von dort geltenden Beschleunigungsgeboten abhängig ist. Das Transparenzgebot verlangt auch keine bestimmte Fiktionsentscheidung, die sich vielmehr an den materiell-rechtlichen gesetzlichen Grundentscheidungen über präventive und repressive Entscheidungsvorbehalte des jeweiligen Fachrechts ausrichten und mal als antragsgemäße Gewährung, als Antragsablehnung oder als Fiktionsentscheidung unter Bedingungen, die der Antragsteller zu erfüllen hat, geregelt sein kann. Aus dem Transparenzgebot folgt nur das Regelungsbedürfnis, nicht aber der Regelungsinhalt. Nach geltendem Verwaltungsverfahrenrecht ist eine sichere Vor-

hersehbarkeit der Verfahrensdauer bisher nur dort gegeben, wo § 42a VwVfG (i.V.m. einer fachgesetzlichen Verfahrensfrist mit Fiktionsfolge) und die §§ 71a-e VwVfG (i.V.m. einer fachgesetzlichen Anordnung eines Verwaltungsverfahrens vor der sog. einheitlichen Stelle) gemeinsam anwendbar sind.

7. Das Transparenzgebot fordert die *Vorhersehbarkeit von Auswahlentscheidungen* durch eine Vorabfestlegung und Vorabbekanntmachung derjenigen verbindlichen Entscheidungskriterien, deren Sachverhaltsumstände von den Beteiligten im Verwaltungsverfahren darzustellen und nachzuweisen sind, und ein entsprechendes Berücksichtigungsverbot vorab nicht bekannt gemachter Entscheidungskriterien. Die rechtlichen Motive einer Auswahlentscheidung müssen in der Art vorherbestimmt sein, dass bereits zu Beginn des Verwaltungsverfahrens sicher feststeht, welches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten entscheidungsrelevant sein wird und welches nicht. Insbesondere bei Auswahlverfahren über die Besetzung öffentlicher Stellen oder die Vergabe öffentlicher Aufträge kann die gerichtliche ex post-Kontrolle der Behördenentscheidung angesichts der weiten Entscheidungsspielräume der Verwaltung den Verfahrensrechtsschutz der Beteiligten nicht hinreichend gewährleisten und sollte durch einen verfahrensorientierten ex ante-Kontrollmaßstab ergänzt werden. Der Bewerber um eine öffentliche Stelle oder einen öffentlichen Auftrag kann die Gesetzesbindung der Verwaltung nur dann effektiv kontrollieren, wenn die Behörde ihm bereits vor Eintritt in das eigentliche Auswahlverfahren die entscheidungserheblichen Kriterien der Auswahlentscheidung vollständig und hinreichend konkret benennen muss und die Behörde an diesen Vorentscheidungen auf den folgenden Stufen des Verfahrens auch festgehalten werden kann. Zur effektiven Beteiligung am Auswahlverfahren und zur Tragung der damit verbundenen Aufwendungen und Risiken ist die Vorhersehbarkeit der Entscheidungskriterien aus ex ante-Sicht von herausragender Bedeutung. Transparenz dient nicht nur der Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes, sondern der Effektivität des Entscheidungsverfahrens selbst, denn die *gesetzlichen Verfahrenszwecke* zielen auf die Gewährleistung echter und nicht nur vermeintlicher Entscheidungschancen der Verfahrensbeteiligten.

8. Ein primärer Rechtsschutz zur Korrektur von Verfahrensrechtsverstößen im laufenden Verwaltungsverfahren und zur Vermeidung möglicher Schädigungen durch eine benachteiligende Verfahrensgestaltung kann im Rechtsschutzverfahren gegen die Entscheidung in der Sache gewährleistet werden, wenn der Verfahrensfehler auf die materielle Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung durchschlägt. Der relevante Mechanismus für eine *Infizierung der Sachentscheidung* durch Transparenzverstöße kann als rechtliche Bindung der Verwaltungsentscheidung an ihre konkrete Vorhersehbarkeit beschrieben werden. Der formell-rechtliche Verstoß gegen die vorherbestimmte Verfahrensdauer wandelt sich durch Eintritt der gesetzlichen Entscheidungsfiktion bei Fristversagen der Behörde in einen materiell-rechtlichen Entscheidungsfehler in den Fällen, in denen eine rechtswidrige Behördenentscheidung fingiert wird. Der formell-rechtliche Verstoß gegen die Vorabbekanntma-

chungspflicht aller beteiligungsrelevanten Entscheidungskriterien in Auswahlverfahren wandelt sich durch das Berücksichtigungsverbot nicht vorab bekannt gemachter Entscheidungskriterien zu einem materiell-rechtlichen Entscheidungsfehler in den Fällen, in denen eine Entscheidung auf Grundlage nur der vorab bekannt gemachten Entscheidungskriterien gesetzeswidrig oder ermessensfehlerhaft ist. Wegen der infizierten Entscheidung in der Sache entfällt in jedem Fall das Rechtsschutzbedürfnis zur isolierten Geltendmachung des behördlichen Verfahrensfehlers.

9. Fehlt eine Gesetzes- oder Selbstbindung der Behörde durch Vorabfestlegungs- und Bekanntmachungspflichten, gibt es keinen vergleichbaren Primärrechtsschutz bei intransparenter Verfahrensgestaltung. Stattdessen gelten die allgemeinen verfahrens- und prozessrechtlichen Einschränkungen nach § 46 VwVfG und § 44a VwGO, die eine isolierte Geltendmachung von Verfahrensfehlern vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens regelmäßig ausschließen. Vielmehr eröffnet erst eine Risikobeteiligung an dem intransparenten Verwaltungsverfahren bis zum Schluss die primären Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Verfahrensbeteiligten sind mithin gezwungen, Verfahrensfehler vorläufig hinzunehmen, sich auf sie einzulassen und das Verwaltungsverfahren unter diesen Bedingungen weiterzuführen. Um auch bei behördlichen Verfahrensfehlern die Entscheidungschancen der Beteiligten zu erhalten und unnütze Verfahrensaufwendungen zu vermeiden, sollte statt nur eines nachträglichen entscheidungsbezogenen Rechtsschutzes zusätzlich eine verfahrensbegleitende, *edukatorische Verwaltungskontrolle* bzw. ein prozessualer Zwischenstreit vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens in den Fällen möglich sein, in denen die Behörde das Bestehen von Verfahrenspflichten bestreitet oder Verfahrensbestimmungen verletzt, die dem Schutz von Verfahrensrechten der Beteiligten dienen. Wird ein Verfahrensrechtsverstoß festgestellt, sollte letztlich eine gerichtliche Kontrollinstanz entscheiden, ob der Antragsteller in seinen Verfahrensrechten verletzt ist, und die geeigneten Maßnahmen zur Verhinderung einer Schädigung des Betroffenen anordnen. Rügepflichten der monierenden Verfahrensbeteiligten, kurze Entscheidungsfristen der Kontrollinstanzen und Vorabentscheidungen über die Fortsetzung des Verwaltungsverfahrens aus wichtigem Grund können dabei eine unerträgliche Verzögerung des Verwaltungsverfahrens vermeiden. Vorbild für ein solches Rechtsschutzsystem sind die §§ 102 ff. GWB über die Auswahlverfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge.

10. Hat die Behörde den Verfahrensbeteiligten Informationen, die für eine sachgerechte Antragstellung oder sonstige Mitwirkungshandlung im Verwaltungsverfahren erforderlich gewesen wären, vorenthalten, verzögert oder vorab falsch bekannt gemacht, obwohl sie rechtlich zur transparenten Verfahrensgestaltung verpflichtet ist, ist eine Haftung für den durch den Verfahrensrechtsverstoß verursachten *Verfahrensschaden* geboten. Ein solcher Ersatzanspruch umfasst Auslagen der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, die bei richtiger Behandlung der Sache durch die Behörde nicht entstanden wären. Das gilt insbesondere für die Kosten der Vorbereitung des Antrags und der Beteiligung an dem Verwaltungsverfahren, die wegen

des Verfahrensfehlers von vornherein nutzlos waren oder deren Nützlichkeit durch das Behördenverhalten vereitelt wurde. Der die Haftung ausschließende behördliche Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens sollte dabei nur greifen, wenn sich in der nutzlosen Verfahrensbeteiligung das *typische Verfahrensrisiko* realisiert. Das ist insbesondere bei Auswahlentscheidungen der Fall, bei denen von vornherein feststeht, dass sich die Erwartung der Entscheidungschance für diejenigen, die nicht als Entscheidungsadressat ausgewählt werden, als verfehlt herausstellen wird, und dass die darauf getätigten Anträge und sonstigen Verfahrensaufwendungen nutzlos werden. Demgegenüber ist die behördliche Vereitelung von Entscheidungschancen oder die Provokation unnötigen Verfahrensaufwands wegen des Widerspruchs zu den *gesetzlichen Verfahrenszwecken* vom typischen Verfahrensrisiko nicht mehr umfasst und sollte daher auch dann haftungsbegründend sein, wenn in der Sache keine andere Entscheidung getroffen worden wäre bzw. sich Gegenteiliges nicht beweisen lässt.

11. Eine Verfahrenshaftung wird von den Anspruchsgrundlagen des Amtshaftungsrechts, des Kostenrechts und anderer Haftungsinstitute bei einer engen Auslegung, die eine Haftung für Verfahrensrechtsverstöße regelmäßig ausschließt, nicht getragen. Soweit es sich um ein Verwaltungsverfahren zur Vertragsanbahnung handelt, greifen jedoch weitergehende zivilrechtliche Ansprüche der Vertragshaftung aus *culpa in contrahendo*, die das Vertrauen des Vertragspartners in die behördliche Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften oder der aus dem Vertragszweck folgenden Rücksichtnahmepflichten schützen. Darüber hinaus gibt es Haftungsnormen (z.B. § 126 GWB), die sich von herkömmlichen Kausalitätserwägungen lösen und keine Kausalität zwischen Rechtsverstoß und Schaden, sondern nur zwischen Rechtsverstoß und Beeinträchtigung der *Entscheidungschance* verlangen. Dadurch kann, wenn der Beweis eines kausalen Entscheidungsschadens durch den Verfahrensrechtsverstoß der Behörde nicht gelingt, gegebenenfalls zumindest der Verfahrensschaden der nutzlosen Verfahrensbeteiligung geltend gemacht werden. Dabei wird die behördliche Vereitelung von Entscheidungschancen selbst dann sanktioniert, wenn auch bei ordnungsgemäßem Verfahren keine für den Betroffenen günstigere Entscheidung in der Sache ergangen wäre.

Erstes Kapitel

Gegenstand

Diese Schrift untersucht die rechtlichen Konsequenzen einer mangelnden Vorhersehbarkeit behördlicher Entscheidungsverfahren und der daraus erwachsenden Nachteile und Belastungen für beteiligte Bürger und Unternehmen. Sie will die Defizite der verfahrensrechtlichen Erfordernisse der Entscheidungsbegründung, der Akteneinsicht und der Behördenauskunft sowie der materiell-rechtlichen Lösungsansätze durch die Gebote der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes aufzeigen. Stattdessen soll eine neue verfahrensrechtliche Lösung durch die Bindung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen an ihre konkrete zeitliche und inhaltliche Vorhersehbarkeit dargestellt werden. Damit soll ein Beitrag zur Konkretisierung des allgemeinen Gebots der Transparenz staatlichen Handelns geleistet und dessen rechtliche Qualität als modernes Prinzip des Verwaltungsverfahrensrechts herausgearbeitet werden. Der Blick auf das Verwaltungsverfahren, der bisher weitgehend an der gerichtlichen ex post-Kontrolle der es abschließenden Entscheidung ausgerichtet ist, soll auf die Möglichkeiten einer ex ante-Steuerung aus Bürger- und Unternehmenssicht gelenkt werden. Ziel ist die Vermeidung von vornherein chancenloser Verfahrensbeteiligung und nutzloser Verfahrensaufwendungen, die allein auf Grund mangelnder Vorhersehbarkeit des behördlichen Entscheidungsverfahrens verursacht sind.

I. Das Problem falscher oder unsicherer Entscheidungserwartungen

1. Entscheidungschance und Verfahrensrisiko

Wendet sich der Bürger an die staatliche Verwaltung und begehrt eine begünstigende Entscheidung, ist sein Auftreten und Verhalten gegenüber der Behörde durch Entscheidungserwartungen bestimmt, die davon abhängen, was er über den zeitlichen Ablauf des Verwaltungsverfahrens und über die inhaltlichen Maßstäbe, nach denen sich die Verwaltungsentscheidung richtet, im Voraus weiß oder nicht weiß. Von diesen Kenntnissen hängt seine Einschätzung der Chance auf die begehrte Entscheidung und des Risikos einer nutzlosen Antragstellung im Fall der Ablehnung seines Begehrens ab. Selbst wenn die Behördenentscheidung rechtlich vollständig gesetzlich determiniert und alternativlos ist, muss die Entscheidung dem Bürger mangels eigener Entscheidungskompetenz und Verfahrensherrschaft¹ zu einem gewissen Grad un-

¹ Zur Verfahrensherrschaft der federführenden Behörde und ihrem Verfahrensermessen vgl. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 751 f.; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 13 Rn. 6 f.: „Herrin des Verfahrens“; dort auch zum Bedeutungswandel der Behörde als „Servicebetrieb für den Antragsteller“; zum Verfahrensermessen der Verwaltung grundlegend *Hill*, NVwZ 1985, 449 ff.

gewiss erscheinen – zumindest bis zur Kenntnisnahme der Entscheidung und ihrer Begründung, die allerdings erst am Ende des Verwaltungsverfahrens erfolgt.² Bis dahin ist sein Verhalten durch Unsicherheiten geprägt.³ Er wird versuchen, möglichen unerwünschten Alternativentscheidungen oder Entscheidungsverzögerungen seitens der Behörde durch Planung und Bewerkstelligung abwehrender Verfahrensbeteiligung oder Rechtsschutzmaßnahmen vorzubeugen. Glaubt er, etwas über den Ausgang des Verwaltungsverfahrens vorab erfahren zu können, wird sich sein Verhalten zusätzlich auf die Erlangung möglichst konkreter und sicherer Informationen von Behördenseite oder kundiger dritter Seite richten (z.B. durch Akteneinsicht oder Rechtsberatung). Im Fall der behördlichen Verweigerung oder Verzögerung der begehrten Entscheidung, trägt er die Last sich im Nachhinein als unnütz herausstel-

2 Nach § 39 Abs 1 VwVfG ist der verfahrensabschließende Verwaltungsakt mit einer Begründung „zu versehen“. Die Verbindung von Entscheidung und Begründung ist allerdings nur verfahrensrechtlicher Art. Eine fehlende oder falsche Begründung macht die Entscheidung in der Sache nach h.M. nicht materiell rechtswidrig; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 39 Rn. 58; § 45 Rn. 20 f.; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 39 Rn 30, § 35 Rn 45 ff.; dagegen für eine Bindung der materiellen Rechtmäßigkeit an die sachlich zutreffende Begründung *Baumeister*: Beseitigungsanspruch, S. 171 ff. Näher zur Möglichkeit der Herstellung von Verfahrenstransparenz durch Entscheidungsbegründung, Akteneinsicht oder Behördenauskunft unten Kapitel 3.

3 Im Gegensatz zu diesen (subjektiven) Entscheidungsunsicherheiten des Bürgers haben sich für die Entscheidungsunsicherheiten auf Seiten der Behörde differenzierte rechtswissenschaftliche Disziplinen herausgebildet, die sich der Bewältigung von Unsicherheits-, Prognose- und Risikoentscheidungen befassen. Ungewissheiten über den entscheidungserheblichen Sachverhalt, die sich im Rahmen des Untersuchungs- und Mitwirkungspflichten der §§ 24, 26 VwVfG nicht beseitigen lassen, werden regelmäßig analog prozessrechtlicher Darlegungs- und Beweislastregeln gelöst (vgl. näher *Kallerhoff*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 24 Rn. 55 ff.); als Prognoseentscheidungen sind Wahrscheinlichkeitsaussagen über ungewisse zukünftige Entwicklungen anerkannt (über das Vorliegen einer Gefahr im Polizeirecht, über die Zuverlässigkeit einer Person im Gewerbebereich, über städtebauliche Entwicklungen im Planungsrecht usw.; näher *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 40 Rn. 18 f. m.w.N.); Risikoentscheidungen fangen Unsicherheiten oder Unkenntnis über tatsächliche Geschehensabläufe zumeist durch Vermeidungs- und Vorsorgestrategien auf und finden sich vor allem im technischen Sicherheitsrecht, Umweltrecht, Gesundheitsschutz- oder Produktrecht und anderen Gefahrenabwehrrechten (vgl. etwa *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 53 ff.; *Brenner/Nehrig*, DÖV 2003, 1027 ff.). Die subjektive Entscheidungsunsicherheit des Bürgers im hier beschriebenen Sinn ist strukturell mit keiner dieser Disziplinen vergleichbar, weil sie nur (teilweise scheinbare) Unwägbarkeiten betrifft, die aus Informationsdefiziten im Verfahrensverhältnis zwischen Bürger und Verwaltung herrühren und die die Verwaltung bei entsprechendem Informationsverhalten ausräumen oder zumindest verringern könnte. Das sog. Informationsverwaltungsrecht, das sich aus informationstheoretischer Perspektive mit den Informations- und Kommunikationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger (dazu *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen, Bd. 2, S. 221) oder innerhalb des Verwaltungsverbundes zwischen Behörden beschäftigt (dazu z.B. *Holzengel*, ebd., S. 305 ff. und *Bogdandy*, ebd., S. 347 ff.), widmet sich vornehmlich der Verwaltungs- bzw. Verfahrensöffentlichkeit gegenüber der Allgemeinheit (dazu unten Kap. 1 Punkt III.3) und (derzeit) nur am Rande mit dem Problem der individuellen Einschätzung von Entscheidungschancen und Verfahrensrisiken durch die Verfahrensbeteiligten (ansatzweise z.B. *Gusy*, ebd., zum „asymmetrischen Informationsrecht“ S. 248; Informationsoptimierung zur Verfahrensrationalisierung und Aufwandsminimierung für die Beteiligten; konkret zur verfahrenseinleitenden Informationsbeziehung S. 249 f. nur kurz m.w.N. zu Auskunfts- und Hinweispflichten der Verwaltung nach § 25 VwVfG).

lender Verfahrensaufwendungen und frustrierter Entscheidungserwartungen.⁴ Konkurrieren mehrere Bürger gleichzeitig um eine Verwaltungsentscheidung, die wegen begrenzter Kapazitäten nur gegenüber einem von ihnen begünstigend ergehen kann,⁵ steht bereits verfahrenstypisch im Voraus fest, dass sich die Erwartung der Entscheidungschance für diejenigen, die nicht als begünstigte Entscheidungsadressaten ausgewählt werden, als verfehlt herausstellen wird, und dass die auf diese Chance getätigten Anträge und sonstigen Verfahrensaufwendungen nutzlos werden. Dies gilt auch für den (dem Verfahrenszweck allerdings widersprechenden) Fall, dass vermeintliche Entscheidungschancen nur irrtümlich angenommen werden, obwohl die Betroffenen für die begehrte Entscheidung von vornherein nicht in Betracht kommen, oder umgekehrt sie von tatsächlich bestehenden Entscheidungschancen keine Kenntnis erlangen. Unsichere oder falsche Entscheidungserwartungen führen im Ergebnis unabhängig vom Entscheidungsinhalt zu realen Einbußen und Verlusten.⁶ Dies ist zwar für sich noch kein „Verfahrensfehler“, muss verfahrensrechtlich jedoch dann relevant sein, wenn Fehlvorstellungen auf Seiten der Verfahrensbeteiligten auf einem Handeln oder Unterlassen der Behörde beruhen und durch ein entsprechend vorsorgliches behördliches Verhalten hätten vermieden werden müssen.

2. Vorhersehbarkeit der Entscheidungs- und Verfahrensbedingungen

Wie die Unsicherheiten über die zeitlichen und inhaltlichen Bedingungen des Verwaltungsverfahrens verringert oder beseitigt werden können, soll einführend an zwei Beispielen erläutert werden.

4 Die Frage nutzloser Verfahrenslasten stellt sich für die Behördenseite so nicht, weil deren Entscheidungsverhalten im Rahmen der allgemeinen Verwaltungstätigkeit abläuft. Die Entscheidung betrifft den Amtswalter nicht selbst; er trägt keine Kosten; zeitliche oder persönliche Aufwendungen wären regelmäßig ohnehin angefallen – wenn nicht in diesem, dann in einem anderen Verwaltungsverfahren. Wirtschaftlichkeit oder Effektivität des Verwaltungshandelns liegen im öffentlich-fiskalischem Interesse. Allgemein zum Wirtschaftlichkeitsprinzip vgl. *Pitschas*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen, Bd. 2, S. 111 ff. (Effizienz des Verwaltungshandelns) und 157 ff. (Effektivität des Verwaltungshandelns); jeweils m.w.N. und dem richtigen Hinweis, dass der Fokus im Verwaltungsverfahrensrecht zumeist nur auf der zeitlichen Dauer des Verwaltungsverfahrens und dem Beschleunigungsgebot liegt (dort. S. 1633).

5 Auswahlentscheidungen der Verwaltung werden in der Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur zumeist nur an den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Gleichbehandlung und Chancengleichheit (Art. 3 Abs 1 GG) und nicht an den einfachgesetzlichen, an den Verfahrenszwecken orientierten Anforderungen der Eröffnung von Verfahrenschancen und der Vermeidung von Verfahrensrisiken gemessen (ausf. zu Bewerbungs- und Auftragsvergabeverfahren unten Punkt Kap. 3 Punkt II.2). Die Disziplin der ökonomischen Analyse des Rechts beschäftigt sich ebenfalls in einem Teilbereich mit Verwaltungs- und Genehmigungsverfahren (z.B. *Schmidtchen/Schmidt-Trenz*, Vom Hoheitsstaat zum Konsensualstaat, S. 65 ff.) und dabei zumeist mit Auswahlentscheidungen zusammenhängenden Allokationsfragen der Verteilung knapper Ressourcen (vgl. z.B. *Mösinger*, Auswahlkriterien, S. 33 ff.). Nur selten wird jedoch die Frage der Verteilung von Verfahrenschancen bzw. der Vermeidung nutzloser Antragstellung oder Verfahrensbeteiligung thematisiert (vgl. z.B. *Hafner*, Behördliche Diagnosefehler, S. 190 ff.).

6 Ausführlich zu Sekundäransprüchen für typische und untypische Verfahrensrisiken unten Kap. 5.